

ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ

DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA
HUMANA Y PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES:
ANÁLISIS DEL CASO
CHILENO

Tesis doctoral

Directores

Prof. Dr. D. Pedro Serna Bermúdez

Prof. Dr. D. José Antonio Seoane Rodríguez

Departamento de Dereito público especial

Universidade da Coruña

2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DE EUTANASIA: EVOLUCIÓN, DIFERENCIACIÓN CON OTRAS FORMAS DE DISPOSICIÓN DE LA VIDA Y CONSECUENCIAS ÉTICO-JURÍDICAS	33
I. Aspectos preliminares.....	33
II. El concepto de eutanasia.....	34
1. Eutanasia: un concepto evolutivo	34
A. Tipo de conducta.....	43
B. Naturaleza de la conducta	43
C. Sujeto que actúa	45
D. Sujeto destinatario de la conducta	46
D.1. Situación objetiva del sujeto	46
D.2. Vínculo del sujeto pasivo con el sujeto activo.....	47
D.3. Condición en la que el sujeto se encuentra	47
E. Razón o causa de la conducta	49
F. Consentimiento de la víctima	51
F.1. En ella lo determinante es la actuación de una persona distinta a la víctima	53
F.2. Los casos de sufrimiento, de padecimiento o las situaciones que mueven a la piedad pueden abarcar también a personas incapaces de prestar su consentimiento.....	53
F.3. La problemática de la eutanasia importa una valoración social de la vida humana y no sólo una prerrogativa individual.....	54
2. Las clasificaciones de la eutanasia.....	57
A. Eutanasia voluntaria y eutanasia involuntaria	57

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A.1. Eutanasia voluntaria.....	57
a) Teoría de la declaración de la voluntad	58
b) Teoría limitada de la declaración de voluntad.....	60
c) Teoría de la dirección de la voluntad.....	61
A.2. Eutanasia involuntaria.....	63
a) Eutanasia contravoluntaria, coactiva o cacotanasia.....	64
b) Eutanasia involuntaria propiamente tal o avoluntaria	64
b.1. Calidad de vida y eutanasia	65
b.2. Decisión eutanásica sobre neonatos.....	67
b.3. Decisión eutanásica sobre personas en estado vegetativo persistente	70
B. Eutanasia activa y eutanasia pasiva	72
B.1. Eutanasia activa.....	72
a) Eutanasia activa directa	72
b) Eutanasia activa indirecta	72
B.2. Eutanasia pasiva	74
a) Medios ordinarios y extraordinarios.....	75
b) Medios proporcionados y desproporcionados	76
c) Consentimiento informado y rechazo de tratamientos médicos	78
3. Otros conceptos relacionados con la eutanasia.....	85
A. El suicidio	85
B. Suicidio asistido y suicidio médicamente asistido.....	87
C. Eutanasia y ensañamiento terapéutico, también llamado distanasia u obstinación terapéutica	90
D. Eutanasia y ortotanasia	92
D.1. Identificación de la ortotanasia con los cuidados paliativos.....	94
D.2. Eutanasia, ortotanasia y distanasia: una relación triangulada.....	96
E. Recapitulación	97

ÍNDICE

CAPÍTULO II. LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO. BASES PARA LA CALIFICACIÓN DE LA EUTANASIA COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL.....	101
I. La eutanasia en el Derecho penal chileno. La eutanasia como delito.....	101
1. La vida como bien jurídico penalmente protegido	102
A. Definición de persona en el Derecho chileno. Una referencia a quiénes son susceptibles de ser víctimas de delitos	103
B. El fundamento de los delitos contra la vida	106
2. El homicidio y sus formas	114
A. Tipicidad objetiva	115
A.1. Conducta activa en los delitos de “matar a otro”	116
a) La situación particular de ciertas formas de homicidio calificado en relación con la eutanasia.....	119
a.1. Obrar con alevosía	120
a.2. Matar por medio de veneno	122
a.3. Obrar con premeditación conocida	123
A.2. Conducta omisiva en los delitos de matar a otro	124
A.3. Resultado de muerte exigido en el delito.....	131
a) Homicidio tentado o frustrado	132
b) Intento de homicidio con resultado de lesiones e intento de homicidio con daño para la salud	135
c) Homicidio inidóneo	136
A.4. El sujeto activo del delito.....	138
A.5. Sujeto pasivo del delito.....	139
B. Tipicidad subjetiva.....	143
B.1. El dolo en el delito de homicidio. Sus figuras afines.....	145
B.2. La culpa en el delito de homicidio y demás figuras afines	151
C. Antijuridicidad del delito de homicidio y demás figuras afines	154
C.1. Concepto de antijuridicidad	154
C.2. Causales de justificación del matar a otro. Su aplicabilidad a la eutanasia.....	155

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

a) La legítima defensa de un derecho	157
b) Estado de necesidad justificante	158
b.1. Estado de necesidad y su fundamentación.....	158
b.2. Figura del n° 7 del artículo 10 del Código Penal.....	162
b.3. Figura del n° 11 del artículo 10 del Código Penal.....	165
c) Obrar en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de un derecho.....	170
c.1. Obrar en cumplimiento de un deber.....	171
c.2. Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.....	172
c.3. Omisión por causa legítima.....	172
d) El consentimiento de la víctima	174
d.1. Consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad.....	175
d.2. Consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad	176
d.3. Consentimiento como causal de exclusión de la antijuridicidad y de la tipicidad.....	180
d.4. El criterio del consentimiento respecto de la eutanasia. Los parámetros jurídicos chilenos	181
C.3. Una causal de agravación de la responsabilidad penal por el vínculo que une a la víctima con el agente: el caso del parricidio y del femicidio.....	183
C.4. La curiosa atenuación de la pena en el infanticidio. Su relación con la eutanasia.....	185
C.5. La piedad como condición atenuante de responsabilidad que podría ser aplicable a la eutanasia.....	187
D. La culpabilidad en el delito de homicidio y su aplicabilidad a la eutanasia.....	189
D.1. Culpabilidad bajo consideraciones objetivas	191
D.2. La autoconciencia de culpabilidad.....	191

ÍNDICE

II. Otras figuras relacionadas con la disposición de la vida en el Derecho chileno.....	192
1. El auxilio al suicida.....	192
A. No se ajusta al tipo matar a otro. Se trata de la muerte que la misma persona se da.....	192
B. Se requiere que el acto suicida sea válido.....	194
C. Se requiere que el suicida consiga su propósito: que se produzca su muerte	194
D. Se trata de auxiliar al que se suicida.....	196
D.1. Admisibilidad del auxilio por omisión	197
D.2. Diferencia entre el auxilio omisivo al suicidio y la eutanasia pasiva consentida	199
E. Se requiere dolo para que haya auxilio al suicida.....	200
F. Recapitulación. No es posible subsumir la figura eutanásica en el auxilio al suicida	201
F.1. Naturaleza de la conducta.....	201
F.2. Solicitud del que muere	201
F.3. Decisión final y control del acto.....	201
F.4. Situación del que muere	202
F.5. Causa humanitaria	202
2. Omisión de socorro.....	203
3. Abandono de personas desvalidas	204
III. El Anteproyecto de reforma del Código Penal y sus aproximaciones a la eutanasia u “homicidio piadoso”	206
1. Una figura delictiva nueva.....	206
2. Estado de necesidad justificante	207
3. Auxilio al suicida.....	208
4. Atenuación por conducta piadosa.....	209
IV. Proyectos de ley presentados hasta la fecha en el Congreso Nacional sobre decisiones de disposición de la vida en el ámbito médico.....	209

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

V. Recapitulación	216
CAPÍTULO III. LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA	
PROTECCIÓN DE LA VIDA.....	217
I. Aspectos preliminares.....	217
II. Algunas precisiones históricas sobre la generación de la Carta de 1980 y las consecuencias de ese modo de generación.....	222
1. La Constitución de 1980 y el Gobierno Militar Chileno en el período 1973-1980: Proceso de generación.....	225
2. El proyecto sometido a votación popular	227
3. La Constitución de 1980 ya vigente: "Dos Constituciones"	228
4. Las reformas constitucionales y el cuestionamiento de la Constitución	230
A. La consideración de las actas de la Comisión de Estudios de la Carta de 1980 en la interpretación de ésta.....	232
B. Establecimiento de un modelo constitucional en la perspectiva valorativa	237
III. Los criterios de interpretación de la Carta de 1980	245
1. Criterios generales de interpretación	245
2. Criterios de interpretación asociados con el derecho a la vida: duda razonable y principio <i>pro homine</i>	247
A. Duda razonable	248
B. Principio <i>pro homine</i>	250
C. Interpretación de la Constitución a través de elementos no nacionales.....	253
C.1. Normas de Derecho público.....	253
C.2. Derecho comparado	262
IV. Las Bases de la Institucionalidad y su referencia a la dignidad, derechos y protección de la persona humana.....	264

ÍNDICE

1. El concepto de persona humana y sus disquisiciones constitucionales.....	266
A. Identificación de “persona” con ser humano	267
B. Exigencia de ciertas condiciones adicionales	273
B.1. Exigencia de que el embrión se ha anidado en el endometrio y haya continuado su desarrollo	276
B.2. Exigencia de que el embrión desarrolla su red nerviosa elemental que es singular de los seres humanos.....	279
B.3. Exigencia de que el individuo tenga plena forma humana y se pueda evidenciar una mínima capacidad cortical	280
B.4. Exigencia de gozar de un cierto grado de su desarrollo, luego del nacimiento, para ser considerado persona	281
C. La protección de la persona en relación con las condiciones para serlo.....	284
D. La eventual protección disminuida en ciertas situaciones	289
D.1. Protección disminuida del <i>nasciturus</i>	289
D.2. Protección disminuida de los embriones artificialmente desarrollados	294
D.3. Situaciones de protección disminuida por discapacidad.....	296
a) Niños y adolescentes con discapacidad	298
b) Situación de los ancianos y su asociación con la discapacidad y la dependencia. Un caso oculto de protección disminuida	301
b.1. El modelo jurídico tradicional versus la medición científica de la capacidad del paciente	305
b.2. Deterioro físico e incompetencia	307
b.3. Equidad y el paciente anciano	308
b.4. El derecho a la calidad de vida y las razones de suspensión de tratamientos.....	310
b.5. La dignidad de la muerte y la solicitud de eutanasia en el paciente anciano.....	313

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

E.	Recapitulación: justificaciones y debate constitucional	316
E.1.	Exclusiones del concepto de persona respecto de etapas iniciales de la vida humana	316
E.2.	Consideraciones de disminución de protección en razón de discapacidad o de ancianidad.....	320
a)	La representación y las decisiones de salud.....	321
b)	Criterios de decisión de los representantes.....	325
2.	La igualdad como principio constitucional y la importancia de su aplicación al concepto de “persona”	328
A.	Principio constitucional de igualdad.....	328
B.	Materialización del principio de igualdad en garantías constitucionales.....	331
C.	Concepto de acto discriminatorio	332
D.	Diferenciación arbitraria y daño	340
E.	Igual dignidad y derechos	341
E.1.	Acerca de la dignidad de la vida y de un eventual derecho a disponer de una “vida indigna”, cuya negación resultaría discriminatoria	344
E.2.	Respecto de la deseabilidad de la vida	347
E.3.	Situaciones de vulnerabilidad que justificarían la validación del acto eutanásico o el auxilio al suicida.....	349
E.4.	La penalización de “la piedad” o “medida humanitaria” que importa la eutanasia	351
F.	“Derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana”: su significado.....	356
3.	El Estado al servicio de la persona humana.....	358
A.	Interpretación de ese criterio.....	358
B.	El concepto de “orden público” en relación con la persona humana.....	360
C.	Relación entre la protección estatal y un eventual deber de autocuidado	363

ÍNDICE

D. La autonomía como parte de los elementos que han de protegerse en la persona humana: John Stuart Mill en la perspectiva constitucional contemporánea	370
V. El derecho a la vida como garantía constitucional	375
1. Las razones del surgimiento de esta garantía.....	376
2. ¿Derecho a la vida o derecho a la protección de la vida?	382
3. Quiénes son los que cuentan con protección constitucional de su vida.....	387
4. Qué es lo protegido y respecto de quiénes.....	389
A. El derecho a la vida no es un derecho absoluto en el ordenamiento jurídico chileno	389
B. El derecho a la vida, así, no protege respecto de cualquier atentado contra ella, sino respecto de los atentados ilegítimos	390
B.1. Quiénes están protegidos de los atentados ilegítimos contra su vida.....	391
B.2. Qué atentados contra la vida de las personas pueden considerarse ilegítimos y por qué	392
a) Sobre las claves de la normativa penal	392
b) Sobre las claves de la interpretación constitucional	393
5. La consideración de la vida como un derecho eventualmente superior a los demás.....	396
A. Relación con la autonomía del sujeto	398
B. Los criterios jurisprudenciales y su evolución.....	404
a) Corte de Apelaciones de Arica Rol: 338-2011	404
b) Corte de Apelaciones de Valdivia: Rol N° 103-2009 FAM, 14 de Mayo de 2009	405
c) Corte Suprema, Rol: 5623-2004.....	407
C. El conflicto de derechos aplicado al marco constitucional chileno.	408
D. Las posibilidades de conflicto del binomio vida/autonomía, vida/libertad de conciencia, vida/calidad de vida	411

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

E. Pautas de la jurisprudencia comparada acerca de la preservación de la vida ante el principio de autonomía.....	415
E.1. Caso de Debbie Purdy	415
E.2. Caso de Inmaculada Echeverría	416
E.3. Caso de Eluana Englaro	417
E.4. Caso de Diane Pretty	419
E.5. Caso de Ernst Haas.....	422
E.6. Algunos aportes de los fallos citados	425
6. ¿Es bajo la Carta de 1980 la vida un derecho–deber?	427
7. El derecho a la vida enfrentado a las situaciones de dolor, enfermedad y muerte próxima	429
A. El derecho al rechazo de tratamientos médicos y sus eventuales implicancias sobre la protección de la vida. Consideraciones sobre la calidad de vida	430
A.1. Evolución jurisprudencial	430
B. Normativa recién dictada en Chile sobre la materia: ley N° 20.584	439
C. ¿Son la alimentación e hidratación elementos que admiten rechazo? El retiro de una sonda nasogástrica.....	443
D. Las consideraciones constitucionales acerca de la limitación del esfuerzo terapéutico, órdenes de no reanimación y directrices anticipadas.....	446
D.1. La limitación del esfuerzo terapéutico (LET) y las órdenes de no reanimación (ONR).....	446
D.2. Directrices anticipadas	449
E. Las decisiones relativas a los pacientes con grados de competencia disminuida: infancia, discapacidad y ancianidad.....	454
8. Tramitación del Proyecto de ley de los derechos de las personas en salud y sus connotaciones constitucionales	455
A. Cámara de Diputados	456
A.1. Primer informe Comisión de Salud. Discusión en general	456

ÍNDICE

A.2. Sala.....	458
A.3. Comisión de Salud	458
A.4. Sala.....	460
B. Segundo Trámite Constitucional. Senado	462
B.1. Comisión de Salud	462
B.2. Sala.....	463
B.3. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento ..	463
B.4. Comisión Salud	464
B.5. Sala.....	466
B.6. Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y Salud	466
B.7. Sala.....	467
C. Tercer Trámite Constitucional. Cámara de Diputados.....	469
C.1. Comisión de Salud	469
C.2. Sala.....	469
D. Fallo del Tribunal Constitucional	469
9. Contenidos de la ley e impacto constitucional.....	470
CONCLUSIONES	473
BIBLIOGRAFÍA	485
FUENTES NORMATIVAS.....	533
I. Fuentes legislativas y documentos oficiales.....	533
II. Fuentes jurisprudenciales.....	537

INTRODUCCIÓN

Las sociedades democráticas contemporáneas, reconocedoras del valor del pluralismo, la tolerancia y del respeto por las personas, han debido afrontar el desafío que significa procurar la coexistencia armoniosa de la autonomía y del control dentro de ellas: ello ha significado una fuerte apuesta social y jurídica por la primera, estimando que la libertad es un elemento generador de relaciones saludables entre los individuos¹ y que la única forma de contar con un pensamiento que sea instrumento de progreso y de desarrollo es asegurar que éste no sea coartado, perseguido, amenazado o manipulado, dejando al segundo elemento –el control-, en un papel secundario, destinado a ocuparse de acotadas listas de materias en que se requiere imponer un determinado marco de acción.

La libertad del hombre proviene sin duda de su propia naturaleza y no es creación de la sociedad, que sí debe fortalecerla y “debe permanentemente inventar instituciones que sean capaces de extender y, aun más, generar el aire y espacio necesarios para el fortalecimiento de esa libertad entre sus ciudadanos”², de tal manera que la sociedad pasa, así, a ser no sólo garante de la libertad del individuo sino también obligada a entregar específicos repartos que la promueven y amplíen su ámbito de acción.

Esa libertad no sólo se manifiesta en el orden material o corpóreo (libertad personal, libertad económica, libre acceso a la propiedad, libertad de contratación, etc.) sino también en el ámbito de la conciencia, en el terreno de las valoraciones

¹ ROBERT DAHL, *Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy v. Control* (New Haven, Yale University Press, 1996), en que se desarrolla muy bien esta problemática.

² MICHAEL NOVAK: *Morality, Capitalism and Democracy* (Londres, IEA Health and Welfare Unit, 1990) p. 19.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

y, por ende, en el de la ética. El ser libre para determinar la moral de la conducta, en otras palabras, para ordenarse de acuerdo a los propios principios, ha originado en grandes sectores de la doctrina una firme convicción acerca de la libertad moral individualista, es decir, aquélla que busca la protección de la conciencia y la responsabilidad por la decisión propia³, sin intervención de terceros, ni siquiera de quienes esgriman como argumentos la protección y salvaguarda de la comunidad.

Así como la democracia ha venido a reemplazar al mito del progreso indefinido de los liberales clásicos, la individualidad de la moral se ha transformado en el sustituto de “la mano invisible” de Adam Smith, considerando que el ejercicio de la libertad moral no sólo conduce a una mejor distribución de los recursos, sino a la cooperación, es decir, a un fin moral positivo⁴. De esta forma, actuando cada uno de acuerdo a sus propios principios e interpretaciones sobre la realidad, respetado y protegido en esa manera de vivir y de proceder, verdaderamente es capaz de aportar al ámbito en el cual se desarrolla, a través de la reflexión, la elección y la competencia de posturas, que conllevan la necesaria política de acuerdos.

Asegurada la visión personal del mundo que cada uno tiene y la inviolabilidad de la conciencia humana, el problema se vuelve hacia el ámbito en el que se encuentran proyectados aquellos principios y valores que la sociedad en su conjunto se ha dado, que pueden perfectamente contraponerse a los que una persona particularmente sostiene. En el ámbito penal, claramente primarán las exigencias sociales de no efectuar ciertas conductas que dañan bienes jurídicos protegidos (tales como la propiedad, el orden de las familias, la fe pública)⁵, pero

³ *Ibíd.*, p. 18.

⁴ REV. SIMON ROBINSON: “La Libertad Moral en Michael Novak y R.H. Tawney” en *Estudios Públicos* n° 55, invierno de 1994 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1994) p. 230.

⁵ Lo que no evita, sin embargo, que ciertos bienes jurídicos protegidos también sean puestos en duda y, consecuentemente con ello, se pretenda despenalizar o hacer caer en la obsolescencia a las figuras punibles que con ellos se asocian, v.g. el caso del delito de adulterio, de la sodomía, el consumo de drogas, etc.

INTRODUCCIÓN

fuera de él, la distinción comienza a desdibujarse rápidamente y a ser incluso dudosa, más aún si consideramos que el propio sistema democrático solamente soslaya el problema valorativo, ya sea por afán de supervivencia, de integración de disidentes o de su imposición como modelo universal.

Como consecuencia de lo anterior se ha venido recurriendo crecientemente a la contraposición entre la ética pública y la ética privada (o individual), considerando a la primera como aquel núcleo de contenidos que, por ser condición de una convivencia plural pacífica, se consideraría jurídicamente exigible, y a la segunda como un conjunto de dimensiones omnicomprensivas del bien que cada ciudadano puede privadamente suscribir y que no puede extenderse a los demás ciudadanos, pues significaría una pretensión de imponer sobre éstos creencias ajenas⁶. Si bien tal cosa ha generado un amplio debate, son muchos los países en los que crece la exigencia de no intervención alguna de la sociedad en el campo de la ética individual o privada⁷, y en los que se limita la ética pública a lo que Andrés Ollero llama, en perfecta concordancia con las características actuales de la democracia, *una ética procedimental*, que no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien y que se basa en el carácter trascendente y categórico de la pura racionalidad comunicativa del hombre⁸.

⁶ Al respecto, resulta interesante analizar las tesis contrapuestas de GREGORIO PECES BARBA MARTINEZ, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995) que, como positivista, teme los riesgos de “imponer la ética pública como ética privada y convertir a los ciudadanos en obligados creyentes” (p. 17), y de ANDRÉS OLLERO TASSARA, “Derecho y Moral entre lo público y lo privado”, en *Estudios Públicos* n° 69, verano de 1998 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1998), quien considera que “la ética pública, en cuanto marca los criterios que han de organizar la vida social, desborda cuando mucho una dimensión meramente procedimental y formal. Exige determinados contenidos materiales, sin perjuicio que su alcance sea más modesto que el omnicomprensivo de las éticas privadas” (pp. 25 - 26).

⁷ Salvo, probablemente, las exigencias propias de la transparencia asociadas con el ejercicio de los cargos públicos: Cada uno es libre respecto de los valores e ideales que suscriba, pero el votante y partícipe social tiene el derecho a saber cuáles son, respecto de quienes manifiestan un programa y pretenden dirigir la sociedad. Si bien, aparentemente, se trata de la ética privada del agente, en gran medida se escruta porque se extiende a un futuro modo de comportamiento de la autoridad investida como tal.

⁸ Ob. cit, pp. 23 - 24.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

De esta forma, la ética del conjunto se agotará tan sólo en la idea de vivir en el conjunto, de manera pacífica y en competencia bajo ciertas reglas preestablecidas. Todo el resto, es decir, lo que consiste en ordenar la conducta hacia el bien, en efectuar las valoraciones respecto de los hechos, el acatamiento de ciertos principios fundamentales, queda confinado en el ámbito del individuo, para evitar las luchas enconadas, la destrucción de la convivencia y la temida promoción del Estado respecto de una doctrina particular en detrimento de otras⁹, es decir, el fundamentalismo presente en ámbitos no occidentales, que se traduce en el movimiento del aparato estatal en captura de las conciencias individuales.

De allí que el culto por la ética individual y privada se vuelva, una vez más, hacia el pluralismo, el cual se eleva desde hecho sociológico a categoría ética, como un freno a la pretensión de imponer una sola visión del mundo, haciendo uso opresivo del poder a favor de una determinada concepción ética¹⁰. Ello deriva en la construcción de una serie de propuestas sobre la ética individual que obedece a ciertas premisas claramente identificables.

La primera consiste en que, dado que el acuerdo valorativo es muy difícil de lograr, el sistema social no debe aspirar a más que un consenso procedimental, por lo cual la búsqueda de la verdad y del bien fuera de los aspectos formales es tarea estrictamente individual. Tal cosa, sin duda, significa entender verdad y consenso como un dilema alternativo, respecto del cual el concepto de pluralismo dirige el camino hacia *el consenso posible en la diversidad*.

⁹ “...Cómo los ciudadanos -que siguen profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales- pueden, no obstante, conservar una sociedad democrática justa y estable. Para este fin, es normalmente deseable que los puntos de vista comprensivos en lo filosófico y en lo moral, que nos hallamos acostumbrados a utilizar en los debates sobre cuestiones políticas fundamentales, se dejen de lado en la vida pública...”: JOHN RAWLS, *Liberalismo Político* (México, Fondo de Cultura Económica, 2ª. reimpresión, 1996) p. 35.

¹⁰ ANDRES OLLERO TASSARA: Ob. cit, p. 31.

INTRODUCCIÓN

Por estas razones, defender a ultranza que la ética sustantiva resulte patrimonio exclusivo de la individualidad del hombre, se visualiza como un freno para el poder estatal, ya que la organización política se encontrará impedida de legislar respecto de las conciencias de los individuos, no podrá perseguirlos por sus opiniones ni forzarlos a suscribir normas morales que no comparten, salvaguardándose así la libertad y la dignidad de las personas, ya que bajo este prisma tal vez el componente más relevante de aquéllos que conforman el trato digno para con el individuo de la especie humana está constituido por la igualdad en la libertad que antes mencionábamos y que significa ser libre para pensar y actuar de acuerdo al pensamiento propio¹¹.

Esta visión de la ética impide utilizar la regla de la mayoría como un instrumento de imposición, ya que ello significa que un consenso determinado sobre estas materias, por muy fuerte que sea, carece de legitimidad si es un instrumento por el cual se imponen a un grupo social creencias éticas que no comparte. De allí que la moral socialmente exigible quede reducida al ámbito del respeto a los derechos de los demás, es decir, a las conductas que tienen impacto sobre las prerrogativas de terceros, lo que una vez más nos fuerza a la distinción entre lo público y lo privado¹², donde sólo atañe al “público” lo que el sujeto hace con consecuencias directas sobre otros.

La aplicación de la regla anterior deja las conductas o acciones que aparentemente sólo se refieren a uno mismo a su total arbitrio y decisión, de tal forma que cada cual se vuelve su propio y único juez, exigiendo compulsivamente a la sociedad

¹¹ Ya veremos, sin embargo, que este principio de no injerencia resulta altamente relativo, si nos situamos en el ámbito del ejercicio de los derechos, en el cual el ejercicio mismo de ciertas prerrogativas que nacen a la sombra o alero de la autonomía significa una decidida intervención social respecto de quienes no se encuentran en el grupo que ve concretadas sus pretensiones jurídicas.

¹² La cual no es siempre fácil de conocer, ya que “la distinción entre lo privado y lo público es históricamente cambiante y dista mucho de ser neutral”: JOAQUIN GARCIA-HUIDOBRO, “Derechos Humanos y Liberalismo Moral” en *Lecciones de Derechos Humanos* (Valparaíso, Edeval, 1997) p. 384.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ser igualmente salvaguardado de su injerencia, por más que el concepto de “uno mismo” versus el de “terceros” no siempre se encuentre claramente definido o distinguido, como ocurre por ejemplo con la libertad de elegir, en relación con los derechos sexuales y reproductivos y con la disposición de la propia vida.

El énfasis en la individualidad de la ética ha tenido una proyección inevitable hacia el Derecho, de tal forma que lo “jurídicamente exigible” se ha hecho símil de la ética pública (el mínimo de consenso procedimental entre los individuos) y se declara al Derecho imposibilitado de inmiscuirse en el gran ámbito de la ética privada, donde sólo le corresponde garantizar la libertad del hombre en igualdad con los otros. Tal clase de ética, también llamada por algunos autores “moral autónoma”¹³, tiene su centro de gravedad en la conciencia de cada individuo, en la cual éste se sujeta sólo al querer propio y no a un querer ajeno, mientras que “la moral social” derivará de lo que consensuadamente el grupo humano expresa desde el punto de vista normativo e impone de modo vinculante a sus miembros¹⁴.

Es difícil imaginar una democracia pluralista sin, de inmediato, poner los ojos en cuál sería la Constitución posible para un tipo de sociedad como ésta, más aún si consideramos a la Carta Fundamental de un determinado Estado como la expresión del pacto o acuerdo de los miembros de la Nación sobre las reglas y condiciones de su vida en común.

¹³ AGUSTIN SQUELLA: *Derecho y Moral, ¿tenemos obligación moral de obedecer el Derecho?* (Valparaíso, Edeval, 1989) p. 31.

¹⁴ Sin que podamos olvidar que sólo es factible, de acuerdo a este planteamiento, el consenso en términos procedimentales, en otras palabras, normas que obedezcan a ciertas reglas básicas que permiten conducirse en la vida en sociedad: “algo común a los códigos morales de cualquier sociedad... la proscripción del uso de la violencia en las personas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas. Y la prohibición, por último, de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros... son el precio que hay que pagar, en un mundo como el nuestro, para vivir en sociedad... la protección que ellas acuerdan es el mínimo que, para seres como nosotros, hace que valga la pena vivir en sociedad”: H. L. A. HART, *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980), p. 238.

INTRODUCCIÓN

De allí, entonces, que si constitucionalismo y democracia han ido de la mano, no puede esperarse que las características propias de la democracia pluralista de la época actual no influyan también -e incluso moldeen- a las constituciones que fijan el supremo orden jurídico por el cual se regirán tales democracias.

Precisamente un gran papel de la Constitución es el reconocimiento de derechos, libertades e igualdades de las personas, considerando -más aún en aquellas leyes fundamentales que obedecen a la tradición del Derecho Natural- que éstas son propias de la dignidad de la persona humana, por lo cual corresponde al ordenamiento jurídico tomar conocimiento a su respecto y evitar bajo todas las fórmulas su vulneración. De esta forma, la calidad de “constitucionales” de los derechos, para algunos autores¹⁵, no responde a que sea la Constitución la que los crea, sino a que ella es la llamada a darles protección, mientras para otros precisamente la existencia del orden constitucional es la fuente de los derechos, traducida en un verdadero mandato al legislador¹⁶.

La situación de una suerte de “subordinación constitucional” frente a derechos preexistentes, que representan incluso un límite para el poder constituyente originario, cuando el pueblo soberano se da una primera Carta, tiene harta importancia en el tema que nos ocupa, ya que el pluralismo deja incluso de ser una opción constitucional y se transforma en un condicionante de la interpretación de la propia Constitución, ya que se identifica con una igualdad en la libertad que la antecede y que aun la legítima.

Por esta razón, la Constitución es tratada no como un marco en el que el pluralismo encuentra pautas de desenvolvimiento, sino como una construcción puesta allí precisamente para que ese pluralismo no sea vulnerado, toda vez que el

¹⁵ CARLOS IGNACIO MASSINI hace ver, sin embargo, cómo ha ido mutando esta tesis basada en la Ley Natural, de cara al postmoderno Derecho Natural, en “La teoría del Derecho Natural en el tiempo posmoderno en *Doxa* N° 21, 2, 1998 , pp. 289-304.

¹⁶ Al efecto, es interesante revisar ROBERT ALEXY *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001) pp. 13 y ss.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

respeto por la individualidad y por la ética individual no se considera un producto social, sino una prerrogativa de la cual debe gozar cada individuo por ser tal, que se superpone a cualquier regulación jurídica.

Debe la Constitución adaptarse a los requerimientos de ese pluralismo al que está llamada a servir y que, desde luego, no se manifiesta tan sólo en el reconocimiento a la propiedad privada, a la libre competencia, a la libertad de asociación¹⁷, sino también en la libertad de conciencia -al punto de llegar hasta la objeción fundada en ella respecto de deberes pretendidamente impuestos por el ordenamiento jurídico- y en el reconocimiento a la diversidad o derecho a la diferencia¹⁸, de acuerdo a las características diversas de cada grupo y de cada persona en particular.

La concepción de la “diferencia” como sinónimo de individualidad y, por ende, gran sustento del ordenamiento, ha contribuido a hacer proliferar todo tipo de estatutos jurídicos especiales, en un afán de reconocer derechos y facultades particulares a cada cual según sus propias características e intereses, primero en el ámbito legal, pero después con una clara extensión al terreno de lo constitucional, ya que se trata de elevar tales reconocimientos a rangos indiscutibles, fácil y prontamente justiciables¹⁹. Además, es claro que llevando por delante el título del

¹⁷ Que NORBERTO BOBBIO considera el gran derecho de las sociedades pluralistas, ya que el origen del pluralismo es precisamente ese derecho y “cuando se habla de democracia pluralista, no se habla tanto de democracia de muchos individuos: se habla de una democracia de muchos grupos”: “Democracia y Pluralismo”, en *Revista de Ciencia Política* vol. 1 - 2, 1986 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986) p. 133.

¹⁸ Construcción aparentemente paradójica, por derivar de “la tendencia general hacia la igualdad, como signo de los tiempos y principio universal proclamado por las constituciones nacionales y por los documentos internacionales” y que consiste en “tratar a los desiguales de modo desigual”, lo que en realidad es una manifestación negativa lógica del principio de igualdad: NORBERTO BOBBIO, “Iguales y Desiguales”, en *Elogio a la Templanza* (Madrid, Temas de Hoy, 1995) pp. 191 - 192.

¹⁹ “Bajo el título «Por una filantropía sin fundamento» se abre la segunda parte en la que se esbozan los posibles caminos para lograr una convivencia pluricultural: «*Habría que dejar de hablar de las culturas en términos holistas y hablar de hechos culturales compatibles e incompatibles*». Esta visión permite entender que la negociación que aquí se señala como vehículo para la convivencia, no implica dejar de ser, sino que supone cambios específicos en hechos culturales concretos. «*La identidad no se supedita a cualquier tipo de cambio cultural. Si así fuera*

INTRODUCCIÓN

“humanitarismo, la tolerancia, la justicia, la verdad o la reconciliación, se apunta a reformar, a controlar y ajustar la ley fundamental y las instituciones básicas de la sociedad”²⁰, ya que dichos principios, todos ellos emparentados con nuestra idea de pluralismo, se superponen a los postulados del Derecho positivo, aun constitucional.

Lo anterior ha significado, invariablemente, una tendencia, primero leve y luego muy decidida, al reconocimiento de derechos que constituyen verdaderas expresiones de tal individualidad, en los que se contienen elementos relacionados con la igualdad (precisamente la “igualdad de exigencia respecto de ser reconocido como diferente”), la propietarización²¹ creciente de los prerrogativas jurídicas (lo que se puede hacer, es, por tanto, derecho) y la libre decisión, por encima de toda valoración de bien y de mal, la cual le corresponderá de forma única y excluyente, a cada persona.

Tal proceso se concreta con el desarrollo de las *generaciones* de derechos, sobre la base del surgimiento de oleadas de derechos que corresponden a la reflexión histórica sobre ellos y a las consideraciones que van desde la individualidad de la persona hasta el colectivo: “En el curso de esta evolución, se han venido desarrollando los contenidos de los derechos protegidos del modo más diverso. A partir de esto, tradicionalmente se distinguen «tres generaciones» de derechos. Los derechos de la «primera generación» (o de los textos que los enuncian) están

no existiría ninguna identidad porque hay historia.» Lo que se pretende es presentar a la cultura y la identidad cultural como algo cambiante, diversificado, contradictorio, nunca homogéneo”: SANDRA GIL Y JESUS MIRANDA: “Comentario a Los Muros de Separación. Ensayo sobre alterofobia y filantropía de Teresa San Román”, *Política y Sociedad* vol. 29, 1998, Universidad Complutense de Madrid, pp. 190-192.

²⁰ FERNANDO MORENO VALENCIA: “La moralidad en la política”, en *Ius Publicum* n° 1, 1998 (Santiago, Universidad Santo Tomás, 1998) p. 164.

²¹ La teoría de los derechos adquiridos postula que los derechos que se adquieren bajo la vigencia de una determinada ley se convierten en bienes que entran al patrimonio de sus titulares, quienes ejercerían un derecho de dominio sobre estos derechos (práctica jurídica que ha sido bautizada por Vergara Blanco con el nombre de “propietarización de los derechos”. Vid. ALEJANDRO VERGARA BLANCO, “La Propietarización de los Derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV (1991-1992), p. 281.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

orientados sobre todo a la tutela de las libertades clásicas; éstas se dirigen, por un lado, a impedir intromisiones injustificadas en la persona como ser moral y en su esfera privada y, por otro, a permitir la formación autónoma de las propias decisiones y la manifestación del pensamiento individual. La «segunda generación» se ocupa sobre todo de la tutela de los «derechos sociales», elaborados sobre las huellas de las doctrinas que llevaron a la realización del *Welfare State*. Los derechos de la «tercera generación» contestan a necesidades cuya importancia ha sido apreciada más recientemente; se trata de los relativos a la salud, a la vivienda, al entorno o medio, a la paz, etc.”²².

Este concepto, sin embargo, ha dejado insinuar que podría importar una especie de subordinación de unos derechos a otros, una suerte de tabla pretasada que permitiría por ejemplo resolver conflictos de derechos sobre bases de jerarquización de éstos²³, lo cual sin duda no se asocia con la distinción de generaciones de derechos sino más bien con el rango de éstos como construcciones en conflicto, lo que no se pretende esgrimir aquí como una tesis.

En efecto, la existencia de generaciones de derechos no representa la pretensión de debilitar los derechos de generaciones anteriores o de considerar nuevos derechos menos protegibles que los contemplados clásicamente: “La relación funciona como una vía de doble dirección, porque a su vez los nuevos derechos sólo pueden alcanzarse a través de la puesta en marcha de los derechos anteriores”²⁴. Por eso Karel Vasak denominó a los nuevos derechos "derechos-

²² ALESSANDRO PIZZORUSSO: “Las generaciones de derechos”, en AAVV *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Universidad Complutense de Madrid, 2001, pp. 500-501.

²³ En la obra de *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. una alternativa a los conflictos de derechos* de PEDRO SERNA y FERNANDO TOLLER, (Buenos Aires, La Ley, 2000) se considera que las tesis conflictivistas a la postre resultan en el sacrificio de uno de los derechos, lo que implica el desmedro y la pérdida de algunos derechos de su calidad de fundamentales, para convertirse unos en derechos príncipe y otros en derechos cenicienta, “cuya medianoche es cruzarse con un derecho considerado más fuerte”.

²⁴ JESUS MARÍA ALEMANY BRIZ: «La paz ¿un derecho humano?», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, II Monográfico, pp. 17-45.

INTRODUCCIÓN

síntesis", expresión que apunta a la integración y no a la oposición entre las diversas generaciones de derechos²⁵.

Existen diversas posibilidades respecto de la forma de generación de estos derechos. Usualmente constituyen un subproducto de derechos clásicamente reconocidos por las constituciones, de tal manera que se plantean como fragmentaciones de éstos o como resultados de una interpretación evolutiva de ellos. Podemos aquí, mencionar, por ejemplo a *la no discriminación arbitraria*, definida por lo negativo respecto de la garantía madre, que claramente es la igualdad ante la ley, y que van tomando distintas características cuando se aplica a la situación de la mujer en materia laboral, a las oportunidades de grupos segregados racialmente o a personas con pocas posibilidades físicas o económicas de participación en sociedades de consumo y altamente competitivas. Éste ha sido el gran justificante para la adopción de medidas de discriminación positiva, las que podrían parecer dudosas respecto de su constitucionalidad si tuvieran que entenderse en combinación con la igualdad constitucional clásica, pero que, contrastadas con la no discriminación arbitraria se consideran hoy en muchos ordenamientos como *discriminación justificada*.

En otras ocasiones, el nuevo derecho no tiene una naturaleza distinta del que lo generó, sino que importa una maximización del derecho de origen, al punto de darle un carácter que le permite ser esgrimido para objetar válidamente una gran cantidad de compromisos jurídicos exigidos por el sistema. En este caso está la libertad de conciencia en su "nueva concepción", que la ha transformado en una garantía emblemática del pluralismo²⁶, no, como podría creerse, porque el sistema

²⁵ KAREL VASAK: "Pour une troisième génération des Droits de l'Homme", en *Études et essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, (Ginebra, 1984), pp. 837 y ss.

²⁶ "El Estado no se ocupa de doctrinas filosóficas y religiosas, sino que regula la búsqueda que hacen los individuos de sus intereses morales y espirituales conforme a los principios con que ellos mismos estarían de acuerdo en una situación inicial de igualdad... De los principios de la justicia se deriva que el gobierno no tiene ni el derecho ni el deber de hacer, en materia de moral y de religión, lo que él o una mayoría (o quienquiera) desee hacer. Su deber se limita a garantizar las

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

tradicional estuviera en desacuerdo con que a cada uno respecta determinar su propio pensamiento, juicio y creencia, sino porque hoy la libertad de conciencia constituye un argumento en contra del cumplimiento forzado de los deberes hacia el Estado, de la obligación o deber moral de resguardar la propia vida o incluso del deber de socorro, ello sobre la base de que la determinación de lo que es martirio corresponde a cada uno, así como también qué aspectos de las obligaciones que impone un Estado determinado ha de cumplir según sus principios morales²⁷.

También dentro de este grupo deberíamos incluir a los derechos que se derivan de la libertad de elegir, la cual originalmente se identificaba con materias económicas o contractuales, pero que hoy se traduce en una constante de opciones que el ser humano aborda con el total poder de decisión sobre ellas, sin estar coartado por norma jurídica de ninguna naturaleza y tampoco por una de carácter moral, ya que somete la decisión sólo a su propia ética individual. Ejemplo de ello es el derecho a abortar por parte de la madre o el derecho al tipo de sexualidad que se quiere desarrollar²⁸.

condiciones de igualdad de la libertad religiosa y moral”: JOHN RAWLS, *Teoría de la Justicia* (México, Fondo de Cultura Económica, 1979) p. 202.

²⁷ “La objeción de conciencia persigue la excepción de un determinado deber para el objetor, porque el cumplimiento del mismo entra en colisión con su propia conciencia... intencionalmente, la objeción no persigue la sustitución o cambio de las normas sino su excepcionalidad en el caso del objetante, que no afirma la injusticia de las normas en general, sino la injusticia concreta de la norma, si es aplicada a su persona, ya que entiende que los motivos de su conciencia priman sobre el principio de generalidad del Derecho”: RAMON SORIANO, “La Objeción de Conciencia: Significado, fundamentos jurídicos y positivación en el Ordenamiento Jurídico Español” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* n° 58, Octubre - Diciembre 1987 (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987) pp. 79-80.

²⁸ Estos y otros derechos se consideran parte de un subgrupo bastante amplio de derechos, llamados pluralmente *derechos sexuales y reproductivos*: “La salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y de procrear sin riesgos; asimismo, la libertad para decidir cuándo, con quién y con qué frecuencia hacerlo”: NACIONES UNIDAS. *Plataforma de Acción. Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo*. (Nueva York: UN; 1994) En estos derechos se asocian dos líneas de fundamentos: Aquéllas relacionadas con la autocomposición del sujeto y aquéllas que más bien se vinculan con una amplitud de derechos prestacionales de éste asociados con el concepto de salud sexual y reproductiva. Por ello, aún paradójicamente, en este grupo se encuentra la exigencia de un derecho a abortar como la exigencia de contar con los medios necesarios para procrear, si es necesario, artificialmente.

INTRODUCCIÓN

En otros casos, se construyen derechos sobre la base de transformar en garantía constitucional todo aquello que la ciencia posibilita, de tal forma que se produce una identificación entre poder fáctico y facultad amparada por el Derecho. Ello se vincula con la insistencia en la igualdad de acceso a las prestaciones que la Ciencia puede brindar, como también con la estimación de que ciertos procesos vitales en los cuales el individuo está sometido a ciertas leyes o exigencias naturales, pueden abordarse desde perspectivas facilitadas y, por ello, se crea el derecho a realizarlas de manera más cómoda, es decir, se transforman en expresiones de un *derecho al bienestar*. En este grupo podemos incluir a algunos de los derechos reproductivos, que han pasado, desde una situación de dependencia de instituciones tales como la familia o el matrimonio, a ser garantías de carácter estrictamente individual, donde cada uno opta por la oportunidad, forma e incluso técnicas para ejercerlos.

Finalmente, un último grupo de estos derechos proviene de las profundas dificultades que ha ocasionado para el Derecho Constitucional la confusión civil entre el dominio y la propiedad, respecto de los atributos de la personalidad. Ello ha conllevado un proceso difícilmente detenible y amparado muchas veces por cuantiosos fallos de los tribunales de justicia, que han significado la propietarización de tales derechos y la subsecuente creencia que respecto de ellos la persona cuenta con las facultades de usar, gozar y disponer, como si se tratase de un predio²⁹. De esta forma, derechos considerados antes absolutos, como el derecho a la vida, han pasado a entenderse patrimonialmente disponibles por su titular, el cual desde luego que puede prescindir de ellos³⁰, lo cual ha dado origen

²⁹ Ver, sobre disposición de los derechos, ALEJANDRO GUZMAN BRITO: *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995).

³⁰ PETER SINGER, en su obra *Repensar la Vida y la Muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional* (Barcelona, Paidós, 1997) manifiesta que “el derecho es algo que se puede ejercer o no” (p. 213), por lo cual se puede renunciar a ese derecho si se desea hacerlo, aunque se trate del derecho a la vida: “el aspecto más importante de tener derecho a la vida es que uno puede elegir si acogerse a él o no” (p. 214).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

a la existencia subsecuente de una especie de *derechos contrarios*³¹, que se escindirían de derechos consagrados constitucionalmente como una suerte de contrapartida o contracara suya, tales como el derecho a la eutanasia y al suicidio asistido.

En el caso particular de la eutanasia, entendida como una forma de disposición de la vida de una persona, por causas humanitarias, podemos visualizarla vinculada a figuras tradicionalmente sancionadas por el ordenamiento jurídico penal, que van desde la consideración original de la conducta homicida hasta la creación de figuras especiales, como el llamado homicidio piadoso o pietístico. Sin embargo, existe una creciente tendencia mundial no sólo a disminuir las sanciones aplicables a las conductas eutanásicas o derechamente a despenalizarlas, sino a estimar que la eutanasia puede entenderse parte de los derechos constitucionales de una persona, fundándose en que de igual manera que se considera un elemento esencial de toda Carta Fundamental la dignidad de todo individuo de la especie humana, debe también resguardarse la dignidad de la muerte y el derecho al bien morir, lo que sería *válido* materializar a través de la eutanasia, de acuerdo al razonamiento consistente en que la dignidad del individuo de la especie humana no alcanza tan sólo a su vida, sino que también se proyecta sobre el momento de su muerte, y por consiguiente, no puede mantenerse forzosamente a un individuo en una *vida indigna* y mucho menos, prolongar una agonía dolorosa para él o para sus familiares, porque tal cosa significaría para él una *muerte indigna*. Por esta razón, se postula entonces el derecho a que la persona sea auxiliada por un tercero, a fin de terminar con esa vida indigna o de acelerar la muerte,

³¹ La presentación de Diane Pretty ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es analizada por éste considerando que no es dable considerar que la esencia de lo garantizado en un derecho pueda derivar en la garantía contraria, ya que ello sólo ocurre en el caso de las garantías de libertad, que de suyo implican la posibilidad de actuar o no. Por el contrario, Pretty plantea que garantizar el derecho a la vida, de suyo importa asegurar a su *contrario*, esto es, el derecho a morir, como contrapartida que depende de la decisión del titular. Vid, al respecto, de la autora: “La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: La solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty”, *Acta Bioethica* N° 2 2002 (Santiago, OPS/OMS, 2002) p. 305.

INTRODUCCIÓN

salvaguardando así la dignidad de su tránsito hacia la muerte, todo ello por razones piadosas.

En tales argumentaciones, queda de manifiesto el énfasis efectuado en torno a la idea de *calidad de vida*, sobre el valor de la vida misma o incluso una concepción de *sacralidad* que correspondía a una visión más tradicional, lo que conduce al necesario enfrentamiento entre ese concepto –que se ha ido creando a partir de la doctrina económica y que ha incursionado decididamente en la esfera de los derechos individuales- y la visión filosófica y religiosa asociada con la idea de un creador que otorga la vida al sujeto creado como un don, que éste ha de proteger y defender. El enfrentamiento entre ambas posturas³² ha tenido un largo desarrollo no sólo doctrinal sino jurídico y, paradójicamente, ambas han considerado favorable a ellas el concepto de dignidad de la persona consagrado en todas las constituciones del mundo.

En lo que respecta al caso chileno, si bien la Constitución reconoce la dignidad de la persona y también una serie de derechos que emanan de su propia naturaleza, entre los que ocupa lugar preponderante el derecho a la vida, el desarrollo que ha tenido esta temática no ha sido equiparable al verificado en el mundo anglosajón o en los países europeos, a nuestro juicio, por tres razones: primera, porque no se ha producido un reflejo adecuado, en el mundo jurídico, de los avances doctrinarios que sí se evidencian en materias de bioderecho, particularmente asociados con el consentimiento y autonomía del paciente, por lo cual aun en las normas dictadas recientemente no queda del todo delineado hasta qué punto el paciente puede decidir en lo suyo y cuáles son las facultades de las que efectivamente goza en relación con decisiones que afectan o inciden en su salud y en su vida; segundo, porque en gran medida el tratamiento de la eutanasia sigue siendo un modo de tratar la situación del homicidio piadoso, al no haber figuras diferenciadas sobre

³² Vid. ALBIN ESER: “Entre la “santidad” y la “calidad” de vida”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 37, Fasc/Mes 3, 1984, pp. 747-782.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

esta conducta ni otorgarle el ordenamiento jurídico un valor específico al consentimiento del paciente a propósito de la disposición de la vida; y tercero, porque el debate constitucional en materia de controversias sobre el derecho a la vida y su aparente o real conflicto con la autonomía del paciente se ha centrado más en los problemas del inicio de la vida que en los de su término, por lo cual aún la mirada sobre la eutanasia se limita a un criterio general y a una definición laxa, muy diversa a la de países en que las figuras punibles versus las autorizadas se han acotado rigurosamente.

Por tal razón, sin perjuicio de reconocer que en Chile se insiste cada vez más en la autonomía individual traducida en la proliferación de nuevos derechos, aún limitados al orden legal o a la extensión de garantías a propósito de la vista de recursos de protección en los tribunales de justicia, se emplea en este análisis un concepto de eutanasia que equipara el consentimiento del sujeto pasivo a la intención humanitaria del sujeto activo, pues elegir un criterio diferenciado atentaría claramente contra la visión más generalista que se maneja en el ámbito nacional. Ello no impedirá, sin embargo, hacer las distinciones del caso en el tratamiento del tema a la luz del Derecho Comparado, como se verá en la reflexión constitucional que se efectúa en el último capítulo de esta obra.

Con todo, si bien hasta ahora sólo ha habido intentos de introducir por este camino la figura de la eutanasia, a través de la presentación de algunos proyectos de ley en estas materias, existe cierta reflexión en el orden constitucional en torno a que este tratamiento sería perfectamente discutible si, por la vía de un proyecto de ley, de reforma constitucional o de la interposición de un recurso de protección, haya quien admita o pretenda hacer admisible, dentro de un ordenamiento jurídico que se pronuncia poco en estas materias, que un derecho que se basa directamente en la dignidad humana como es el derecho a la vida, incluya a su lado, como una prolongación de él, un derecho a la muerte traducido en poder solicitar o ejecutar un homicidio piadoso, respecto de lo cual corresponderá analizar si estos derechos son o no compatibles.

INTRODUCCIÓN

Por tales razones, se hace necesario el estudio sistemático de estos problemas, en el ámbito del Derecho Constitucional Chileno, así como de las posibles soluciones que el ordenamiento jurídico puede ofrecer para la protección de los derechos del paciente terminal o en condiciones de inconsciencia irreversible, para aquél sometido a sufrimientos físicos o psicológicos insoportables o cuyas únicas posibilidades de cura o de mantención de la vida violentan su conciencia o su planificación sobre ella, considerando que a su respecto surgen una multiplicidad de intereses y asimismo una importante cantidad de expectativas, todo ello para definir si es admisible constitucionalmente en Chile el empleo de prácticas eutanásicas o la implementación de otras medidas relacionadas con la disposición de la vida con fines humanitarios o de protección de la autonomía -como pueden serlo el otorgamiento de los llamados testamentos vitales, la garantía constitucional y legal del derecho al rechazo de tratamientos o de técnicas médicas por parte de pacientes competentes, la determinación de órdenes de no reanimación, el retiro de medidas de soporte vital en determinadas circunstancias, procurando adelantar los criterios que podrían ser de utilidad en caso de plantearse estas figuras, ya sea mediante acciones cautelares o por la tramitación de futuros proyectos de ley o de reforma constitucional.

En ello se pretende incluir también un estudio de las eventuales consecuencias jurídicas, sociales y éticas que podría tener, para el caso chileno, la entrada en vigencia de normas que admitan estas posibilidades o que abran el camino al ejercicio de la eutanasia o de otras posibles prerrogativas vinculadas con ella por la vía jurisprudencial, distinguiendo claramente aquéllas que - aún sin plantearse todavía formalmente para el caso chileno - serían coincidentes con el espíritu de la Carta de 1980 de aquéllas que claramente significarían burlarlo o introducir transformaciones profundas en el modelo que sustenta. La normativa recientemente dictada en el país acerca de los derechos y deberes de las personas en el ámbito de la salud nos da algunas luces sobre la resistencia de legislador a

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

introducir estas posibilidades en la regulación sectorial, aun por la vía interpretativa, pero ello no significa que el desarrollo posterior pudiera importar propuestas en un sentido distinto.

Finalmente, debe tenerse presente que la investigación busca, asimismo, dilucidar cuál es la posición constitucional chilena acerca de la conciencia individual, pues esta materia ha gozado en el país de un enfoque más bien asociado a la libertad religiosa y a los derechos relacionados con el consentimiento informado en materia de salud, pero no se ha clarificado suficientemente, a nuestro entender, la posibilidad de que, invocando la propia conciencia, se pueda considerar como parte de las prerrogativas de un individuo el disponer de su vida o el participar activamente en la disposición de la vida de un tercero. La respuesta a ese interrogante permitirá, también, determinar si la ética pública impera sobre la ética privada o si, en relación con el derecho a la vida, se reconoce un espacio suficientemente amplio de decisiones al sujeto, aplicando sus propios valores y lo que él considera, en tanto sujeto autónomo y competente, su propio plan de vida.

Esta tesis doctoral ha sido parcialmente elaborada en el marco del Proyecto de investigación “Principlismo y teoría de la argumentación en la toma de decisiones biomédicas” (DER 2010-17357/JURI), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

CAPÍTULO I
EL CONCEPTO DE EUTANASIA: EVOLUCIÓN, DIFERENCIACIÓN
CON OTRAS FORMAS DE DISPOSICIÓN DE LA VIDA Y
CONSECUENCIAS ÉTICO-JURÍDICAS

I. Aspectos preliminares

El presente capítulo tiene el objetivo de analizar el concepto de eutanasia y su evolución, proponiendo una definición operativa de ésta que nos permita compararla y distinguirla de otras formas de disposición de la vida.

La razón por la cual resulta menester iniciar este trabajo con un estudio acerca del concepto de eutanasia se debe a que éste es, de suyo, evolutivo, ya que si bien conductas asimilables a ella han estado presentes en la historia del hombre desde muy antiguo, han sido comentadas por autores clásicos, motivo de una cuantiosa literatura a través de los años e incluso han resultado inspiradoras de ciertas políticas asumidas por el Estado o por los particulares en cuanto al tratamiento del problema de la muerte, del enfermo terminal y de los derechos que lo asisten, no debemos olvidar que no se ha entendido lo mismo por eutanasia en cada una de estas oportunidades, no sólo por el sentido y alcance que habría de fijar el intérprete cuando la ley la ha configurado como un delito, sino incluso a causa del contenido misma de ésta, lo cual se extiende desde el verbo rector (matar, dejar morir... pero también, para algunos, suspender, limitar...) hasta la caracterización que exige de la víctima (enfermo, enfermo terminal, individuo irreversiblemente inconsciente, persona que sufre...), pasando por quién es autor de la conducta (sólo el médico, sólo el personal de salud, cualquier persona...), y por las razones que lo motivan (exclusivamente la solicitud del enfermo, causal legal, compasión...).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

De allí entonces que, al pretender analizar si el ordenamiento jurídico chileno (que no recoge expresamente a la eutanasia) contiene alguna conducta punible asimilable a ésta o alguna directriz que nos permita calificar su licitud o ilicitud, debemos previamente realizar el ejercicio conceptual de despejar el contenido real de la noción de eutanasia de otros aspectos que pueden serle afines pero no propios, como asimismo introducirnos en las clasificaciones doctrinarias que se han hecho acerca de este término, y de tal manera contribuir a exponer un vocabulario común, una suerte de glosario propio que nos permita avanzar sin vernos entrapados en las diversas posibilidades que nos ofrecen no sólo los autores, sino incluso la jurisprudencia y la ley, acerca de qué se entenderá, por ejemplo, por distanasia, ortotanasia, eutanasia activa y pasiva.

II. El concepto de eutanasia

1. Eutanasia: un concepto evolutivo

Para efectos del estudio de la eutanasia como delito, es menester contar previamente con un concepto operativo de ésta, a fin de poder examinar el Derecho Chileno y establecer si encontramos en él o no la presencia de esta figura, ya sea directa o indirectamente. Sin embargo, como antes lo expresábamos, es imposible configurar tal concepto operativo sin analizar las diversas interpretaciones y definiciones que se han vertido sobre la idea de eutanasia, la cual, si bien ha gozado de especial consideración por su atractivo, no ha dejado por ella de ser muchas veces confusa o, por lo menos, ambivalente.

Esa aparente o real confusión que surge a propósito de la eutanasia probablemente se debe a que la misma raíz etimológica de la palabra – del griego *eu* (bueno) y

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

thanatos (muerte) - alude a un concepto de difícil determinación³³, esto es, a “la buena muerte”, incluso a “la muerte bella”³⁴, lo que hoy se podría llamar “bien morir”.

En efecto, tal cosa puede entenderse como una expresión del respeto y trato digno que merece una persona al momento de morir, como también alusión a las

³³ “El término se presta al equívoco desde el primer momento, ya que el calificativo de buena dependerá sustancialmente del concepto que podamos tener del hombre y de la misión que éste desempeña en la tierra”: ENRIQUE SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *La Eutanasia ante la Moral y el Derecho* (Universidad de Sevilla, 1999) p. 24.

³⁴ La “muerte bella” se asocia, en el pensamiento griego, con la muerte heroica y digna, que muchas veces se alcanza en batalla y en la cual sin duda interviene poderosamente la voluntad del sujeto. En efecto, “Ante los pies de unos muros de Troya que le han visto huir, derrotado frente a Aquiles, Héctor se detiene por unos instantes. Es consciente de que pronto va a morir. Atenea se la ha jugado; los demás dioses le han abandonado. El destino funesto (*moira*) ha puesto ya sus ojos sobre él. Pero, aunque ahora vencer o sobrevivir no esté en sus manos, sólo de él depende el cumplimiento de eso que exige, según la opinión general y la suya propia, su condición de guerrero: hacer de su muerte una forma de gloria imperecedera, convertir esa carga común a todas las criaturas sujetas a la mortalidad en un bien que le sea exclusivo y cuyo brillo le pertenezca para siempre. “No, no puedo concebir morir sin lucha ni sin gloria (*akleios*), sin realizar siquiera alguna hazaña cuyo relato sea conocido por los hombres del mañana”. (Ilíada, XXII9...) Esta “bella muerte” (*kalos thánatos*), para llamarla del mismo modo en que lo hacen las oraciones fúnebres atenienses, confiere a la figura del guerrero caído en la batalla, a manera de una revelación, la ilustre cualidad de *anér agathós*, de hombre valeroso, osado. Aquellos que hayan pagado con la vida su desprecio al deshonor en combate, a la vergonzosa cobardía, tienen de seguro garantizado un renombre. La bella muerte implica a la vez la muerte gloriosa (*eukleés thánatos*). Mientras el tiempo sea tiempo, persistirá la gloria del desaparecido guerrero; y el resplandor de su fama, *kléos*, que en lo sucesivo adornará su nombre y su figura, representa el último grado del honor, su punto más álgido, la consecución de la *areté*. Gracias a la bella muerte, la excelencia (*areté*) deja por fin de ser mensurable sólo en relación a un otro, de necesitar comprobación por medio del enfrentamiento. Se ha realizado de una vez y para siempre gracias a la proeza que pone fin a la vida del héroe. (...)La *hébe* que Patroclo y Héctor pierden al mismo tiempo que sus vidas y que poseían con mayor plenitud que otros *kouroi*, de menos edad sin embargo, es la misma que Aquiles ha preferido al optar por una vida breve, la misma con lo que, en virtud de su muerte heroica, de su muerte a edad temprana, estará para siempre investido. Si la juventud se manifiesta en la figura viva del guerrero por el vigor, *bíe*, la potencia, *krátos*, o la fortaleza, *alké*, en el cadáver del héroe caído, ya sin el menor vigor ni vida, su esplendor sigue compareciendo gracias a la excepcional belleza de ese cuerpo ya para siempre inerte. [...]Acercándose al héroe que para ellos ya no es más que *sóma*, mero cadáver insensible e inerte, lo contemplan: “Admiran la estatura y la envidiable belleza de Héctor” (Ilíada XXII), una reacción para nosotros sorprendente si el anciano Príamo no nos diera la clave, al oponer la muerte lamentable y horrorosa de los viejos a la bella muerte del guerrero acacida en su juventud. “Al joven guerrero (*néoi*) muerto por el enemigo, desgarrado por el agudo bronce, todo le sienta bien; incluso muerto, todo lo que de él aparece es bello”. (Ilíada XXII)”: JEAN-PIERRE VERNANT, “La bella muerte y el cadáver ultrajado”, en AAVV, *El individuo, la muerte y el amor en la Antigua Grecia* (Barcelona, Paidós, 2001), párrafo citado disponible en <http://www.temakel.com/texmitmheroica.htm>, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

medidas materiales que se tomen para que el proceso del fin de la vida se desarrolle sin sufrimiento o dolor, y asimismo admite considerar que se refiere a las formas de aceleración de la muerte para evitar un excesivo padecimiento, o incluso, para evitar el mantenimiento de una *mala calidad de vida*, elemento que será necesario abordar en extenso en su oportunidad. De esta forma, lo que aparentemente podría entenderse sólo como referencia al cuidado y ayuda al moribundo, ha ido derivando en que se llegue a considerar derechamente como un medio para que esa muerte sobrevenga anticipadamente, justificándolo en razones humanitarias.

Sin perjuicio de lo expresado, el término resulta adicionalmente ambiguo en la medida que los conocimientos científicos y las posibilidades técnicas ya no sólo refieren a los modos de morir, sino a lo que se entiende propiamente por muerte, pues si inicialmente este concepto se asociaba con el fin absoluto e irreversible de las funciones biológicas, los criterios que distinguen la muerte biológica de la llamada *muerte clínica o muerte cerebral*³⁵ demandan tratar también los diversos tipos de muerte para determinar el verdadero sentido y alcance del “bien morir”.

³⁵ “Muerte cerebral se define de variadas formas en diferentes países. En general, corresponde a la ausencia total de respuesta neurológica integrada en el encéfalo (cerebro, troncoencéfalo y cerebelo), se debe excluir causas reversibles como intoxicaciones e hipotermia”: PATRICIO MELLADO, “Muerte cerebral. Aspectos clínicos y legales” en *Cuadernos de Neurología* Vol. XXIV, 2000, disponible en http://escuela.med.puc.cl/publ/Cuadernos/2000/pub_05_2000.html, sitio consultado en febrero de 2012. La declaración aludida permite disponer de órganos del titular retirarle todo tipo de medida de soporte vital sin que tal acción pueda confundirse con una medida eutanásica o de disposición de la vida, pues se trata de una persona legalmente muerta. Así, el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos en España establece en su Anexo I los criterios diagnósticos de muerte encefálica: “1.º Condiciones diagnósticas: Coma de etiología conocida y de carácter irreversible. Debe haber evidencia clínica o por neuroimagen de lesión destructiva en el sistema nervioso central compatible con la situación de muerte encefálica. 2. Exploración clínica neurológica: 1. El diagnóstico de muerte encefálica exige siempre la realización de una exploración neurológica que debe ser sistemática, completa y extremadamente rigurosa. 2.º Inmediatamente antes de iniciar la exploración clínica neurológica hay que comprobar si el paciente presenta: a) Estabilidad hemodinámica. b) Oxigenación y ventilación adecuadas. c) Temperatura corporal - 32 °C. d) Ausencia de alteraciones metabólicas, sustancias o fármacos depresores del sistema nervioso central, que pudieran ser causantes del coma. e) Ausencia de bloqueantes neuromusculares. 3.º Los tres hallazgos fundamentales en la exploración neurológica

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

Por tal razón, conviene examinar los principales conceptos que se han manejado en lo relativo a la eutanasia, desde que se acuñó dicho término en términos parecidos a los que hoy conocemos en el siglo XVII, ya que si bien desde muy antiguo tenemos referencias a las prácticas eutanásicas y evidencias de que éstas se practicaron incluso en tribus primitivas³⁶, la reflexión sistematizada sobre ella se hace presente en ese momento de la Historia.

A partir del pensamiento de Tomás Moro³⁷ y de Roger Bacon³⁸, el término eutanasia tomó un significado concreto, el “poner fin a la vida de una persona enferma”³⁹, lo que implicó al menos un adelanto respecto de dos elementos que

son los siguientes: a) Coma arreactivo, sin ningún tipo de respuestas motoras o vegetativas al estímulo algésico producido en el territorio de los nervios craneales; no deben existir posturas de descerebración ni de decorticación. b) Ausencia de reflejos troncoencefálicos (reflejos, fotomotor, corneal, oculocefálicos, oculovestibulares, nauseoso y tusígeno) y de la respuesta cardíaca a la infusión intravenosa de 0,04 mg/Kg de sulfato de atropina (test de atropina). c) Apnea, demostrada mediante el «test de apnea», comprobando que no existen movimientos respiratorios torácicos ni abdominales durante el tiempo de desconexión del respirador suficiente para que la PCO₂ en sangre arterial sea superior a 60 mm de Hg.” Con estos rasgos comprobados, y en los plazos de observación allí dispuestos, operan las reglas de extracción de órganos de donantes fallecidos.

³⁶ Sobre la eutanasia como respuesta al dolor profundo, es decir, carente de solución, en tribus primitivas, ver MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, *Historia del Derecho a Morir* (Oviedo, Editorial Forum, 1999) pp. 34 y ss; sobre la eutanasia en las tribus celtas, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho de morir* (Buenos Aires, Depalma, 1992, 7ª. Reimpresión) pp. 5 y ss; sobre el estoicismo y la justificación de la eutanasia, JAVIER GAFO, *La Eutanasia* (Madrid, Editorial Católica S.A, 1984) p. 4; sobre la visión de la eutanasia en la antigua Grecia y Roma, ROBERT G. RICHARDSON, *The Politics of Euthanasia*, tesis doctoral, School of History and Politics, University of Adelaide, 2008.

³⁷ “...si la enfermedad no sólo es incurable, sino también llena de dolor y angustia continua, entonces los sacerdotes y los magistrados exhortan al hombre, al ver que no es posible exigir deber alguno respecto de su vida, y considerando que su propia muerte es mala y molesta para otros, y resulta un gravamen para sí mismo: que no es posible apreciar la enfermedad pestilente y dolorosa, que, al ver que su vida es para él una tortura, pero no quiere morir, sino más bien tener una buena esperanza de poder evitar una vida dolorosa, como si se tratase de una prisión o una instancia de tormento, aceptar entonces voluntariamente librarse de ella por otros”: TOMÁS MORO, *Utopía*, Part. II, ch, 7, citado en HUGH TROWELL, *The Unfinished Debate on Euthanasia* (London, SCM Press, 1973) p. 12. La traducción es nuestra.

³⁸ Bacon utilizó por primera vez la palabra “eutanasia” en sentido moderno en su *Novum Organum*, en 1616, y considera que los médicos “deberían de aprender el arte de facilitar diligentemente una suave partida de esta vida” a los enfermos incurables: citado en MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, ob.cit, p. 74.

³⁹ Cfr. JAVIER GAFO: “Eutanasia y derecho a morir en paz” en AAVV, *La Eutanasia y el Derecho a morir con dignidad* (Madrid, Ediciones Paulinas, 1984) p. 125.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

costrarán especial relevancia en lo que respecta a lo que entendemos por ésta en la actualidad: se trata de “dar muerte”, es decir, de realizar una conducta destinada a matar a otro y se dirige a hacerlo respecto de “una persona enferma”. En consecuencia, se traduciría en reportar “una buena muerte” a quien padece enfermedad, sin definir todavía de qué padecimiento se trata.

Posteriormente, luego de un extenso período de tiempo en el cual la eutanasia no fue un tema particularmente tratado, aunque sí se discutiera la penalización o despenalización del suicidio, Carl Binding y Alfred Hoche publicaron una importante obra que en 1920 planteaba “la autorización para exterminar vidas carentes de valor vital”⁴⁰, entre las que se incluyeron a los enfermos terminales que padecían enfermedades irremediamente mortales y que, para poner fin a sus sufrimientos, solicitaban la muerte, como también a los deficientes psíquicos, niños retrasados y deformes, así como los enfermos mentales sin posibilidad de curación y los aquejados de parálisis mental progresiva aunque sus vidas no presentaran riesgo inminente de muerte. También, finalmente, los autores incluían a los inconscientes irreversibles aunque excepcionalmente puedan recuperar la consciencia. Respecto de todos estos casos, estimaban que se trataba de “vidas sin valor tanto para sí mismas como para la humanidad”.

La obra de Binding y Hoche fue el inicio de una corriente totalmente diversa en lo que se refiere a la eutanasia, hoy -al menos formalmente- superada, que la identificaba con una herramienta del Estado de deshacerse de “residuos humanos” que pudieran constituir una “carga económica” onerosa para la comunidad y mantenidos con vida sin ninguna finalidad útil, argumentación que tuvo un impacto considerable en el curso de la historia: “Con la llegada del nazismo al

⁴⁰ KARL BINDING Y ALFRED HOCHÉ: *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form*, en: http://books.google.cl/books/about/Die_Freigabe_der_Vernichtung_lebensunwer.html?hl=de&id=ZDolAQAAIAAJ&redir_esc=y sitio consultado en marzo de 2012.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

poder, se desencadena en Alemania un debate público sobre la eutanasia. Es en la revista *Ethik* donde los diferentes protagonistas toman la palabra. Los partidarios de la eutanasia, entre ellos un teólogo llamado Rose, se refieren frecuentemente a la obra de Binding y Hoche. El mismo Hoche interviene personalmente en el debate. Dado que está establecido que toda esta discusión era seguida de cerca por la Administración y el Estado nazis, podemos afirmar sin recelo que los dos autores prepararon a los burócratas, a los médicos y psiquiatras no solamente para la aceptación, sino también para la ejecución de las muertes en masa a partir de 1939, e incluso antes⁴¹. Luego de finalizado el régimen nazi, lo que sí resultó importante de esta tendencia, es que ocasionó una repulsa general de Occidente y una cierta revalorización de la vida y de la dignidad del individuo.

Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX, la eutanasia volvió a surgir como una manifestación de la libertad humana y, al contrario de la interpretación nacionalsocialista, como la demostración de autonomía del individuo frente al Estado, presumido el primero de la facultad de determinar por sí mismo cuándo la vida constituye o no un elemento digno de ser mantenido y el segundo, limitado frente a una decisión de la persona que le es individual y propia. Esta postura ha sido fuertemente criticada por el Magisterio de la Iglesia, que ha definido la eutanasia en un sentido material, es decir, relacionado con la conducta propiamente tal, como “tomar control sobre la muerte y procurarla antes de tiempo”⁴², lo cual alude al acto de matar o a la omisión que significa dejar morir⁴³, respecto de la cual se agrega que ello significa un agradable final *para la propia vida o la de otros*⁴⁴, tentación frente a las múltiples posibilidades que ofrece la

⁴¹ KLAUDIA SCHANK Y MICHEL SCHOYANS : « El informe sobre la eutanasia », *Euthanasie. Le dossier Binding-Hoche*, Traduction de l'allemand, présentation et analyse, Paris, Éditions Le Sarmant, 2002, disponible en <http://perso.infonie.be/le.feu/ms/divesp/euthhnes.htm>, sitio consultado en febrero de 2012.

⁴² JOHN PAUL II: “The Gospel of Life” en MICHAEL M. UHLMANN (editor), *Last Rights. Assisted Suicide and Euthanasia Debated* (Washington D.C, Ethics and Public Policy Center, 1998) p. 227 (tomado de *Evangelium Vitae*).

⁴³ Aspectos que guardan una diferencia sustantiva entre sí, como más adelante lo precisaremos.

⁴⁴ Idem nota 43.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ciencia en orden a mantener con vida a una persona que padece graves o dolorosas enfermedades, y que se traduce en “adelantar” un resultado de muerte que con certeza sucederá⁴⁵.

Otros autores contemporáneos, haciendo énfasis en la eutanasia como forma de muerte dulce o de buena muerte, la han considerado como el “acto o método de causar una muerte sin dolor, así como de acabar con el sufrimiento, de quien lo utiliza como una forma de enfrentar la situación de personas que agonizan de incurables y dolorosas enfermedades”⁴⁶ y como “tomar la vida de un ser humano por consideraciones humanitarias hacia la persona o hacia la sociedad”⁴⁷.

En una visión del siglo XXI, continuadora de la referida párrafos más arriba, se ha considerado a la eutanasia ya no sólo como una demostración del ejercicio de la autonomía del individuo, sino como una facultad constitucionalmente reconocida que consiste en poder tomar una decisión autónoma sobre la vida de la cual es titular en su perspectiva de derecho, lo que puede importar un llamado a la teoría de los derechos contrarios, esto es, derechos que se escinden de otros como una suerte de contrapartida, lo que referiría al binomio vida/muerte⁴⁸. Asimismo, se ha estimado que la decisión de dar muerte o dejar morir⁴⁹ a un individuo que se encuentra en condiciones precarias puede implicar una decisión que apunta a la

⁴⁵ Cfr. MANUEL PORRAS DEL CORRAL: “Eutanasia: un debate abierto”, en FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (coordinador), *Problemas de la Eutanasia* (Madrid, Dykinson, 1999) p. 164.

⁴⁶ ARTHUR DICK: “Beneficent euthanasia and benemortasia: alternative views of mercy”, en DENNIS J. HORAN & DAVID MALL (editors), *Death, Dying, and Euthanasia* (Maryland, Aletheia Books, 1980) p. 349.

⁴⁷ L. PESSINI Y C.P. BARCHIFONTAINE: « Eutanásia: Por que abreviar a vida?», en AAVV, *Problemas atuais de bioética*. 7ª ed. (São Paulo, Loyola, 2005) pp. 371-406. Resulta interesante, en esta definición, descubrir el contexto de un *interés social* respecto de la aplicación de una medida eutanásica.

⁴⁸ Lo cual deriva, como ya se ha dicho, de aspiraciones expuestas ante los tribunales de justicia, como lo fue el caso de Diane Pretty ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁹ Las distinciones entre dar muerte, dejar morir e interrumpir tratamientos se efectúan en el Capítulo II de esta obra.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

valoración social de una determinada *calidad de vida*, sea a su pedido o sobre la base de la teoría de la representación, por ejemplo en el Derecho anglosajón, en torno a la subrogación de derechos del paciente en virtud de esa representación, sea para decidir que siga viviendo o que no, lo cual implica una importante controversia⁵⁰.

En lo referente a las personas que son sus destinatarias, se ha definido asimismo a la eutanasia como una conducta “que, por su naturaleza o intención, procura la muerte y que tiene por fin eliminar radicalmente los últimos sufrimientos o de evitar a los niños subnormales, a los enfermos mentales o a los incurables la prolongación de una vida desdichada, quizá por muchos años, que podría imponer cargas demasiado pesadas a la familia o a la sociedad”⁵¹, que se dirige a “acabar con la vida de los que padecen enfermedades incurables, con gran dolor y angustia, por el bien de los que mueren y para ahorrarles más sufrimiento o

⁵⁰ “El propósito de la sustitución de toma de decisiones en nombre de un paciente incompetente es cumplir los deseos del paciente. Ese propósito se logra mejor mediante el nombramiento de un sustituto "adecuado". "[E]l objetivo es encontrar a la persona que esté más involucrada con el paciente y bien informada acerca de los sentimientos presentes y pasados del paciente y sus preferencias”: HORVITZ & LEVY, BRUCE G. HOWIE, *Amicus curiae brief in support of Michael Schiavo as guardian of the person of Theresa Marie Schiavo (filed with the consent of the parties)*, Supreme Court of Florida, No. SC04-925 Lower Tribunal No. 2D04-2045, July 27, 2004., disponible en http://www.floridasupremecourt.org/pub_info/summaries/briefs/04/04-925/Filed_07-29_2004_AmicusBioethicsAutonomy.pdf, sitio consultado en febrero de 2012. La traducción es nuestra.

⁵¹ Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe, citada en JAVIER GAFO FERNÁNDEZ, *10 Palabras Clave en Bioética* (Navarra, Editorial Verbo Divino, 1994) p. 104. Esta definición menciona una serie de factores heterogéneos, ya que no es lo mismo la presunción de incapacidad del niño subnormal o del enfermo mental que la –más cuestionable- del enfermo incurable- o el factor de las cargas para la familia o la sociedad para justificar la eutanasia. Debe hacerse presente, además, , que ésta es una definición de eutanasia que ignora la voluntad y autonomía del sujeto y que, vista como una solución para las personas con ciertas discapacidades genera especial reprobación en un modelo de especial reconocimiento de la necesidad de integración y de respeto por los derechos de las personas con discapacidades, particularmente por los graves riesgos que en estos casos no se trate de “homicidio piadoso” sino más bien de la voluntad de los guardadores en orden a dar término a la vida del discapacitado en aras de sus propios intereses. Considérese, al respecto, la obligación de “Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas” y de “Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida” considerada en el artículo 8° de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Chile en septiembre de 2008.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

angustia”⁵² o que busca ”finalizar deliberadamente la vida de un enfermo que está sufriendo o tiene una enfermedad incurable, independientemente que sea por acción o por omisión”⁵³. Estas definiciones de alguna forma entroncan con las enumeraciones de Binding, aunque sin duda no comparten la valoración peyorativa de éstas.

Desde el punto de vista de las causas o razones que motivan al que actúa se ha considerado a la eutanasia como sinónimo de homicidio piadoso, es decir, “provocar la muerte de otra persona por piedad, debido a los continuos sufrimientos que padece o atendido su deseo de morir por las razones que considere oportuno”⁵⁴, definición que pone a la par a la razón piadosa propiamente tal con la voluntad del que desea la muerte, sin mayor relevancia de los motivos de éste.

De estas definiciones, es posible extraer diversas posturas acerca de los elementos de la eutanasia, que serán los siguientes: tipo de conducta; naturaleza de la conducta; sujeto que actúa; sujeto destinatario de ella; causa o razón de la conducta y consentimiento de la víctima.

⁵² PETER SINGER: *Practical ethics* (Cambridge, University Press, 1993, 2d. Edition) p. 217. La traducción es de la autora.

⁵³ EDUARDO RODRÍGUEZ YUNTA: “La eutanasia y sus argumentos. Reflexión crítica” en *Ars Medica* Vol. 2 N° 2 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000) p. 46.

⁵⁴ ENRIQUE SÁNCHEZ JIMÉNEZ: Ob. Cit, p. 26.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

A. Tipo de conducta

Se trata de una conducta activa u omisiva, lo cual ha dado origen a las clasificaciones que algunos autores utilizan en cuanto a distinguir eutanasia activa y eutanasia pasiva⁵⁵, correspondiendo sin embargo una diversa valoración jurídica y ética según se trate de una acción u omisión, teniendo además presente que no se trata de una acción u omisión cualquiera, sino de aquéllas que son ejecutadas por quien, gozando del control de la situación, actúa con el fin específico de matar a otro u omite una conducta debida con el propósito de dejar morir a una persona. Por tal razón, no sólo es exigible el resultado de muerte para considerar una conducta como eutanásica, sino que ése haya sido el propósito buscado, lo que excluye, como se verá, las decisiones que se traducen en limitar el esfuerzo terapéutico por fútil o desproporcionado o en cumplir con la voluntad del paciente que rechaza un determinado tratamiento.

B. Naturaleza de la conducta

La naturaleza de una conducta se corresponde con su definición típica, lo cual importa un tratamiento equivalente al de un tipo penal, si bien la eutanasia tiene muy diverso tratamiento penal en los países occidentales e incluso figuras

⁵⁵ Figuras que, combinadas con los conceptos de *eutanasia directa* o *indirecta* han causado graves confusiones terminológicas, como las que evidencia, a modo ejemplar, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “Eutanasia, Constitución y Derecho Penal”, en *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (Madrid, Editorial Noesis, 1998) pp. 207–213. Precisa ADELIO MISSERONI en su artículo “Consideraciones jurídicas en torno al concepto de eutanasia”, *Acta Bioethica* año VI n° 2 (Santiago, Programa Regional de Bioética OPS/OMS, 2000) p. 248: “Respecto a la llamada *eutanasia pasiva*, es menester hacer una precisión: una cosa es provocar la muerte mediante la omisión deliberada de un cuidado debido, necesario y con sentido, y otra cosa es la omisión responsable de un cuidado extraordinario, no debido, no necesario y sin sentido. Algunos utilizan la expresión *eutanasia pasiva* para referirse a ambas situaciones; otros en cambio, sólo la emplean en la segunda acepción, utilizando la expresión *adistanasia* o *antidistanasia* para referirse al retiro de medios artificiales de reanimación, desproporcionados al caso. Se utiliza, asimismo, la expresión *ortotanasia* –entendida como muerte digna o debida a toda persona, vocablo confundido frecuentemente con *adistanasia* y aun con *eutanasia pasiva*– opuesta tanto a la *distanasia* desproporcionada, como a la eutanasia homicida. Sin embargo, la expresión *ortotanasia* es omnicompreensiva, identificándose, prácticamente, con la eutanasia en su acepción etimológica, excluyendo sólo aquellas conductas que podríamos calificar de prácticas eutanásicas homicidas.”

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

despenalizadas en algunos de ellos. Sin perjuicio de esta aclaración, que es especialmente importante para analizar luego el caso chileno, la eutanasia como tipo se caracteriza por una expresa intención de la cual da cuenta la definición que, en 2002, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos propuso sobre eutanasia: “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”⁵⁶.

Así, la conducta no puede ser considerada de aquéllas calificadas por el resultado, pues conlleva la intención consistente en que, deliberada y razonadamente, el autor busca con ella poner término a la vida de otra persona y de él depende ese resultado. En tal intención, sin duda, se pueden distinguir claramente dos fuentes de motivación: reconociendo el dolor y sufrimiento de una persona, decidir matarla porque se considera que ése es el modo de evitar que siga sufriendo o, ante tal realidad, hacerse eco de la petición del que sufre en torno a que se disponga por tal razón de su vida.

En consecuencia, no es eutanasia la acción médica que buscando calmar un dolor insoportable, a través por ejemplo del suministro de grandes dosis de opiáceos, produce un efecto no deseado, que es el de la muerte del paciente.

En este aspecto ya encontramos algunas diferencias en la doctrina, ya que, como se ha visto, para algunos es tanto eutanasia el dar muerte a un individuo o dejarlo morir, como ayudar a éste para que se quite la vida, en caso de padecimiento⁵⁷. No compartimos esta postura ya que, como explicaremos enseguida, no es posible

⁵⁶ Disponible en <http://www.condignidad.org/definiciones.html>, sitio consultado en febrero de 2012.

⁵⁷ “La causa de la muerte, que no es debida a causas naturales, se produce con *la ayuda*, por acción u omisión de terceras personas, sin las cuales no se produciría la muerte”: GREGORIO PECES – BARBA MARTÍNEZ, “La Eutanasia desde la Filosofía del Derecho” en FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG: Ob. Cit, p. 17.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

confundir la eutanasia con el suicidio asistido y, en consecuencia, no es posible considerar como tal el ayudar a otro para que se quite la vida. Lo distintivo de la conducta eutanásica consiste precisamente en que ésta se configura al matar a otro, es decir, la ejecución de la muerte va a depender de una persona distinta a la que muere, aunque esta última haya podido participar prestando su consentimiento o incluso requiriendo directamente el actuar eutanásico.

C. Sujeto que actúa

Se caracteriza porque es un individuo que tiene la capacidad y los medios para producir el resultado de muerte. Es una persona distinta de la que muere, pues, como se ha explicado, ello es lo que sustancialmente diferencia esta figura de la del suicidio asistido, y es movido expresamente por razones piadosas.

Puede tratarse del médico tratante, de un familiar, del encargado de cuidar a un enfermo o incluso de un individuo sin relación alguna con el sujeto pasivo, como el caso de quien presencia un accidente y al ver a una víctima que no puede ser salvada de sufrir le da muerte precisamente para que ello no ocurra. Sin embargo, a fin de evitar que la voluntad eutanásica se llegue a confundir con la preeminencia de otros intereses, los países que legalizan la eutanasia o ciertas formas de ella radican la legitimación para actuar exclusivamente en el médico y tras un diagnóstico confrontado con el de otro que no tenga la calidad de tratante, por lo cual la decisión eutanásica se ubica dentro del ámbito de la atención clínica del enfermo⁵⁸.

⁵⁸ “La toma de decisiones médicas al final de la vida es una parte crucial de la atención al final de su vida. Por lo tanto, se debe dar una atención continua en la política sanitaria y la formación médica. La investigación sistemática periódica es crucial para mejorar nuestra comprensión de la atención al final de su vida en la medicina moderna, en la que es hoy en día se reconoce como un objetivo importante la búsqueda de una buena calidad del morir, además de los objetivos tradicionales, como la cura de enfermedades y prolongar la vida”: JUDITH A. C. RIETJENS & PAUL J. VAN DER MAAS & BREGJE D. ONWUTEAKA-PHILIPSEN & JOHANNES J. M. VAN DELDEN & AGNES VAN DER HEIDE, “Two Decades of Research on Euthanasia from the Netherlands. What Have We Learnt and What Questions Remain?”, *Bioethical Inquiry* (2009) 6, p. 283. La traducción es nuestra.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

D. Sujeto destinatario de la conducta

Al respecto, es necesario realizar varias distinciones, ya que éste es un aspecto en el que suele no darse demasiada coincidencia de los autores. La primera refiere al estatuto jurídico del sujeto pasivo, sin referencia específica al papel que el sujeto activo desempeña a su respecto; la segunda, a la relación específica que existe entre el sujeto activo y el pasivo; y la tercera, cuáles son las condiciones de enfermedad, padecimiento o cercanía a la muerte que el sujeto presenta y que refieren a la decisión que se toma a su respecto y a los fundamentos de ésta:

D.1. Situación objetiva del sujeto

Para algunos autores, el sujeto pasivo de la eutanasia o destinatario de ella debe tener una situación objetiva de “paciente”⁵⁹, ya que consideran por ejemplo que la conducta eutanásica se encuentra validada cuando se produce dentro de una relación médico-paciente⁶⁰. Nosotros no consideramos ese requisito como indispensable, no sólo porque no en todos los países existe una normativa formal que establezca los requisitos para ser o no considerado “paciente”, sino además

⁵⁹ “El reconocimiento del derecho a la protección de la salud fue, quizás, el germen para la articulación de un estatuto del paciente, y constituye el ejemplo paradigmático de reconocimiento universal de un derecho biomédico... El Consejo de Europa ha promovido específicamente la participación de los pacientes en el ámbito sanitario a través de la Recomendación R(2000)5 de 24 de febrero, para el desarrollo de instituciones a favor de la participación de los ciudadanos y pacientes en el proceso de toma de decisiones que afecta a la asistencia sanitaria... Partiendo de este primordial derecho a la protección de la salud, el estatuto del paciente ha extendido su ámbito y ha incluido otros derechos igualmente relevantes para la persona. Iniciativas de diferente naturaleza se han centrado en la promoción de los derechos de los pacientes. Así, por ejemplo, la Declaración sobre los Derechos del Paciente de la Asociación Médica Mundial (Lisboa, 1981); la Carta Europea de los Derechos de los Pacientes de noviembre de 2002, de promoción ciudadana”: YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ “Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente”, *Acta bioeth.* [online]. 2011, vol.17, n.1, pp. 37-46. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2011000100005, sitio consultado en marzo de 2012.

⁶⁰ LUKE GORMALLY, por ejemplo, entiende estar en presencia de eutanasia cuando la muerte de un ser humano es procurada como parte del cuidado médico que puede brindársele y sólo cuando la muerte del paciente representa un beneficio para él: *Euthanasia, clinical practice and the Law* (London, the Linacre Centre for Health Care Ethics, 1994) p. 11.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

porque la eutanasia se puede producir respecto de una persona que no sea paciente de centro asistencial o de facultativo médico alguno o que no cumpla por determinadas causas con los requisitos para ser adscrito al estatuto jurídico de *paciente*, de haberlo, y que sin embargo presente una situación de padecimiento severo, que la justifique a juicio del que actúa.

No debe sin embargo olvidarse que los modelos de legalización de la eutanasia consentida, a menudo radican la posibilidad de aplicarla a condiciones formales que implican ciertas categorías específicas como la de “paciente” o su equivalente, en relación con el facultativo que la realiza.

D.2. Vínculo del sujeto pasivo con el sujeto activo

Si bien, para algunos, podría entenderse que la eutanasia exige una relación determinada entre el sujeto activo y el pasivo de ella, por ejemplo la relación médico–paciente, como ya se ha explicado, o la de pariente o familiar, etc., por las mismas razones antedichas estimamos que esa relación puede servir para determinar, frente a la eutanasia considerada como un delito, si concurren atenuantes o agravantes de responsabilidad, o inclusive para despenalizarla, pero en absoluto puede ser mirada como definitiva de si estamos o no en presencia de ella.

D.3. Condición en la que el sujeto se encuentra

Se trata de un sujeto que presenta una determinada condición de salud física o psicológica, independientemente de si puede calificársele jurídicamente de paciente, la cual mueve a quien actúa a la piedad.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A menudo se considera que la eutanasia es una forma específica de abordar la situación de un paciente terminal⁶¹ –ello fundamentalmente porque la casuística de la eutanasia indica que un gran número de casos se refieren precisamente a esas circunstancias-, pero sin duda es perfectamente concebible su comisión en situaciones distintas, también dignas de piedad, tales como la de enfermos crónicos o con patologías degenerativas que no les causarán la muerte, pero que les producen padecimientos psicológicos o estados de invalidez o de inconsciencia permanente o la de niños con graves malformaciones⁶², etc.

Particularmente, en lo que se refiere a los padecimientos psicológicos o morales, cierta doctrina ha considerado que condiciones tales como “la carencia absoluta de techo y de las condiciones más elementales de vida”⁶³ o “quien perdió la vista definitivamente, quien ve a su hijo mutilado en forma horrorosa, quien perdió manos y pies”⁶⁴ hacen que el individuo se encuentre en una situación tan grave y dolorosa como quien padece una enfermedad incurable y, en consecuencia, igualmente facultado para solicitar la eutanasia. Este concepto, asociado con una suerte de *eutanasia social*, es fuertemente resistido, particularmente porque se aleja de las fundamentaciones de la autonomía y se vincula más bien con procesos de selección de pacientes o determinaciones del Estado acerca de la viabilidad de ciertos individuos.

Por tal razón, tendemos a descartar las definiciones que ponen énfasis en un listado de circunstancias o en una adjetivación respecto del sujeto pasivo, porque

⁶¹ Se insiste en tratarse de “una persona enferma irreversible, que vive en condiciones muy precarias, sin posibilidad de curación e indignas de su humanidad”: *Ibidem*.

⁶² Situación en la cual la eutanasia entronca con la figura del homicidio eugenésico, que en tales casos, también se califica de piadoso. La disposición de la vida respecto de menores de edad ha sido materia de especial revisión a propósito del Protocolo Groningen de Holanda, el cual es tratado en el epígrafe sobre Decisión eutanásica en neonatos en este mismo capítulo.

⁶³ ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ: “El homicidio eutanásico. La piedad homicida” en *Nuevo Foro Penal* N° 10, citado en FRANCISCO FARFÁN MOLINA, *Eutanasia, Derechos Humanos y Ley Penal* (Santa Fé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996) p. 83.

⁶⁴ *Ibidem*.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

a menudo tienden a dejar fuera de la definición de eutanasia a conductas que son perfectamente encuadrables en ella o, lo que es peor, presumen que se trata de eutanasia cuando se está en presencia de un homicidio de personas gravemente enfermas o terminales, sin que conste en absoluto la motivación con la que se ha actuado, la cual puede ser perfectamente egoísta o movida por necesidades de prescindencia económica del individuo en cuestión⁶⁵.

De allí, entonces, que podamos aseverar, al menos someramente en esta parte, que las razones humanitarias de la eutanasia no están definidas por la gravedad o entidad del padecimiento de la víctima, sino por la situación que mueve al autor a actuar, tal como él la percibe, la cual puede ser objetivamente desesperada como no serlo, pero aparecer de acuerdo a su visión de la realidad como intolerable para quien la sufre o soporta⁶⁶. Otra cosa serán los límites que ciertos ordenamientos jurídicos impondrán a esa evaluación subjetiva de los hechos, ya sea para eximir de responsabilidad o para atenuarla, como tendremos la oportunidad de revisar, lo cual hace que desde el punto de vista jurídico la admisibilidad de la eutanasia se centre con más fuerza en la razón o causa de la conducta que en la condición del sujeto pasivo.

E. Razón o causa de la conducta

Las causas o razones que mueven a un individuo a practicar la eutanasia son aquéllas que pueden ser calificadas de *humanitarias* o *piadosas*.

⁶⁵ Así, no son reales figuras de eutanasia la eutanasia económica (“aquella que se practica con el exclusivo fin de provocar la muerte de un sujeto para evitar los gastos económicos presentes o futuros que el mantenimiento de esa persona exige”) o la eutanasia eugenésica (“practicada con el fin exclusivo de provocar la muerte a determinados sujetos para perfeccionar la especie humana”. Vid. IÑIGO ALVAREZ GÁLVEZ, *La Eutanasia voluntaria autónoma* (Madrid, Dykinson, 2002) p. 86

⁶⁶ En la medida que las legislaciones ponen más énfasis en listar las situaciones médicas que justifican la eutanasia y ponen énfasis en el consentimiento, menores posibilidades habrá de dejar la situación del sujeto pasivo a una interpretación laxa de quien actúa.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Más allá de la pretensión ya referida, en orden a pretender objetivar las razones o causas por las cuales el padecimiento de otro conduce a la acción u omisión eutanásica, la tendencia actual ha ido escindiendo la valoración objetiva y la subjetiva, tratándose del camino mediante el cual se aborda el problema. Mientras las legislaciones de los países en que se han considerado la valoración jurídica de ciertas formas de eutanasia han procurado establecer requisitos objetivos y científicamente medibles, en países en que este tipo de normativas no se han dictado, pero se presentan casos de eutanasia ante los tribunales, cada vez éstos se inclinan con mayor fuerza a privilegiar la visión subjetiva que tiene el propio individuo respecto del padecimiento de la víctima, es decir, los elementos que configuran *para él* una situación merecedora de conmiseración, lo cual ha significado –por ejemplo– aceptar como homicidio por piedad la muerte de enfermos que se encuentran totalmente inconscientes y sin ningún signo de padecimiento, o incluso en situaciones en las que el individuo padece un retraso mental tan severo que no llega a tener noción alguna de la situación en la que se encuentra⁶⁷. Ello, probablemente, se deba a que el énfasis en estos últimos casos opera sobre causales de justificación penal más que en referencia a procedimientos legales objetivados⁶⁸.

⁶⁷ El “espíritu eutanásico”, por ejemplo, en los casos de niños gravemente enfermos o malformados, se inspira en que es posible hacer juicios sobre el valor de la vida humana y asume que los padres y los pediatras están en posición de juzgar que esos niños se encontrarían mejor muertos: LUKE GORMALLY, Ob. Cit, p. 22. Aquí hacemos presentes las aprehensiones ya anteriormente consideradas.

⁶⁸ Así, en las legislaciones que admiten la eutanasia o el suicidio médicamente asistido, las condiciones de padecimiento se procuran describir objetivamente, v.g.: “el paciente está en una situación médica sin esperanzas, presenta un sufrimiento físico o psicológico constante e insoportable que no pueden ser aliviados y que son el resultado de una condición accidental o patológica grave e incurable” (ley belga), “padecer de una enfermedad terminal” (Ley de Muerte Digna de Oregón, Estados Unidos, que refiere al suicidio médicamente asistido), “el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora” (ley holandesa); “el médico, basándose en los signos clínicos, se convenció de que se ha instalado un proceso conocido por experiencia que conduce a la muerte en el espacio de pocos días o semanas.(al paciente) y se aprecia, respecto de éste, criterios tales como el pronóstico, los beneficios terapéuticos la intensidad previsible en términos de calidad de vida, y la gravedad de los daños que el paciente se supone que es capaz de soportar”. Los textos completos de las leyes citadas se encuentran en http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/area_2.2005-10-26.8808058425, sitio consultado en febrero de 2012. A diferencia de éstos, los fallos de los

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

Sin embargo, conviene puntualizar que la exigencia del obrar por piedad no se puede considerar de menor importancia, pues aun si hubiera razones de peso que harían a la víctima ser merecedora de piedad, si el sujeto activo no actúa condicionado por ella estamos en presencia de una figura distinta y no de la eutanasia. En efecto, desde el punto de vista subjetivo, es éste el elemento esencial para la estructuración del homicidio piadoso. Si aun existiendo los demás factores (intensos sufrimientos provenientes de una lesión corporal o enfermedad grave o incurable) el agente no actúa impulsado por la piedad (en alguna medida muestra de solidaridad humana) sino por otras razones, el hecho configura, generalmente, un caso de homicidio agravado. El homicidio es objetivamente el mismo; lo único que puede cambiar es el aspecto subjetivo de la acción homicida y dentro de él, el proceso motivacional que originó la voluntad homicida⁶⁹.

F. Consentimiento de la víctima

Otro elemento fuertemente debatido en torno a la eutanasia consiste en preguntarnos si ésta requiere o no consentimiento de la víctima, ya sea expresamente manifestado en concomitancia con el acto mismo o a través de una directriz anticipada –como los llamados testamentos vitales– o deducido tácitamente de manifestaciones previas de voluntad, de comentarios personales, etc. Asimismo, se ha discutido si tendría valor la representación, en relación con ejecutar un acto eutanásico.

tribunales de justicia sobre estas materias han operado con criterios más subjetivos asociados con las impresiones de los autores, al efecto y sobre casos clásicos constatados con anterioridad a la dictación de la mayoría de las leyes citadas, vid. de la autora: “Bien morir: Análisis crítico de jurisprudencia constitucional y penal” en *Ars Médica* vol. 2 n° 2 – 2000 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000) pp. 83 – 98.

⁶⁹ Precisamente para evitar tales posibilidades, las leyes que admiten la eutanasia la circunscriben a la eutanasia médica, dadas las dificultades para determinar si otro tipo de personas actúan genuinamente por piedad o por diversas motivaciones.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Ello importa, sin duda y en forma previa, la aplicación respecto del sujeto pasivo, de los criterios de competencia versus capacidad⁷⁰, la teoría del consentimiento informado⁷¹ y, en su caso, de la aplicación adecuada de los procedimientos y protocolos que se hayan introducido legalmente a estos efectos. Si alguno de estos requisitos faltara podríamos sin embargo igualmente estar en presencia de una conducta eutanásica, pero no asociada con la voluntad del paciente. Al respecto, si bien admitimos la existencia de posturas encontradas⁷², tendemos a pensar que la eutanasia se configura aun sin el consentimiento de la víctima, lo cual distingue tipos diferentes de eutanasia: la voluntaria, la avoluntaria y la contravoluntaria⁷³.

La eutanasia voluntaria será aquella que cuente con la manifestación del sujeto pasivo de su voluntad de morir; la avoluntaria carecerá de tal manifestación o ésta no será relevante, por ejemplo por tratarse de una persona médicamente incompetente, y la contravoluntaria, en que el individuo expresa su voluntad de seguir viviendo, pero igualmente el sujeto pasivo le provoca la muerte. Este último tipo es descartado por la doctrina como forma eutanásica, pues claramente no se corresponde con el respeto por la autonomía de la persona y no parece ser una demostración de humanidad para con el paciente. En el caso de la eutanasia avoluntaria, esto es, carente de consentimiento pero no ejecutada contra la voluntad del paciente, consideramos que constituye conceptualmente una forma de eutanasia, lo que no obsta a que sea descartada de las formas validadas

⁷⁰ En otras palabras, si se admite que un sujeto solicite su propia muerte, ¿ha de hacerlo sobre criterios civiles formales de capacidad o sobre una determinación médica de competencia?

⁷¹ Que demanda expresar clara e inequívocamente una voluntad fundada en un conocimiento previo y suficiente no sólo de lo que se solicita, sino también de las consecuencias y alternativas.

⁷² Normalmente tales posturas, más que a razones conceptuales, se deben a la consideración del consentimiento de la víctima como una forma ya sea de atenuación o de exoneración de responsabilidad del autor, como en el caso de la legislación japonesa, que exige que la eutanasia sea “requerida por el paciente”; el Código Penal Portugués, que en su artículo 134 atenúa la penalidad si se mata a una persona “a causa de la petición inminente, consciente y libre de la misma” y las leyes penales austríaca y suiza, que consideran la petición “expresa y seria” de la víctima para disminuir la penalidad de la conducta. *Vid.* MARÍA CASADO GONZÁLEZ, *La Eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos* (Madrid, Reus S.A, 1994) pp. 46 – 47.

⁷³ Clasificación desarrollada por IÑIGO ALVAREZ GÁLVEZ: *Ob. Cit.*, pp. 61 y ss.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

legalmente y centradas en la expresión de voluntad del sujeto pasivo. Las razones son las siguientes:

F.1. En ella lo determinante es la actuación de una persona distinta a la víctima

A diferencia del suicidio asistido, la solicitud de la víctima se configura como un elemento que puede enfatizar la dirección de la acción, pero que no es parte de ella.

F.2. Los casos de sufrimiento, de padecimiento o las situaciones que mueven a la piedad pueden abarcar también a personas incapaces de prestar su consentimiento

Resultaría una suerte de discriminación estimar que sólo merecen esta “muerte piadosa” quienes puedan solicitarla o quienes fueron suficientemente previsores como para estipular su autorización por anticipado⁷⁴. Sin embargo, precisamente ese rasgo es uno de los que más enfáticamente sirven a quienes rechazan la eutanasia, en el sentido que no se trata aquí tan sólo de ampliar o restringir el espacio de autonomía individual, sino de facultar a unos seres humanos para dar muerte a otros⁷⁵.

En el temor que tal imposición social llegue a ser un modo de eliminación de personas enfermas por motivaciones muy diversas a la piedad, se han expuesto

⁷⁴ Si el objetivo de la eutanasia es matar a seres humanos en su beneficio, terminar con sus “patéticas existencias” y realizar con ellas un acto de misericordia, es difícil ver porqué no podrían estas causales ser extendidas a la eutanasia involuntaria: LUKE GORMALLY: Ob. Cit, p. 31.

⁷⁵ Ello implica, al parecer de algunos autores, establecer un criterio jurídico que impone un modelo moral, en cual las determinaciones de la calidad de vida por parte del colectivo permiten considerar justificado dar muerte a quien no alcance o pierda dichas condiciones, presentando a la eutanasia como la única vía de salida para un situación intolerable: Vid. MASSIMO REICHLIN: “L’Eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguitá, alternative”, en AAVV, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull’etanasia* (Padova, Fondazione Lanza, 2001) pp. 173-203.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

numerosos argumentos tendientes a lo que se ha venido a llamar *slippery slope* o argumentos de pendiente resbaladiza⁷⁶, que se asocian con la validación social de las condiciones del enfermo por sobre las auténticas y libres decisiones de éste. Por esta causa, muchas veces se tiende a validar la eutanasia voluntaria con tal de no legalizar la involuntaria, lo que resuelve el conflicto ético–jurídico sólo en parte⁷⁷.

F.3. La problemática de la eutanasia importa una valoración social de la vida humana y no sólo una prerrogativa individual

Si bien se puede hacer coincidir el debate sobre la eutanasia con el debate sobre la autonomía, traspasarlo al ámbito jurídico demanda que el ordenamiento tome una postura respecto al valor de la vida humana, su disponibilidad y las razones que la justifican. En esa perspectiva, la eutanasia avoluntaria es una faz de esa discusión y no puede ser excluida de ella, particularmente porque el obrar de su autor responde fundamentalmente a la motivación caritativa, que no está circunscrita a la solicitud del paciente ni tan sólo a personas competentes.

⁷⁶ “Si se permite A (moralmente aceptable), de forma natural vendrá B, C, D, etc. B, C, D no son moralmente aceptables. Por tanto, A (por sus consecuencias) no debe admitirse”: JOSE LUIS PUERTA LOPEZ-CÓZAR y ASSUMPTA MAURI MAS, “La pendiente resbaladiza en las decisiones médicas concernientes a la eutanasia”, en SALVADOR URRACA (ed.) *La Eutanasia hoy. Un debate abierto* (Barcelona, Editorial Noesis, 1995) p. 184. Vid. también LARS JOHAN MATERSTVEDT: “Palliative care on the ‘slippery slope’ towards euthanasia?”, *Palliative Medicine* 2003; 17: 387-392; PENNEY LEWIS: “The Empirical Slippery Slope from Voluntary to Non-Voluntary Euthanasia” 35 *J.L. Med. & Ethics* (2007) pp. 197 y ss.; STEPHEN VW. SMITH: “Evidence for the Practical Slippery Slope in the Debate on Physician-Assisted Suicide and Euthanasia”, *Med Law Rev.* 2005; 13: 17-44 y CHRIS FEUDTNER: “Control of suffering on the slippery slope of care”, *The Lancet*, Volume 365, Issue 9467, 9 April 2005, pp. 1284 – 1286.

⁷⁷ En específico, siempre la legalización de la eutanasia involuntaria apareja, aunque no se vislumbre, un efecto social: “... la eutanasia consentida se desliza fácilmente a la eutanasia decidida por un tercero y sin el consentimiento auténtico del enfermo”: HERNÁN CORRAL TALCIANI, *Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas* (Santiago, Lexis-Nexis, 2007) p. 193.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

Diverso es el pronunciamiento en torno a las justificaciones de legalización de ciertos tipos de eutanasia en disfavor de otro, lo cual no incide en la reprochabilidad o justificación de éstas, pero no subsume el concepto mismo de eutanasia⁷⁸. En otras palabras, la sociedad podría considerar ciertas formas de eutanasia como válidas, por ejemplo, porque son solicitadas por pacientes competentes que sufren, pero ello no evita la existencia de otras formas de eutanasia que pueden ser punibles. Así, no todo homicidio a petición es eutanásico porque puede carecer de condiciones especiales de afectación del sujeto pasivo y de voluntad humanitaria del sujeto activo y no todo homicidio piadoso es eutanásico, porque puede ser que un sujeto mate a otro por razones tan subjetivas que el ordenamiento no las ampare como válidas. Sin embargo, la eutanasia, más allá de las dimensiones de su legalización, se traduce en el homicidio de quien sufre gravemente y sin posibilidades reales de ser ayudado de otro modo, a manos de quien humanitariamente quiere liberarlo de ese sufrimiento.

De acuerdo a estas someras directrices, y procurando presentar al lector un concepto operativo, entenderemos “eutanasia” como una forma de disposición de la vida consistente en la “la acción u omisión deliberada que tiene como expresa intención el poner término a la vida de otra persona, por causas humanitarias, ya sea a su pedido o sin que medie tal solicitud”⁷⁹. Este concepto, someramente, está compuesto de los siguientes elementos, que deberemos tener en cuenta en nuestro estudio y que se identifican con los puntos ya expresados: se trata de una conducta

⁷⁸ “En este artículo se aboga por despenalizar claramente el SMA y la eutanasia si dichas acciones se efectúan con total respeto a los derechos fundamentales de las personas, entre los cuales destaca la explícita voluntariedad, por lo que al mismo tiempo debería mantenerse la calificación de delito tanto para la inducción al suicidio como para la llamada eutanasia involuntaria”: ALBERT ROYES, “La Eutanasia y el Suicidio Médicamente Asistido”, *Psicooncología*. Vol. 5, Núm. 2-3, 2008, pp. 323-337

⁷⁹ Se ha construido este concepto tomando como base el que aparece en el extracto del Report of the House of Lords select committee on Medical Ethics, incluido en JOHN KEOWN (editor): *Euthanasia examined: ethical, clinical and legal perspectives* (Cambridge University Press, 1995) p. 99, con la salvedad de que se ha preferido hablar de “razones humanitarias” para englobar la idea de evitación, ya sea del dolor, del sufrimiento del paciente o de su familia, del soportar una vida indigna o de mala calidad, o simplemente de aquello que al autor de la eutanasia le parece intolerable respecto de la vida de otro ser humano.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

activa u omisiva; es voluntaria, deliberada; busca expresamente poner término a la vida del sujeto pasivo, que es una persona distinta de la que actúa; las causas que motivan al autor son humanitarias, es decir, actúa movido por la piedad, y puede o no mediar en ello la solicitud del sujeto que muere⁸⁰.

Es importante tener presente que el acto eutanásico ha de ser distinguido de decisiones médicas que pueden producir el aceleramiento del proceso natural de muerte, pero que no tienen tal propósito o intención, entre las cuales se comprende la utilización de ciertas sustancias con el objeto de aliviar el sufrimiento del enfermo, aun con conocimiento que pueden producirle una privación respiratoria o el uso de medidas de sedación paliativa⁸¹.

⁸⁰ Como queda de manifiesto, hemos evitado referirnos a “pacientes terminales”, “enfermos graves” u otras caracterizaciones, ya que estimamos que todos los casos posibles quedan perfectamente englobados en lo que hemos propuesto como “razones humanitarias”.

⁸¹ Suministrar al individuo que sufre medicamentos que pueden acortar su expectativa de supervivencia, en la medida que se busca paliar su sufrimiento, importa una voluntad de trato digno y de no disposición de su vida: “... la muerte que se produce como un efecto secundario de los medicamentos que se aplican con el fin de aliviar el dolor u otros síntomas del paciente... la muerte se considera un efecto previsible pero indeseable. Esta forma de terminación de vida forma parte de los cuidados paliativos en la medida en que estos proporcionan tratamientos para aliviar el sufrimiento de los pacientes y los médicos no tienen por qué abstenerse de aplicarlos por el hecho de anticipar que puede producirse la muerte como una consecuencia inevitable”: COMISIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA DE MÉXICO. Eutanasia. Algunos elementos para el debate. Disponible en: <http://cnb-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/eutanasia.pdf>, sitio consultado en enero de 2012. En el caso de la sedación paliativa, entendida desde la perspectiva médica, como “la administración de fármacos adecuados para disminuir el nivel de conciencia del enfermo, con el objetivo de controlar algunos síntomas o de prepararlo para una intervención diagnóstica o terapéutica que pueda ser estresante o dolorosa” (Comité de Ética de SECPAL. Aspectos Éticos de la Sedación en Cuidados Paliativos. *Diariomedico.com* el 24 de abril de 2002. Disponible en: [URL:http://www.federacioncristiana.org/metges/Buscar/10_eutanasia/05.05_sedacio_porta.pdf](http://www.federacioncristiana.org/metges/Buscar/10_eutanasia/05.05_sedacio_porta.pdf), sitio consultado en enero de 2012), se encuentra inmersa en el concepto de cuidados paliativos, es decir, de aquellas medidas que buscan “el alivio de los síntomas, del dolor y del sufrimiento en los pacientes que sufren de enfermedades crónico-degenerativas o están en la fase final, y se trata al paciente en su globalidad de ser y buscando mejorar su calidad de vida” (LEO PESSINI y LUCIANA BERTACHINI. “Nuevas perspectivas en cuidados paliativos” *Acta bioeth.* [online]. 2006, vol.12, n.2 pp. 231-242. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726569X2006000200012&lng=es&nrm=iso. ISSN 1726-569X. doi: 10.4067/S1726-569X2006000200012., sitio consultado en enero de 2012).

2. Las clasificaciones de la eutanasia

El tratamiento doctrinario de la eutanasia ha contribuido a establecer diversas clasificaciones de ésta, algunas de las cuales presentan ciertas dificultades o inducen a confusiones terminológicas que procuraremos resolver aquí.

A. Eutanasia voluntaria y eutanasia involuntaria

La palabra “voluntaria” no alude aquí a la acción u omisión del autor, la que necesariamente es deliberada, según ya tuvimos la oportunidad de expresar en nuestra definición operativa. Por el contrario, se trata de si ha mediado o no el consentimiento de la víctima para la realización de la conducta⁸².

A.1. Eutanasia voluntaria

De esta forma, existirá *eutanasia voluntaria* “cuando (ésta) es solicitada, libre y conscientemente, por quien quiere que le den muerte”⁸³.

Si bien esta definición parece aparentemente muy clara, ello no ha impedido que respecto de la eutanasia voluntaria exista un cierto debate, centrado en los siguientes interrogantes: ¿puede hablarse de eutanasia voluntaria en caso de que el paciente presente una competencia disminuida? ¿Puede entenderse voluntaria aquella eutanasia en que el paciente actúa representado, por ejemplo, por un miembro de su familia, o es suplida una voluntad que no puede manifestar por la decisión de un tribunal? En otras palabras, frente a la eutanasia, ¿existe capacidad de subrogar la voluntad de un individuo por algún método establecido en el

⁸² No nos referiremos aquí a la licitud de ese consentimiento ni tampoco a si tiene real capacidad de volver lícita la conducta eutanásica, limitándonos a examinar si se ha prestado o no la voluntad de la víctima al autor o puede ello deducirse.

⁸³ JOEL FEINBERG: *Harm to Self. The moral limits of criminal law* (New York, Oxford University Press, 1986) p. 345.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ordenamiento jurídico respectivo? Y por otra parte, ¿puede deducirse que existe consentimiento aunque éste no sea manifestado por el interesado?

Quienes han tratado el tema del consentimiento del paciente con profundidad – sobre el cual volveremos después-, consideran que la forma más adecuada de prestar consentimiento consiste en aquella que importa expresarlo claramente, de lo cual surgen diversas teorías:

a) Teoría de la declaración de la voluntad

Exige una declaración expresa del sujeto pasivo, en el sentido de requerir o aceptar que le aplique eutanasia. Esta declaración expresa se encuentra especialmente valorada desde la perspectiva del consentimiento informado: “El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Importa que la persona involucrada tenga la capacidad legal de prestar consentimiento, lo cual permite que se haga posible su facultad de decidir libremente, sin la intervención de ningún elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción, extralimitación u otra ulterior forma de constreñir o de coercionar la voluntad, debiendo tener la suficiente comprensión y conocimiento de los elementos de la materia a decidir”⁸⁴.

El consentimiento informado se ha considerado un derecho humano en el ámbito internacional de la Biomedicina y el Bioderecho⁸⁵ y es uno de los argumentos poderosos que respaldan la solicitud eutanásica como manifestación de autonomía. En efecto, a partir de la convicción que el reconocimiento del derecho a consentir informadamente una determinada medida terapéutica, como obvia

⁸⁴ Código de Núremberg sobre investigación en seres humanos, 1947.

⁸⁵ Vid. STEFANIA NEGRI: “The right to informed consent at the convergence of International Biolaw and International Human Rights”, en STEFANIA NEGRI (editor), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care - Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspectives* (Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011) pp. 23-72.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

contrapartida de una garantía de libertad implica el rechazo informado de un tratamiento, se considera que en ejercicio de tal autonomía, es asimismo dable que el interesado extienda su voluntad a manifestarla pidiendo o aceptando se le aplique eutanasia. Sin embargo, como veremos, la intervención del tercero al que se le solicita actúe genera la controversia acerca de la facultad de quien consiente de vincular jurídicamente a un tercero, particularmente si confrontamos esta posibilidad con la idea de que la vida constituye un bien jurídico de connotación o importancia colectiva y no sólo estrictamente individual⁸⁶.

En el caso de la eutanasia, el consentimiento podría traducirse también en la dictación de un testamento vital, una petición ante testigos, una autorización notarial, etc. Como es obvio, en esta hipótesis se agrega a la exigencia de legalización del acto eutanásico la demanda legislativa por la consideración de validez de los testamentos vitales y directrices anticipadas, lo cual significa establecer las condiciones para que ello se materialice⁸⁷. Tales directrices podrían importar el nombramiento de un representante que vigile que las instrucciones del

⁸⁶ GRACIELA ANGULO: "El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles", disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt3.pdf>, sitio consultado en febrero de 2012.

⁸⁷El Convenio del Consejo de Europa, en cuanto trata los Derechos Humanos y la Biomedicina, el 5 de abril de 1997, dispuso, art. 9º: "...serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respeto a una intervención médica por un paciente que en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar la voluntad". Por su parte, en el mundo anglosajón, el concepto se desarrolló tempranamente: California fue el primer Estado en EEUU en regular sobre el *living will* (testamento vital) en la Natural Death Act de 1976, estableciendo la validez del deseo manifestado por una persona de no recibir tratamiento vital en caso de enfermedad terminal o estado de coma permanente y exonerando a los médicos de toda responsabilidad frente a una posible reclamación judicial por no aplicar tratamiento alguno al enfermo cuando esa decisión se adopte siguiendo la voluntad del paciente. California fue también el estado pionero en la creación de un durable poder legal para decisiones del cuidado de la salud en 1983, es decir un documento en que el otorgante puede designar a una persona que sería su representante, legitimado para tomar decisiones relacionadas con su salud, cuando ya no estuviese en condiciones de hacerlo por sí mismo. Vid. comentarios en JOSÉ MARÍA SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, El consentimiento informado en el llamado "testamento vital". Sus límites. Alcance del principio "lex artis ad hoc", VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Problemas jurídicos actuales sobre la Vida y la Muerte, http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=vi_congreso_suarez_sanchez, sitio consultado en enero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

mandante sean respetadas⁸⁸, evitando así las interpretaciones a posteriori o la toma de decisiones de representantes con poderes generales no imbuidos en las verdaderas intenciones o visión del paciente sobre su plan de vida.

b) Teoría limitada de la declaración de voluntad

No requiere que el consentimiento sea expreso en torno a la solicitud o aceptación de una medida eutanásica, sino expresado a través de actos concluyentes, de los cuales el autor pueda colegir o inferir claramente la voluntad de la persona, por ejemplo la desesperada solicitud de ayuda “para descansar” o “para no sufrir” que

⁸⁸ Las instrucciones previas se definen como “La manifestación libre, voluntaria e informada de una persona (mayor de edad) y capaz acerca de sus preferencias sobre los cuidados y tratamientos relacionados con su salud y/o la designación de un representante que sirva de interlocutor con el equipo asistencial y contribuya a la interpretación, el respeto y el cumplimiento de su voluntad, y/o la manifestación de sus valores, objetivos y expectativas, y/o llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo, y/o sus órganos y/o sus tejidos, y/o sobre el uso de su material reproductor, y/o sobre la prohibición de obtener y analizar muestras biológicas, con la finalidad de que su voluntad se cumpla en aquellas circunstancias ven que no tenga la capacidad para expresarla de forma autónoma, voluntad de la que ha de quedar constancia escrita y que ha de ser otorgada con respeto del procedimiento previsto”: JOSE ANTONIO SEOANE, “Derecho e instrucciones previas”, *Derecho y Salud*, Volumen 22, Extraordinario XX Congreso Asociación de Juristas de la Salud, 2011, p. 17. El artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de España, establece: “Artículo 11. Instrucciones previas./ 1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas./ 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito./ 3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones./ 4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito./5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

comúnmente es interpretada en los casos de eutanasia como una autorización del interesado para que se le dé muerte⁸⁹.

c) Teoría de la dirección de la voluntad⁹⁰

Considera que basta la mera voluntad interior del titular del bien jurídico⁹¹, por lo cual podría considerarse que estamos en presencia de una eutanasia voluntaria dependiendo de si el autor ha vulnerado intereses legítimamente existentes o no en la víctima. Esta teoría recibe fuertes críticas, pues sin duda la total falta de comprobabilidad nos hace dudar de su eficacia⁹². Además, induce muy fuertemente a que se produzca un consentimiento putativo, esto es, una errónea creencia de que concurre el consentimiento de la víctima⁹³.

Compartiendo tal criterio, consideramos que para estar en presencia de una eutanasia voluntaria, la víctima debe haber manifestado expresa o al menos comprensiblemente su voluntad, lo cual tendrá particular relevancia en los casos en los cuales la ley libera de sanción o atenúa la responsabilidad del autor de la conducta, mediando consentimiento del paciente.

Sin embargo, no es fácil determinar el criterio aplicable a los casos de personas con competencia disminuida, en los cuales se requiere cuando menos completar su voluntad por la de representantes o guardadores, resultando a menudo un motivo

⁸⁹ Si bien en esta teoría no se pide o acepta la eutanasia, sí se hacen manifestaciones equiparables a ello respecto de los criterios lógicos de una persona común, por lo cual no se trata de presunciones o de suposiciones, sino de la decodificación de un mensaje que contiene tal idea.

⁹⁰ Para ROXIN la teoría de la dirección de la voluntad, basada en la aprobación interna, sin exteriorización, es la mayoritaria de la doctrina: CLAUD ROXIN, *Derecho Penal, Parte General* Tomo I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito (Madrid, Civitas, 1997), p. 534.

⁹¹ BEATRIZ DE LA GANDARA VALLEJO: *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva* (Madrid, Colex, 1995) p. 116.

⁹² Idem, p. 117, citando a ROXIN.

⁹³ ENRIQUE CASAS BARQUERO: *El consentimiento en el Derecho Penal* (Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1987) p. 111.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

de fuerte conflicto las diferencias de criterio del titular con la de quienes deben acompañarlo en su decisión⁹⁴.

Dirigiéndonos, ahora, al segundo interrogante, esto es, si la eutanasia voluntaria admite representación o subrogación, debemos establecer que el principio que rige esta materia se refiere a la propia capacidad del sujeto para consentir válidamente, la cual se satisfará si el titular posee *la capacidad natural o competencia* esto es, “la capacidad de entender y querer suficientes para comprender la trascendencia de la decisión por medio de la cual se renuncia a la protección penal del bien jurídico y el alcance de la intervención sobre el mismo”⁹⁵, más que la capacidad civil legal, que alude a la autodeterminación para la celebración de actos y contratos con contenido patrimonial. Ahora bien, si el titular carece de esa capacidad o competencia corresponde preguntarse si es susceptible de ser suplida por la voluntad de un tercero.

Al respecto, consideramos que ello no es posible, porque siendo la vida un derecho básico del hombre resulta inimaginable pensar que pueda renunciarse a su protección bajo una fórmula de representación general por parte de otro o supliendo una voluntad de la cual el interesado carece⁹⁶, lo que sin embargo no evita que la legislación pueda admitir como lícitos casos de eutanasia involuntaria pero no impuesta, cuando media la voluntad de la familia o autorización judicial. Surge entonces la pregunta acerca de si se puede denominar eutanasia involuntaria

⁹⁴ Los desafíos de las decisiones de representación se describen en JOSE ANTONIO SEOANE: “Las autonomías del paciente”, *Dilemata* año 2 (2010), n° 3, pp. 61-75.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 249.

⁹⁶ “La propia vida es un valor tan básico y tan personal del propio paciente que la acción de quitar la vida a un enfermo inconsciente no puede ser éticamente aceptable si se realiza al margen de su petición, al menos previamente aceptada”: JAVIER GAFO FERNÁNDEZ, *10 palabras clave en Bioética* (citado), p. 116. La calidad de la vida como derecho personalísimo se ha reconocido jurisprudencialmente, v.g. sentencia 20 de marzo 2006, Juzgado de Familia N° 2 de Neuquén, Argentina, disponible en http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/obligatorias/7_23_etica2/material/casuistica/menor_con_enfermedad_terminal.pdf, sitio consultado en febrero de 2012.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

a la mediada por una decisión de representación. A nuestro entender, ello no admite una respuesta unívoca, pues dependerá de tres consideraciones: primero, si el propio sujeto tenía, de acuerdo al ordenamiento jurídico, la posibilidad de manifestar válidamente una voluntad eutanásica, pues de lo contrario no puede ser representado en una facultad que no tenía; segundo, si se trata de una representación general de acuerdo al derecho civil o de una representación específica que incluya un mandato sobre la materia y, tercero, si la representación se ejerce sobre la base del mejor interés del incapaz, que no es lo mismo que el interés, valores, creencias y plan de vida del representante.

A.2. Eutanasia involuntaria

Entendemos que existe *eutanasia involuntaria* cuando ésta se impone al enfermo sin contar con su voluntad, comprendiendo entonces aquella eutanasia que es avoluntaria –no ha habido expresión alguna de voluntad- y contravoluntaria, es decir, practicada contra los deseos del sujeto pasivo.

Esta clasificación de la eutanasia es insistentemente debatida, ya que para algún sector de la doctrina, la calidad de involuntaria de la eutanasia la hace perder su naturaleza: “... las expresiones «eutanasia voluntaria» y «eutanasia involuntaria» son innecesarias y confusas, porque la eutanasia siempre es, por definición, voluntaria y la eutanasia involuntaria no es eutanasia, sino homicidio”⁹⁷. Sin embargo y a fin de evitar esta controversia, la jurisprudencia que ha tendido a considerar la eutanasia como un figura validada ha buscado formas de considerar

⁹⁷ PABLO SIMON-LORDA et al: “Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras”, disponible en http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/anestesiologia/uso_correcto_palabras.pdf, sitio consultado en febrero de 2012. En el mismo sentido, GASCÓN ABELLÁN justifica sólidamente la eutanasia en el principio de autodeterminación, encontrando serios escollos para explicar esa legitimación cuando el sujeto no puede consentir: *Problemas de la eutanasia*, en *Sistema*, n° 106, 1992, p. 81 ss. en especial, p. 107, citado por NICOLÁS GARCÍA RIVAS, “Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, <http://www.cienciaspenales.net>, consultado febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

una cierta manifestación de voluntad histórica en el paciente, a fin de no tener que resolver este problema⁹⁸.

La consideración de la eutanasia involuntaria, con todo, da origen a dos posibilidades:

a) Eutanasia contravoluntaria, coactiva o cacotanasia

Se impone en contra de la voluntad del paciente, es decir, aun a petición del paciente de que no se le dé muerte o que se le deje vivir. La doctrina ha coincidido en que este tipo de conducta en realidad no es eutanásica, pues faltan dos aspectos fundamentales de ésta: claramente no se basa en la piedad o en la misericordia – no hay ninguna razón humanitaria en ella– ni tampoco busca el beneficio del paciente, sino su muerte por razones diversas, probablemente de carácter egoísta o por conveniencia económica. De este modo, en caso de ser la eutanasia una figura legalizada o atenuada penalmente, esta modalidad no es admisible como tal, y de ser toda forma de eutanasia un delito probablemente la actuación contra la voluntad del sujeto pasivo será irrelevante, salvo que por sí misma constituya una agravación del homicidio u otro tipo de figura punible.

b) Eutanasia involuntaria propiamente tal o avoluntaria

Se trata de una persona inconsciente o privada de razón, cuya voluntad es desconocida⁹⁹. Precisamente respecto de ella, se ha discutido la posibilidad de representarla o de subrogar su voluntad. Tal situación genera numerosas controversias y se dirige, en esencia, a la confrontación de las condiciones de la persona con los criterios propios de la calidad de vida:

⁹⁸ Como sucedió por ejemplo en el caso de Nancy Cruzan en Estados Unidos.

⁹⁹ JAVIER GAFO: “Eutanasia y derecho a morir en paz” (citado) p. 132.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

b.1. Calidad de vida y eutanasia

La expresión "calidad de vida" aparece por primera vez en la literatura socioeconómica a finales de los años cincuenta. La opinión común dice que fue acuñada por Lyndon Johnson, presidente de Estados Unidos, al afirmar en un discurso, en 1964, que los objetivos que él perseguía no podían ser evaluados en términos bancarios sino en términos de "calidad de vida"¹⁰⁰. Con posterioridad, este concepto fue utilizado en múltiples disciplinas, hasta hacerse presente en la revisión de las condiciones de los pacientes, considerando como componentes de dicha calidad, por ejemplo, "mínimo coeficiente intelectual (lo establece entre 20-40), autoconciencia, autocontrol, sentido del tiempo (presente, pasado, futuro), capacidad de relación, interés por los otros, capacidad comunicativa, control de la existencia, curiosidad, capacidad de cambiar, equilibrio entre razón y sentimiento, funciones neocorticales"¹⁰¹.

Sin embargo, los criterios de calidad de vida de los pacientes no se utilizaron sólo para avalar decisiones clínicas o para informar debidamente a los pacientes de sus expectativas, sino que fueron cada vez más considerados en la determinación del valor y de la dignidad de la vida de quien cumpliera o no con tales condiciones o mínimos requisitos. Como es obvio, la valoración de la calidad de vida en el propio paciente alude a una multiplicidad de factores que pueden distar mucho de criterios estandarizados y aludir derechamente a su subjetividad¹⁰², por

¹⁰⁰ MARÍA VICTORIA ROQUÉ SÁNCHEZ: "La calidad de vida, un mensaje cifrado" en *Persona y Bioética* año 4 n° 11 Septiembre – Diciembre 2000 – año 5 n° 12 enero – abril 2001 (Bogotá, Universidad de La Sabana, 2001) pp. 82 – 91.

¹⁰¹ Vid. JOSEPH F. FLETCHER: "Four Indicators of Humanhood: The Enquiry Matures", *The Hastings Center Report*, Vol. 4, No. 6 (Dec., 1974), pp. 4-7. Un interesante desarrollo histórico posterior de otros criterios de medición puede encontrarse en MIGUEL SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia", en SALVADOR URRACA (ed): Ob. Cit, pp. 355 – 384.

¹⁰² Lo cual se identifica, a menudo, con una extrapolación eutanásica de los criterios autovalorativos de proporcionalidad terapéutica efectuados por el paciente. Sobre tal proceso, vid. de la autora, "El principio de proporcionalidad terapéutica y el rechazo a los tratamientos

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

lo cual la solicitud eutanásica por mala calidad de vida no es posible de enmarcar salvo que se listen condiciones objetivas a las cuales debe supeditar el paciente sus deseos. Sin embargo, tratándose de la eutanasia involuntaria los criterios estandarizados de calidad de vida sí cobran especial importancia pues, de algún modo, permitirían tomar decisiones “objetivas” por quienes estén autorizados para ello prescindiendo de la voluntad del sujeto si no es posible de obtener.

La remisión al criterio de calidad de vida en oposición al concepto de sacralidad de la vida como bien absoluto e indisponible se agudizó durante los últimos veinte años del siglo XX en torno a la toma de decisiones sobre pacientes terminales, graves, en estado de sufrimiento insoportable o en estado vegetativo persistente, sobre la base de una estimación social acerca de lo que la persona lógicamente preferiría: antes que vivir en un estado de intensa privación y sufrimiento, morir¹⁰³. Sin embargo, en muchos de ellos se mezclaron criterios eutanásicos con otros asociados a la suspensión de tratamientos inútiles o desproporcionados o con la legítima limitación del esfuerzo terapéutico, por lo cual la discusión se hizo altamente difusa y conceptualmente difícil de abordar.

En el siglo XXI la discusión acerca de la relación que existe entre criterios de calidad de vida y eutanasia continúa, asociada a las posibilidades, recursos y diversificación de los cuidados paliativos. Sin embargo, la existencia y desarrollo de estos últimos no ha evitado que la invocación de calidad de vida en casos de eutanasia involuntaria sea aún una realidad, y precisamente por ello las legislaciones que validan ciertas prácticas eutanásicas listan condiciones objetivas equiparables a una *mala calidad de vida* para admitirla. Ello deriva de

médicos”, *Boletín Científico Asociación Chilena de Seguridad* números 5 – 6 año 3 Junio/Diciembre 2001 (Santiago, 2001) pp. 68 – 76.

¹⁰³ “La esencia del argumento de la calidad de vida es el juicio que ninguna persona razonable puede preferir el dolor, el sufrimiento y la soledad”: JOHN A. ROBERTSON, “Involuntary euthanasia of defective newborns: a legal analysis”, en DENNIS J. HORAN & DAVID MALL, *Death, dying and euthanasia* (Maryland, Aletheia Books, 1980) p. 180. La traducción es nuestra.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

una distinción doctrinaria relevante: no es lo mismo “tener una vida” que simplemente “estar vivo”¹⁰⁴.

b.2. Decisión eutanásica sobre neonatos

La más actual controversia en la materia corresponde a la aplicación, en Holanda, del Protocolo Groningen, creado en septiembre de 2004 por Eduard Verhagen, el director médico del departamento de pediatría en el Centro Médico Universitario Groningen (UMCG) en Groninga, Países Bajos. Este documento contiene directrices con criterios bajo los cuales los médicos pueden actuar sobre el "final de la vida activa de los niños" (eutanasia infantil), respecto de los infantes con enfermedades terminales u otras situaciones graves e irreversibles¹⁰⁵ que están

¹⁰⁴ JAMES RACHELS: *The End of Life: The Morality of Euthanasia* (New York, Oxford University Press, 1986) pp. 8-12.

¹⁰⁵ “A pesar que los avances tecnológicos han proporcionado herramientas para hacer frente a muchas consecuencias de las anomalías congénitas y situación de los nacidos prematuros, las decisiones relativas a cuándo comenzar y cuándo suspender el tratamiento en casos individuales siguen muy difíciles de hacer. Aún más difíciles son las decisiones relativas a los recién nacidos que tienen graves trastornos o deformidades asociadas con el sufrimiento que no pueden ser aliviados y para los cuales no hay la esperanza de mejora. El sufrimiento es una sensación subjetiva que no puede ser medida de manera objetiva, ya sea en adultos o en niños. Sin embargo, aceptamos que los adultos pueden indicar que su el sufrimiento es insoportable. Los niños no pueden expresar sus sentimientos a través del discurso, pero lo hacen a través diferentes tipos de llanto, movimientos y reacciones a la alimentación. Las escalas de dolor para los recién nacidos, sobre la base de cambios en los signos vitales (presión arterial, frecuencia cardíaca, y el ritmo de la respiración) y la conducta observada, puede se utiliza para determinar el grado de malestar y dolor. Cuidadores experimentados y los padres son capaces de evaluar el grado de sufrimiento en un recién nacido, así como el grado de alivio ofrecido por la medicación u otras medidas.”: EDUARD VERHAGEN AND PIETER J.J. SAUER: “Euthanasia in Severely Ill Newborns”, Perspective, *New England Journal of Medicine*, 352;10 March, 2005. El protocolo presenta tres grupos de pacientes: “El primero incluye neonatos con malformaciones físicas o cromosómicas claramente incompatibles con la vida; se sugiere en estos casos, que iniciar o continuar con tratamientos complejos es una irresponsabilidad médica. El segundo, agrupa neonatos que sobreviven al tratamiento intensivo pero cuyas expectativas de vida son *pobres* como en la asfixia grave, o anomalías cerebrales. La calidad de vida futura y el sufrimiento “insostenible” son motivo de abandono del esfuerzo terapéutico. El tercer grupo incluye a los neonatos que sobreviven sin necesidad de tecnología para su estabilidad fisiológica pero que padecen condiciones que permiten su supervivencia hasta la adultez, aunque en condiciones de sufrimiento “severo, continuado y sin forma de alivio conocida”, respecto de los cuales se considera que “Frente a un paciente en la tercera categoría, es de vital importancia para el equipo médico para que lo más exacta un pronóstico de lo posible y para discutir con el los padres. Todas las medidas posibles deben ser tomadas para mitigar el dolor y malestar. Hay, sin embargo, circunstancias en las que, a pesar de todas las medidas tomadas, el sufrimiento no

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

sufriendo¹⁰⁶, sin temor a persecuciones judiciales, habiéndose concordado con la Fiscalía respectiva y ratificado por la Asociación Nacional Holandesa de Pediatría.

Estos lineamientos han sido objeto tanto de un caluroso debate que se centró en si los médicos o los padres deben asumir la toma de decisiones y responsabilidades relativas a la eutanasia involuntaria de los niños e infantes¹⁰⁷. Tal cosa importó tanto críticas como defensas. Las críticas se han centrado en el concepto de *sufrimiento insoportable*: “Es éste un criterio subjetivo de difícil aplicación en neonatos aunque no en adultos. La bioética distingue, actualmente, sufrimiento de dolor. El primero permanecerá siempre subjetivo. El dolor no. Existen escalas que permiten gradar el dolor neonatal. Cassell sugiere que el sufrimiento es un “estado de estrés severo asociado con eventos que amenazan la solidez de la persona”. Obviamente esta definición no es aplicable al neonato. Parece entonces apropiado aunar sufrimiento a dolor (que sí es perceptible y objetivo en neonatos), pero no como umbral de decisiones sobre terminación de una vida”¹⁰⁸, como asimismo en

puede ser aliviado y ninguna mejora se puede esperar. Cuando los padres y los médicos están convencidos de que hay una muy mal pronóstico y hay acuerdo en que la muerte sería más humana que la vida... estamos convencidos que poner fin a la vida puede ser aceptable en estos casos bajo muy estrictas condiciones: los padres deben estar de acuerdo totalmente, sobre la base de una explicación detallada de la condición y el pronóstico, un equipo de médicos, incluido por lo menos uno que no esté directamente involucrado en el cuidado de del paciente, debe estar de acuerdo, y la condición y el pronóstico debe estar muy bien definido”: *Ibidem*. La traducción es nuestra.

¹⁰⁶ Bajo las siguientes condiciones (se emplea traducción de la autora): "1. El sufrimiento debe ser tan severo que el niño no tiene perspectivas de un futuro; 2. No hay ninguna posibilidad de que el niño se pueda curar o aliviar su aflicción con medicamentos o cirugía, y 3. Los padres deben dar su consentimiento; 4. Una segunda opinión debe ser proporcionada por un médico independiente que no haya estado involucrado en el tratamiento del niño; 5. La terminación intencional de la vida debe ser cuidadosamente llevada a cabo con el énfasis en la atención posterior": *Ibidem*.

¹⁰⁷ DARIN ACHILLES: “Examining the Groningen Protocol: Comparing the Treatment of terminally-ill Infants in The Netherlands with treatment given in the United States and England”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 28, No. 4, pp. 796-819.

¹⁰⁸ JACOBO HALAC Y OTROS, “La muerte neonatal. Eutanasia o terminación de la vida en la unidad de cuidado intensivo: revisión crítica del protocolo de Groningen”, www.unesco.org.uy/shs/.../11.%20La%20muerte%20neonatal.pdf, consulta febrero de 2012. La referencia al sufrimiento según Cassel se puede complementar revisando E.J: CASSEL: “The

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

la idea de que los infantes requieren protección de la sociedad y no una condena a muerte, pues existen alternativas para paliar su sufrimiento¹⁰⁹. También ha sido objeto de crítica la consideración de esta forma de eutanasia consentida por los representantes del menor, considerando que la relación de esta figura con el consentimiento del paciente competente es tan poderosa que prácticamente impide cualquier forma de legalización si la figura queda como una prerrogativa de terceros¹¹⁰.

Por su parte, las defensas se han centrado en la idea de que el protocolo respeta el principio del mejor interés del menor, ya que las posibilidades de comprensión de éste sobre la situación de que adolece no le permiten situar su dolor como una herramienta valiosa o la prolongación de la vida como un beneficio¹¹¹.

nature of suffering and the goals of medicine”, *New England Journal of Medicine*, 1982 18 de marzo, 306 (11), pp. 639-45.

¹⁰⁹ Vid. A. B. JOTKOWITZ, S. GLICK: “The Groningen protocol: another perspective”, *J Med Ethics* 2006; 32:157–158.

¹¹⁰ “Una dicotomía conceptual que ha surgido es una distinción entre la eutanasia activa voluntaria y la eutanasia activa involuntaria. La primera implica un ser mentalmente competente, paciente que sufre y hace una solicitud para asegurarse una rápida, pero prematura, muerte. Por el contrario, la eutanasia involuntaria “es la muerte prematura de un paciente debido a la intervención del médico, sin conocer la voluntad del individuo. El protocolo de Groningen contempla una forma de eutanasia involuntaria. Puesto que el niño no es capaz de solicitar la eutanasia, el acto es intrínsecamente involuntario. Sin embargo, la línea entre el voluntariado e involuntaria es algo borrosa debido a que, mientras que el niño no puede solicitar la eutanasia activa, el padre del niño puede hacer la solicitud en nombre del bebé como guardián legal de éste, por lo tanto, existe una eutanasia voluntaria también”: DARIN ACHILLES, Ob. Cit.

¹¹¹ “Todos los recién nacidos carecen de la capacidad cognitiva que esperar nada, para anticipar una actividad futura, encontrar consuelo en el hecho de que mañana serán capaces de ver a sus seres queridos y pasar más tiempo con ellos. Los bebés son los tipos de seres que están sujetos a las emociones y los deseos presentes. La vida de un niño en la agonía no es más que la existencia perpetua en esa agonía. Para los bebés que sufren y los enfermos terminales, extender su vida no es más que la ampliación de su agonía. Es difícil ver cómo esto puede dejar de constituir un peligro para ellos. Sus intereses no se encuentran en esta existencia sino más bien apuntan a morir. Teniendo en cuenta que los niños pueden optar a la eutanasia activa en el marco del Protocolo de Groningen si se enfrentan a un diagnóstico similar, la existencia continuada constituye un daño para ellos también”: B.A. MANNINEN, “A case for justified non-voluntary active euthanasia: exploring the ethics of the Groningen Protocol”, *J Med Ethics* 2006;32, p. 645-646, la traducción es nuestra. Este artículo es respondido y criticado por ALAN JOTKOWITZ, S. GLICK Y B. GESUNDHEIT, en su trabajo “A Case Against Justified Non-Voluntary Active Euthanasia (The Groningen Protocol)”, *The American Journal of Bioethics*, 8(11): 23–26, 2008, en los siguientes términos: “Nos resulta difícil defender la justificación ética de la eutanasia activa de los niños. Como hemos argumentado anteriormente (Jotkowitz y Glick, 2006), la eutanasia en adultos se

b.3. Decisión eutanásica sobre personas en estado vegetativo persistente

El término estado vegetativo persistente (EVP), acuñado en 1972 por Jennet y Plum¹¹², se sigue usando hasta la actualidad y alude a “pacientes que mantienen sus funciones cardiovasculares, respiratorias, renales, termorreguladoras y endocrinas, así como la alternancia sueño-vigilia, pero que no muestran ningún tipo de contacto con el medio externo y ninguna actividad voluntaria. El adjetivo persistente añade una connotación temporal que lo diferencia de estados vegetativos transitorios. En general, se acepta que un mes es el tiempo requerido para que un estado vegetativo se considere persistente”¹¹³.

Tal situación se produce por una multiplicidad de causas, entre las que destacan, por su frecuencia y trascendencia social, “los traumatismos craneoencefálicos (TCE) graves y la hipoxia prolongada por parada cardiorrespiratoria (PCR)”¹¹⁴.

Este tipo de pacientes a veces permanecen postrados y sin ninguna autoconciencia por largos años”¹¹⁵, pero su situación no es equiparable a las personas a las cuales

basa en gran medida en el concepto de autonomía humana, y este principio, obviamente, falta cuando se trata de niños. Manninen (2006a) y otros justifican la eutanasia infantil, alegando que es en el mejor interés de los infantes. Considerando los métodos modernos de control del dolor y cuidados paliativos, es difícil ver cómo tal interés puede prevalecer sobre el imperativo ético casi universal que prohíbe la participación activa toma de la vida de otro. Si empezamos a invocar el exterminio de los individuos para su propio bien "no debería ser difícil encontrar otros ejemplos en los que uno podría invocar tal principio". La traducción es nuestra.

¹¹² B. JENNETT & F. PLUM: “Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name” *Lancet* 1972;1:734-7

¹¹³ J. M. GRAU VECIANA: “Estado vegetativo persistente: aspectos clínicos”, *Medicina intensiva*, Vol. 28, Nº. 3, 2004 , p. 108.

¹¹⁴ J. RUSCALLEDA: “Estado vegetativo persistente. Contribución neurorradiológica”, *Medicina intensiva*, Vol. 28, Nº. 3, 2004 , pp. 117.

¹¹⁵ R. HODELÍN - TABLADA: “Estado vegetativo persistente. Paradigma de discusión actual sobre alteraciones de la conciencia”, *Revista de Neurología* 2002; 34 (11), p. 1068, describe su situación clínica del siguiente modo: “Los pacientes mantienen un estado cíclico, pero irregular, de sueño circadiano, un tipo de vigilia que no se acompaña de ninguna expresión detectable de conducta de autoconciencia, reconocimiento específico de estímulos externos o indicio sistemático

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

se declara en muerte clínica o cerebral. Así, se trata de personas vivas, seriamente postradas y muy probablemente de modo irrecuperable.

Dada la situación antedicha y el creciente deterioro físico que algunos de estos pacientes demostraban, particularmente hace años, se inició en torno de ellos el debate acerca de la posibilidad que tenían sus guardadores o parientes de disponer de sus vidas, a menudo confundiendo la persistencia de este estado con la permanencia de él. Al efecto, hoy se distingue claramente entre ambas cosas¹¹⁶, pero de todos modos permanece constante la pregunta acerca de si puede considerarse que la situación de una persona con EVP y que no presente síntomas de recuperabilidad en un tiempo prolongado, puede estimarse cumpliendo *condiciones mínimas de calidad de vida*. Varios fallos de los tribunales de justicia, fundados en las solicitudes de desconexión de sondas nasogástricas de estos pacientes, lo cual les causa la muerte por inanición en un plazo medianamente prolongado, han considerado injustificado mantenerlos con vida en condiciones indignas¹¹⁷.

de atención a reacciones aprendidas. Por lo general, no permanecen inmóviles. Pueden mover el tronco o las extremidades de forma significativa; en ocasiones, sonríen, y algunos pueden verter lágrimas... Son pacientes de los que, aunque permanezcan durante largos períodos con los ojos abiertos, no resulta posible obtener evidencia empírica alguna de conciencia de sí mismo o del medio circundante, ni tener ningún tipo de comunicación significativa, ya que no emiten lenguaje; aunque realizan gestos faciales, éstos son esporádicos, sin relación consistente con estímulos. La inconsciencia comporta la pérdida de todos los pensamientos, sensaciones y deseos. Sólo permanecen las funciones vegetativas y los reflejos. De este modo, si se les administran alimentos, el sistema vegetativo funciona, los riñones producen orina, y los pulmones y el corazón movilizan aire y sangre, respectivamente. Pueden presentar signos hipotalámicos como sudación generalizada y respuestas motoras flácidas; algunos adquieren movimientos mioclónicos no habituales. Dichas actividades son inconscientes, no deliberadas”.

¹¹⁶ “Los integrantes de la Multisociety Task Force on PVS han tratado de definir el uso de los términos ‘persistente’ y ‘permanente’. Para ellos, ‘persistente’ se refiere a una condición de trastorno funcional que se extiende del pasado al momento en que se realiza el examen clínico, y que no tiene un pronóstico definido, mientras que ‘permanente’ denota irreversibilidad. Un EVP se convierte en permanente cuando el diagnóstico de irreversibilidad puede establecerse con un alto grado de certeza clínica... En consecuencia, proponemos denominar ‘estado vegetativo’ a quienes cumplen los criterios de la Multisociety Task Force on PVS y añadir el calificativo ‘persistente’ después de un período de observación de uno a tres meses para pacientes con daño hipóxico y de tres a seis meses para quienes sufren daño traumático”: *Ibidem*, p. 1074.

¹¹⁷ En *Airedale NHS Trust-v-Bland*, fallo de la Cámara de los Lores de Inglaterra de fecha 4 de febrero de 1993, se resuelve: "Que a pesar de la incapacidad del defendido a dar su consentimiento. Se faculta al demandante y a los médicos responsables que asisten para: (1)

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

B. Eutanasia activa y eutanasia pasiva

B.1. Eutanasia activa

Consiste en la realización de un comportamiento que busca la muerte para suprimir los sufrimientos del paciente, distinguiéndose a su vez, de acuerdo a la intencionalidad del autor, en *directa* e *indirecta*:

a) Eutanasia activa directa

La acción va dirigida al acortamiento de la vida mediante actos positivos, ante un largo proceso doloroso o una situación sostenida que se considere padecimiento¹¹⁸.

b) Eutanasia activa indirecta

En ella se busca como objetivo principal aliviar los sufrimientos, aunque de ello pueda derivarse el acortamiento efectivo de la vida¹¹⁹.

Esta última categoría ha sido considerada en forma prácticamente unánime, tanto por la doctrina como jurisprudencia, como no constitutiva propiamente de

legalmente suspender todas las medidas para mantener la vida y el tratamiento médico de apoyo diseñados para mantener la vida del defendido en su actual estado vegetativo persistente, incluyendo la terminación de la nutrición y la hidratación de ventilación por medios artificiales, y (2), podrá interrumpir legalmente todo tratamiento médico para el defendido, excepto para el único propósito de acabar con su vida y morir en paz con la mayor dignidad y con el menor grado de dolores y angustia; ... "

¹¹⁸ Seguimos en estas clasificaciones a MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad* (Madrid, Tecnos, 1999) pp. 58- 59, aunque no compartimos el condicionamiento que hace este autor a cierto tipo de padecimientos de la víctima para hallarnos en presencia de eutanasia.

¹¹⁹ CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA: *La Eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos* (Madrid, Ediciones Palabra, 1993) p. 14.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

eutanasia, ya que no busca la muerte del enfermo sino que la acepta como un resultado no querido respecto de un tratamiento que busca acabar con el dolor: “Cuando el tratamiento del dolor es ya prácticamente lo único que se puede hacer por el enfermo terminal, el efecto secundario que ciertos analgésicos tengan respecto del acortamiento de la vida *no puede considerarse como una forma de eutanasia*, porque no se persigue el destruir esa vida, sino aliviar el dolor; y este propósito paliativo puede, ante la inminencia de la muerte, ser preferente para esperar la llegada de la muerte en las condiciones menos angustiosas”¹²⁰.

Sin embargo, debe examinarse si respecto de esta conducta podría existir al menos un dolo eventual de matar, lo que haría que de todos modos estuviéramos en presencia de un acto eutanásico. Al respecto, vale la pena señalar que la tendencia actual considera al Derecho Penal como secundario de la *lex artis*, la cual “condiciona la actuación del facultativo con arreglo a lo que se establece en la práctica médica en casos de esta naturaleza. La actuación desarrollada dentro de las pautas permitidas en el tratamiento habitual de la dolencia de la que se trate va a suponer la ausencia de elementos sobre los que se pueda estructurar la imputación objetiva, lo que conllevará su atipicidad... el facultativo no está en ningún caso generando un riesgo no permitido, un riesgo jurídicamente desaprobado; al contrario, en su proceder está dando respuesta a una situación de agonía que socialmente exige la adopción de medidas para mitigarla en lo posible, tanto si existe el consentimiento del paciente como si es imposible obtenerlo”¹²¹, lo cual significa que no estamos en presencia ni aun de dolo eventual, ya que el facultativo no corre un riesgo ilícito del cual se derive una eventual muerte que acepta, sino que cumple con su deber profesional y de ello deriva un doble

¹²⁰ *Idem*, p. 37. Vid. También Consejo Pontificio *Cor Unum* 1980, p. 116, en el sentido que las medidas médicas administradas u omitidas en el cuidado terminal no constituyen eutanasia, así como tampoco las decisiones de interrumpir ciertas terapias ni las decisiones de aliviar sufrimientos aún a riesgo de desencadenar efectos letales indeseados.

¹²¹ JESÚS R. TOLEDANO TOLEDANO: *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España* (Barcelona, Atelier, 1999) p. 109.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

efecto¹²²: la mitigación del dolor y el acortamiento no querido, pero sí admitido, de la vida, lo cual excluye esta figura de la consideración de conducta eutanásica.

B.2. Eutanasia pasiva

Respecto de este concepto hay cierta pugna doctrinaria, ya que mientras para un sector se trata principalmente de la omisión del tratamiento en que se emplean medios que contribuyen a la prolongación de la vida del paciente cuando ésta presenta ya un deterioro irreversible o una enfermedad incurable en fase terminal¹²³, y puede consistir en la no-iniciación de un tratamiento o en suspender el ya iniciado, para otros consiste en “la omisión deliberada de tratamientos médicos ordinarios o proporcionados –útiles– que podrían prolongar la vida del paciente y que con su carencia anticipan su muerte”, de allí que esta segunda corriente precise que no se trata de “dejar morir” sino de “hacer morir mediante la precisión apuntada”¹²⁴. A nuestro juicio, el primer caso refiere a una conducta no

¹²² La doctrina del doble efecto se ha formulado de la siguiente manera: “Es lícito realizar una acción en sí buena o indiferente, que tiene un doble efecto, uno bueno y otro malo, si el efecto bueno es inmediato, el fin del agente es honesto y existe una causa proporcionada para permitir el efecto malo”. En ella, para que el efecto malo no sea imputable al sujeto, se requiere que el efecto bueno no derive del malo y que exista una razón improrrogable para poner la acción, requiriéndose que el efecto bueno no sea posible de obtener por otro medio. Cfr. FERNANDO CUERVO, *Principios morales de uso más frecuente* (Madrid, Rialp, 1995, 3ª. Edición) pp. 84 – 86. En materia bioética, esta materia se ha desarrollado vastamente respecto de las decisiones médicas, al efecto revisar: RODOLFO FIGUEROA, “Matar, dejar morir y eutanasia en el proyecto de ley sobre derechos de las personas y en la doctrina chilena”, *Revista médica de Chile* vol.139 no.5 Santiago mayo 2011, pp. 655-659; JOSEPH BOYLE “Medical Ethics and Double Effect: The Case of Terminal Sedation”. *Theoretical Medicine and Bioethics* 25 (1), 2004.

¹²³ JESÚS R. TOLEDANO TOLEDANO: Ob. Cit, p. 61.

¹²⁴ LUIS GUILLERMO BLANCO: *Muerte digna. Consideraciones bioético – jurídicas* (Buenos Aires, Ad – Hoc, 1997) p. 31. Al respecto y a fin de evitar las confusiones asociadas con este concepto, la *Declaración sobre la Eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, Med Pal* (Madrid) volumen 9 N° 1, 2002, pp. 37-40, precisa: “La clave reside en la intención que preside la conducta médica. Ante un paciente en situación terminal lo que se hace o se deja de hacer con la intención de prestarle el mejor cuidado, permitiendo la llegada de la muerte, no sólo es moralmente aceptable sino que muchas veces llega a ser obligatorio desde la ética de las profesiones sanitarias. De ahí que, por ejemplo, no haya objeciones éticas ni legales para emplear altas dosis de analgésicos en el tratamiento del dolor de un paciente en situación terminal, aunque esto pueda suponer de manera indirecta un adelanto de la muerte, cuando la intención del tratamiento no es provocarla. Por el contrario, cuando algo se hace o se deja de hacer con la

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

eutanásica, sino propiamente a la evitación de la *distanasia*¹²⁵ mediante una adecuada limitación del esfuerzo terapéutico, mientras la segunda sí se corresponde con la materia en estudio.

Las precisiones, en efecto, son importantes: mientras la primera importa la evitación de tratamientos extraordinarios y desproporcionados, aunque prolonguen la vida de un paciente terminal, la segunda precisa que la omisión de tratamientos acelera el proceso de muerte del paciente y que los que se evita proporcionarle o le son suspendidos son aquellos susceptibles de ser calificados como “ordinarios o proporcionados”.

Para entender bien la diferencia entre una concepción y la otra conviene, entonces, agregar más precisiones terminológicas:

a) Medios ordinarios y extraordinarios

La distinción entre medios ordinarios y medios extraordinarios corresponde a las primeras reflexiones efectuadas en el siglo XX acerca de la limitación o rechazo de tratamientos médicos, si bien desde el punto de vista histórico se encuentra considerada en escritos católicos desde el siglo XVII¹²⁶. Se entiende por *medios ordinarios* para mantener la vida a “todos aquellos medicamentos, tratamientos y operaciones que ofrecen una esperanza razonable de beneficio para el paciente y que pueden ser conseguidos y utilizados sin acarrear un coste, dolor u otros inconvenientes excesivos” y “*medios extraordinarios* para mantener la vida son

intención directa de producir o acelerar la muerte del paciente, entonces corresponde aplicar el calificativo de eutanasia”.

¹²⁵ “Prolongación de la vida de un paciente con una enfermedad grave e irreversible o terminal mediante la tecnología médica, cuando su beneficio es irrelevante en términos de recuperación funcional o mejora de la calidad de vida. En tal situación los medios tecnológicos utilizados se consideran extraordinarios o desproporcionados. También se conoce como “encarnizamiento u obstinación terapéutica”: SIMON LORDA et al., Ob. Cit p. 273.

¹²⁶ Cfr. JAVIER GAFO: “La eutanasia y la ética del bien morir”, *Revista Médica del Uruguay* 1990, 6, p. 98.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

todos aquellos medicamentos, tratamientos y operaciones que no pueden ser conseguidos sin acarrear un coste, dolor u otros inconvenientes excesivos, o que, de ser utilizados, no ofrecerían una esperanza razonable de beneficio”¹²⁷.

De esta forma, la diferencia entre unos y estriba en los siguientes elementos:

- a.1) Beneficio o esperanza razonable de beneficio para el paciente, y
- a.2) Coste, dolor u otros inconvenientes al ser calificados o no de excesivos.

Obviamente, el concepto o la proyección de qué ha de entenderse por “excesivo” resulta difícil¹²⁸, como asimismo determinar claramente si en todos los casos el “beneficio” para el paciente consiste en permanecer con vida. Por esta razón, la tendencia actual se ha dirigido hacia otras terminologías que nos permitan de una manera más precisa determinar cuándo estamos en presencia de eutanasia pasiva y cuándo se trata simplemente del derecho de un paciente de rehusar tratamientos médicos o de la decisión de un facultativo que decide no aplicarlos, todo lo cual se dirige a la consideración del principio de proporcionalidad terapéutica y a la diferenciación entre medios proporcionados y desproporcionados.

b) Medios proporcionados y desproporcionados

Esta distinción corresponde a la insuficiencia de la distinción entre medios ordinarios y extraordinarios, sobre todo ante la imposibilidad de establecer una casuística objetiva de medios ordinarios y extraordinarios que sea la solución

¹²⁷ PAUL RAMSEY: *The Patient as a Person*, citado en MARIA CASADO GONZÁLEZ, *La Eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos* (Madrid, Reus, 1994) p. 25.

¹²⁸ En un intento por objetivizar dicho “exceso”, *vid.* T.J. BOYLE III: “Why almost any cost to others to preserve the life of irreversibly comatose constitutes an extraordinary burden”, citado en MIGUEL KOTTOW y VERÓNICA ANGUITA, *Bioética Católica* (Santiago, CINBIO, Publicaciones Especiales N° 5, s/a de edición) p. 42.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

perfecta para todos los casos, dado el desarrollo científico y tecnológico experimentado desde que se acuñaron estos términos¹²⁹.

Entienden ellos como *medios proporcionados* a los que, en el caso de un enfermo en peligro próximo de muerte, representan todos los medios técnicos posibles, habiendo posibilidad cierta de recuperación, ya que existe una fundada esperanza de salvarle la vida. A diferencia de ellos, serán *desproporcionados* aquéllos “que provocarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares”¹³⁰.

Aquí, en definitiva, la distinción se centra en la capacidad de los medios de recuperar al sujeto. También se ha considerado que la condición de proporcionados o no de éstos depende de tal capacidad en relación con lo gravosos que pueden resultar para la persona, lo que constituye el principio de proporcionalidad terapéutica: “Existe la obligación moral de implementar todas aquellas medidas terapéuticas que guarden una relación de debida proporción entre los medios empleados y el resultado previsible... La relevancia moral de este juicio estriba en la ilicitud de omitir aquellas intervenciones médicas que se juzguen como proporcionadas, pues ello podría representar una forma de eutanasia por omisión”¹³¹.

¹²⁹ Vid, de la autora, "El principio de proporcionalidad terapéutica y el rechazo a los tratamientos médicos", en Boletín Científico ACHS, junio/diciembre 2001 (Santiago, ACHS, 2001) pp. 68–76.

¹³⁰ ENRIQUE SÁNCHEZ JIMÉNEZ: Ob.cit, p. 49.

¹³¹ PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES DE SALUD: *Carta de los agentes de la salud*, citada y comentada en PAULINA TABOADA RODRÍGUEZ, “Dimensión ética del morir” en *Ars Medica* Vol. 2 N° 2 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000) pp. 40–41. La Bioética contemporánea asocia este aspecto netamente subjetivo con el llamado plan de vida, es decir, la identificación del sujeto de su propio interés y ruta sin por ello desconocer al colectivo: “Los individuos se ven permanentemente enfrentados no sólo a decidir cómo llevar a cabo un plan de vida con sentido para sí mismos; en palabras de Habermas *un proyecto de vida normativamente sustancial*, sino también a decidir junto a las preferencias de otros, a entrar en relación con las diferentes concepciones de lo Bueno que tienen los otros. Cuando se trata de saber qué debo hacer, entendido como lo mismo que debe hacer otro, donde

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Cuando esas medidas o terapias ya no tienen una verdadera probabilidad de éxito o importan intensos sufrimientos o gravámenes físicos o morales al paciente, corresponde su interrupción y su reemplazo por cuidados paliativos¹³².

c) Consentimiento informado y rechazo de tratamientos médicos

La relación médico–paciente importa una serie de acciones y de decisiones mediante las cuales una persona, en calidad de paciente o usuario del sistema de salud, se vincula con un facultativo (médico, paramédico) o con institución prestadora de servicios de salud, con el objeto de obtener una determinada prestación de éste o de esta última, que puede relacionarse con la promoción de la salud, con la prevención, con la medicina curativa, con la rehabilitación o con otros ámbitos del quehacer médico.

Hace casi un siglo se reconoció en el ámbito jurídico que dicha relación exigía algún tipo de consentimiento. En efecto, en 1914, en la causa “Schloendorff vs. Society of New York Hospital” de los Estados Unidos se sostuvo que “todo ser humano

“otro” significa que están presentes otras concepciones de lo Bueno, entramos al terreno del “todos deberían”, que es el terreno de la Moral. Como es fácil darse cuenta de que el punto de vista individual, a través del cual llegamos a saber lo que es bueno para sí, no necesariamente coincide con lo que es bueno para otros, lo que podríamos asimilar aquí a un concepto del tipo “lo Bueno para todos” no significa otra cosa que lo *justo*, e implica de este modo una mirada distinta que ha tomado distancia de la egocéntrica mirada y que tan solo alcanza para ver lo que es bueno para sí”: EDUARDO DÍAZ AMADO, “De moralidad y eticidad. Dos dimensiones para la Bioética”, Acta Bioética 2002; año VIII, n° 1, p. 15.

¹³² Establecen los tres primeros numerales del artículo 36 del Código de Deontología Médica de España de 2011 (disponible en www.unav.es/cdb/ccdomccdm2011.pdf, sitio consultado en marzo de 2012): “1. El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Cuando ya no lo sea, permanece la obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir su bienestar, aún cuando de ello pudiera derivarse un acortamiento de la vida. 2. El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza de beneficios para el enfermo, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar dicho tratamiento para prolongar su vida. Cuando su estado no le permita tomar decisiones, tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriormente hechas y la opinión de las personas vinculadas responsables. 3. El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste”.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que él hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente”.

El desarrollo del Derecho y de la Bioética ha sostenido esta histórica decisión, considerando que relación médico–paciente requiere del consentimiento, a veces entendido éste tácitamente y, en otras oportunidades, requerido que se preste expresamente. En ese contexto, la exigencia de consentimiento no sólo alude a una juridización de la relación médico–paciente, sino que representa en la perspectiva ética la exigencia de reconocimiento de la dignidad, derechos y autonomía del paciente competente, que se mira como un partícipe de las medidas que se le aplican y no como un simple destinatario de ellas: “Los derechos básicos de una persona se establecen sobre la base del reconocimiento de su condición humana, la inviolabilidad de su vida y el hecho de que del ser humano nació libre, y siempre lo será. El respeto por los valores y aspiraciones de las personas es un deber que se vuelve aún más importante si la persona es vulnerable. Debido a que la autonomía y la responsabilidad de cada persona, incluidos aquellos que requieren atención sanitaria, se aceptan como valores importantes, la participación de cada individuo en las decisiones sobre su propio cuerpo y su propia salud deben ser reconocidas universalmente también como un derecho de las personas”¹³³.

El desarrollo biojurídico de la temática del consentimiento informado se ha apoyado en tres principios bioéticos básicos: la autonomía, la beneficencia y la justicia¹³⁴, pero sin duda el más importante de los tres en su acento jurídico es el principio de autonomía. El concepto de autonomía deriva de las palabras griegas

¹³³ AMNON CARMI: *Consentimiento informado* (Comisión Nacional de Israel para la UNESCO), 2008, disponible en: <http://medlaw.haifa.ac.il/index/main/4/consentimientoinformado.pdf>, sitio consultado en febrero de 2012.

¹³⁴ El desarrollo de la incidencia de esos principios puede encontrarse en RUTH R. FADEN, TOM L. BEAUCHAMP, NANCY M. P. KING: *A history and theory of informed consent* (New York, Oxford University Press, 1986).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

autos (uno mismo) y *nomos* (regla, norma, gobierno, ley) y fue usado en principio en referencia a la autorregulación o autogobierno de las independientes ciudades estados griegas. La autonomía ha sido extendida a los individuos y ha adquirido contenidos tan diversos como autogobierno, derechos de libertad, privacidad, decisión individual y libertad de la voluntad. Sin embargo, se ha tendido a distinguir la autonomía personal de la autorregulación política y se le da a la primera dos contenidos esenciales: *libertad* (independencia frente a influencias controladoras) y *capacidad* para efectuar una acción intencionada¹³⁵.

En materia bioética, el respeto por el principio de autonomía se traduce en una premisa que importa la deliberación del paciente competente¹³⁶: “Es el afectado por la beneficencia o no maleficencia quien debe autónomamente decidir sobre la conveniencia y oportunidad de actos que atañen principalmente a sus intereses”. Bajo el mismo criterio, le corresponde también evaluar si la omisión o la negativa a ejecutar un acto tienen consecuencias tolerables o un riesgo sustentable¹³⁷.

En el principio de la autonomía el elemento central no es el beneficio o el bien, sino el consentimiento. Así, desde este punto de vista, la Bioética pone a la ciencia médica al servicio de lo que el individuo decide libremente, lo que en algunas materias se puede apartar de un bien o beneficio predefinido o socialmente así considerado. En cualquier caso, la autonomía en Bioética se refiere, en sentido estricto, a la capacidad de decidir en cosa propia, es decir, el principio debe entenderse como *decisión coherente con la propia ley* o esquema de intereses: todo ser tiene derecho a tomar las decisiones que le conciernen, en

¹³⁵ Para Kant, el *imperio paternal* del gobierno cancelaba la libertad. Sin embargo, nunca consideró que un modo de intervención paternal en beneficencia de otros pudiera identificarse con esa forma de paternalismo. El Paternalismo siempre envuelve alguna forma de interferencia o contraposición con los deseos y preferencias del otro acerca de su propio bien. Los actos paternalistas típicamente envuelven fuerza o coerción, en una mano, o mentiras, manipulación de la información en la otra. Vid. TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS: *Principles of Biomedical Ethics* (Oxford University Press, 1994, fourth edition) pp. 120 – 121.

¹³⁶ Idem, p. 127.

¹³⁷ MIGUEL KOTTOW: *Introducción a la Bioética* (Santiago, Editorial Universitaria, 1995) p.74

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

concordancia con sus convicciones. Asimismo, supone el derecho a equivocarse a la hora de hacer uno mismo su propia elección.

De tales reflexiones deriva la tesis del *consentimiento libre e informado* que rige en la práctica médica actual, el cual no sólo demanda consultar la voluntad del paciente cuando se le somete a terapias y a tratamientos, comunicándole adecuadamente los resultados esperados, los riesgos, las posibilidades de éxito, etc., sino también admitir como una contrapartida que el paciente tiene el derecho a rechazar en la medida de estar competente todo tipo de tratamientos médicos, incluidos los tratamientos proporcionados y útiles: “El paciente competente es un sujeto que posee un grado de autonomía personal suficiente para decidir en aquella cuestión sanitaria que le afecta de manera directa. Obra, por tanto, conforme de manera sustancialmente autónoma, y sus preferencias son totalmente respetables a no ser que quebranten claramente otras reglas derivadas de los principios de no maleficencia o de justicia. Sólo en este caso puede el médico cuestionarlas éticamente y, en última instancia, sólo resultarían aceptables como excepción”¹³⁸. Por tal causa, el rechazo no implicaría responsabilidad del médico en los eventuales resultados dañosos, sino una situación en la cual éste estaría privado de intervenir en la medida que no cuente con aceptación para ello¹³⁹. Ello, sin embargo no lo excusa de mantener la atención del paciente respecto de todos los tratamientos o medidas alternativas que sí acepte y, por cierto, respecto de aquellas medidas destinadas a paliar el dolor y sufrimiento, salvo que se solicite por su parte el alta voluntaria¹⁴⁰.

¹³⁸ PABLO SIMÓN LORDA: *El Consentimiento Informado* (Madrid, Ediciones Triacastela, 2000) p. 339.

¹³⁹ “Frente a estos casos de rechazo de tratamiento, lo primero que el médico debe tener en cuenta es el estado psíquico del paciente, si tiene capacidad de razonar y comprender la situación que vive y las consecuencias para su vida que puede ocasionarle rechazar el mismo. Aunque analice la situación con sus familiares, si el paciente es mayor de edad debe respetarse su voluntad. Si con su decisión no lesiona intereses de terceros la ley lo ampara y hace respetar la misma”: MANUEL JOSÉ CUMPLIDO, “Derecho del paciente a rechazar el tratamiento propuesto”, *Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic. Leg. Jun. 2000* 5 (1) p. 15.

¹⁴⁰ “¿Qué debe hacer un médico ante un paciente adulto, capaz e informado que rehúsa libre y voluntariamente recibir una transfusión de sangre que el médico considera indicada, pero que el

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Debemos consignar una apreciación nada descartable por parte de la doctrina, en orden a que el reconocimiento del pleno derecho del paciente competente a

paciente testigo de Jehová rechaza en razón de sus creencias y en ejercicio de su libertad religiosa?

1) El médico está obligado a asistir y atender al paciente, velando por su vida y su salud, sin realizar tratamientos clínicamente contraindicados o técnicamente incorrectos, que puedan causar un daño físico, psíquico o moral en el paciente, así como a no actuar contra la voluntad de dicho paciente (principio de no maleficencia). 2) Tras confirmar la capacidad del paciente y la voluntariedad de la decisión, y después de haber proporcionado información suficiente, adecuada y verdadera, en especial del balance riesgo-beneficio de la transfusión de sangre y de la existencia y eficacia de terapias alternativas, así como de las consecuencias previsibles derivadas de no transfundir, el médico está también obligado a obtener la autorización o consentimiento del paciente para el tratamiento, y a respetar sus decisiones autónomas, libres y voluntarias, entre ellas el rechazo de un tratamiento clínicamente indicado como la transfusión de sangre, incluso si tal rechazo produce un daño grave en la salud y hasta la pérdida de la vida. En este sentido, el respeto de la voluntad de rechazo de la transfusión de sangre manifestado con antelación en un documento de instrucciones previas merece el mismo respeto que el expresado a través del consentimiento informado, que en este caso ha de constar por escrito (art. 2.4 LBAP), pues su fundamento ético y jurídico es semejante (principio de respeto de la autonomía). 3) El médico no está obligado a hacer lo indicado cuando el paciente lo rechaza; más aún, está obligado a respetar y aceptar dicho rechazo autónomo y, por tanto, no comenzar dicho tratamiento de transfusión de sangre. Esto no significa la desaparición de su deber de beneficencia. La beneficencia subsiste, y el médico continúa obligado a procurar el bien para la vida y la salud del paciente. Lo que ha cambiado es la forma de definir dicho bien, pues ahora se trata de una beneficencia que incluye el respeto de la autonomía y que se define también conforme al proyecto de vida, valores, creencias religiosas y expectativas vitales del paciente (principio de beneficencia). Finalmente, 4) el médico debe asegurar que ningún paciente es objeto de tratamiento discriminatorio en el acceso a la protección y el cuidado de su salud, en este caso por razón de sus creencias religiosas, y que los recursos sociosanitarios son empleados de forma eficiente, garantizando un reparto justo y equitativo (principio de justicia): JOSE ANTONIO SEOANE, “El perímetro de la objeción de conciencia médica”, *In Dret*, Barcelona, Octubre de 2009, disponible en http://www.indret.com/pdf/682_es.pdf, sitio consultado en febrero de 2012. Respecto de la solicitud de alta voluntaria, el Derecho, a este efecto, ha previsto medidas de constancia de la decisión del paciente, tales como la solicitud de alta voluntaria o el alta forzosa como derivado de su total rechazo de un tratamiento, dada la posibilidad del médico de rechazar mantener la relación médico – paciente que se traduzca en participar de la inacción decidida por el paciente, a fin de liberar de responsabilidad a éste, pero no ha resuelto eficazmente si esta realidad importa la eliminación del concepto mismo de eutanasia pasiva voluntaria: “... el rechazo de tratamientos debe relacionarse con el alta forzosa del paciente. En concreto, el art. 21 establece que «[e]n caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley». Asimismo, el precepto establece que la no aceptación del tratamiento no conllevará el alta forzosa «cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos»: JOAN C. SEUBA TORREBLANCA y SONIA RAMOS GONZALEZ, “Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, Working Paper n°: 138, *In Dret* 02/2003, http://www.indret.com/pdf/138_es.pdf, sitio consultado en diciembre de 2010.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

rechazar todo tratamiento o intervención, aun medidas de soporte vital, se traduce en que no pueda estimarse a su respecto la existencia de eutanasia pasiva, ya que la inacción del médico no constituiría una conducta omisiva de disposición de la vida de otro sino sencillamente el deber impuesto por el Derecho de aceptar la decisión autónoma de un individuo, lo que se traduce en la obligación de no interferir.

A nuestro juicio, el reconocimiento pleno a la posibilidad de rechazo por parte del paciente no significa la eliminación de la posibilidad de eutanasia pasiva voluntaria, sino a la reducción de su ámbito, como por ejemplo a aspectos que se consideran independientes o distintos de las decisiones terapéuticas respecto de pacientes competentes, como puede ser el caso de la suspensión de alimentación e hidratación¹⁴¹ en lo atinente sólo al caso de los sujetos que no están en condiciones manifestar su voluntad.

Visto lo anterior, en el siglo XXI las referencias a la proporcionalidad terapéutica que, en el ámbito jurídico, permiten hacer distinguos entre el encarnizamiento terapéutico y el tratamiento debido, brindan luces acerca de lo justificada que puede estar la decisión de limitación del esfuerzo terapéutico por parte del médico y pueden llegar a determinar la juridicidad de la interrupción de tratamientos en personas que no pueden consentir por sí mismas. En lo que respecta al rechazo de

¹⁴¹ Este aspecto es especialmente controversial, respecto a si el rechazo de tratamientos médicos puede o no incluir la negativa de ingerir alimentación o bebida. Para algunas interpretaciones, auxiliar al paciente en una decisión de ese tipo significaría auxiliarlo en suicidarse, por lo cual en tales casos hay propuestas legislativas en torno a que allí lo que corresponde es la solicitud del alta voluntaria y no la mantención del paciente hospitalizado. La realidad práctica actual es que más bien el paciente se niega a recibir alimentos al no dar su consentimiento para la implantación de una sonda nasogástrica o solicitar el retiro de ésta, figuras ambas que constituyen un ejercicio de su derecho a rechazo y no una forma de suicidio o eutanasia. Discusión distinta será el retiro de estas sondas en casos en que los pacientes no pueden solicitar ni consentir, que cabe más bien en un examen sobre los alcances de la representación, particularmente si no ha habido declaración de voluntades anticipadas. Al efecto, “la obligatoriedad absoluta de la alimentación e hidratación de los enfermos no es en realidad el verdadero objeto del debate. Todos saben que llega un momento en el que se suspende todo procedimiento (natural o asistido) de alimentación e hidratación de los enfermos que entran en agonía o se acercan irremediamente a una muerte inmediata”: ANGEL RODRÍGUEZ LUÑO, “Eluana Englaro II. La legge sul testamento biológico”, 2 de marzo de 2009, www.eticaepolitica.net, p. 1.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

tratamientos por pacientes competentes, la proporcionalidad terapéutica se asocia con la decisión y reflexión autónoma del sujeto sobre los riesgos, costos, necesidad y gravamen que la medida puede representarle, debidamente asistido para contar con los conocimientos más objetivos posibles en los aspectos netamente médicos y científicos. Ello, con todo, no impide que la propia teoría del consentimiento informado admita limitaciones ya no sobre la posibilidad misma de rechazo sino en relación con qué es lo que se puede rechazar y cuál es el momento de hacerlo.

En efecto, el derecho al rechazo abarca específicamente tratamientos o terapias médicas y ello ha derivado en discutir, como ya se ha señalado, si es o no es admisible, dentro de tal orden, la referencia a la alimentación e hidratación suministradas artificialmente como componentes de dicho concepto, llegándose a plantear incluso interrogantes acerca de las aseveraciones de algunos autores, en el sentido que en ciertas y determinadas situaciones de salud de un paciente hasta medidas tan ordinarias como la hidratación y alimentación resultan desproporcionadas por lo superfluo que resulta mantener con vida a una persona que se encuentra en una situación de inconsciencia irreversible¹⁴². Del mismo modo, se discute si tiene el mismo valor el rechazo directo del paciente, si se le compara con el rechazo que sea dado mediante directrices anticipadas o directamente testamentos vitales¹⁴³.

¹⁴² En cuyo caso estaremos hablando de rechazo por representación. Vid. GEORGE J. ANNAS: *The Rights of Patients* (Totowa, Humana Press, 1992, 2d. Edition) p. 199: “Adultos competentes podrán rechazar cualquier tratamiento, incluso para salvar sus vidas, prolongarlas, e incluso la nutrición e hidratación artificial. Los procedimientos no tienen derechos, los pacientes sí”, la traducción es nuestra. También se ha considerado válido tomar este tipo de decisiones por las familias de pacientes en estado vegetativo persistente: Ejemplos de situaciones en que se han esgrimido este tipo de argumentos son por ejemplo los casos de Nancy Cruzan en Estados Unidos, que comentaremos oportunamente, y Tony Bland en Inglaterra, ya citado.

¹⁴³ Si bien ambas situaciones serán revisadas detalladamente en otro epígrafe, bajo el prisma del Derecho Chileno, conviene desde ya hacer un par de comentarios generales: El primero, si bien los testamentos vitales o directrices anticipadas son un modo fidedigno de conocer la voluntad del paciente, evitando así interpretaciones o intencionalidades, sea de sus representantes o de los órganos del Estado en casos judicializados, ciertos aspectos formales de ellos presentan

3. Otros conceptos relacionados con la eutanasia

A. El suicidio

Suicidio es el acto de matarse en forma voluntaria y en él intervienen tanto los pensamientos suicidas como el acto suicida en sí. En el suicida se detectan: a) los actos fatales o suicidio consumado; b) los intentos de suicidio altamente letales aunque fallidos, con intención y planeación del suicidio; y c) los intentos de baja letalidad, generalmente asociados a una situación psicosocial crítica¹⁴⁴.

La conducta suicida tuvo muy diverso tratamiento histórico según las épocas, yendo desde su validación como un acto de honor socialmente aceptado, hasta una gravísima falta que hacía el suicida tentado merecedor de sanciones incluso penales y a la familia del suicida consumado la destinataria de toda suerte de represalias religiosas y civiles¹⁴⁵.

Sin embargo, la tendencia histórica a la despenalización de la conducta suicida tentada o frustrada corresponde a elementos que han incidido directamente en la

dificultades para identificarlos con la voluntad expresada directamente por el paciente: “el lenguaje utilizado en la formulación de dichos documentos (debido a que, en su mayoría, el nivel del lenguaje es universitario, sofisticado y técnico, y contiene también conceptos ambiguos y un vocabulario poco accesible) y, segundo, el conflicto que puede existir entre una decisión tomada antes de presentarse el problema y aquélla concomitante a éste: “los problemas de actualización de la decisión, es decir, en qué medida el testamento vital es suficiente o requiere la actualización de su decisión a través de un subrogante”. Las citas corresponden a MARIA GRACIELA DE ORTÚZAR, “Testamentos vitales: problemas éticos, sociales y legales en Argentina”, Revista Hospital Italiano de Buenos Aires Vol. 27 N° 2 diciembre 2007, disponible en http://www.hiba.org.ar/archivos/noticias_attachs/47/documentos/10350_27-2.Bioetica.pdf, sitio consultado en febrero 2012.

¹⁴⁴ ANA G. GUTIÉRREZ GARCIA ET AL: “El suicidio, conceptos actuales” en *Salud Mental*, Vol. 29, No. 5, septiembre-octubre 2006, pp. 67-68.

¹⁴⁵ Respecto de esta evolución histórica del tratamiento del suicidio, vid. BARUCH A. BRODY (editor): *Suicide and Euthanasia. Historical and Contemporary Themes* (Springer, Serie Philosophy and Medicine Vol. 35, 1989).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

eliminación de las represalias penales o civiles contra los autores o incluso sus familias:

i. La primera es estimar que la conducta suicida de la personas competentes, si bien ha de buscarse disuadirla, se incluye dentro del espacio autónomo no penalizado, el cual refiere fundamentalmente a la valoración del acto propio y a la imposibilidad de la sociedad respecto de imperar sobre las faltas al autocuidado¹⁴⁶.

ii. En asociación con el criterio anterior, se ha considerado que opera respecto del suicidio el principio de prioridad de la libertad frente a la posibilidad de coerción estatal: “La primacía de la libertad implica en la práctica que una libertad básica sólo puede ser limitada o negada por mor de una o más libertades básicas y nunca (...) por razones de bien público o de valores perfeccionistas”¹⁴⁷, por lo cual el Estado estaría impedido de utilizar la fuerza pública para imponer su elección o para disuadir a los ciudadanos de las opciones contrarias¹⁴⁸.

iii. En tercer lugar y, en el marco de la política criminal, se considera que castigar a quien no ha conseguido quitarse la vida puede transformarse absurdamente en una pena que derive en el mensaje de no intentar matarse sin convicción sobre los resultados.

¹⁴⁶ Cfr. JAMES CHILDRESS: *Who Should Decide? Paternalism in Health Care* (New York/Oxford, Oxford University Press. 1982). Ello sin embargo, no impide que en esta conducta específica, autolesiva de la vida por las más diversas razones, los autores convengan en que, inicialmente, la sociedad puede operar sobre una presunción de incompetencia del sujeto, a fin de procurar evitar el acto suicida, ya que no se conoce a ciencia cierta si corresponde o no a una libre determinación de la voluntad: Vid. CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA: *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999) p. 99, siguiendo a ARMIN KAUFFMANN

¹⁴⁷ JOHN RAWLS: *El Liberalismo Político* (Barcelona, Ed. Crítica, 1996, traducción de Antoni Domènech) p. 332.

¹⁴⁸ MARIA DEL PILAR ZAMBRANO: *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político* (Buenos Aires, Universidad Austral-Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2005) p. 78.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

Tal referencia a la no punibilidad del intento suicida ha servido, en más de una ocasión, para la justificación de la conducta eutanásica como otra cara de la misma realidad, aun tratándose de una situación radicalmente diferente¹⁴⁹.

B. Suicidio asistido y suicidio médicamente asistido

El suicidio asistido consiste, en términos generales, en “darse muerte uno mismo, con la activa participación de otro en tal acto, el cual lo asiste y/o facilita la terminación de la vida”¹⁵⁰.

A diferencia de la impunidad del acto suicida, la asistencia o auxilio al suicida es penalizada en algunos países, como es el caso de Chile, en cuanto se hace reproche de quien, conociendo la intención de otro de matarse, sin embargo no hace nada por evitarlo, sino que, por el contrario, le brinda los medios que le faciliten hacerlo, de modo tal que se termina participando como colaborador en la decisión de muerte de otro. La reprochabilidad de tal conducta, de ese modo, no estribaría en la muerte del sujeto, la cual pende de sí mismo como acto propio, sino de la colaboración activa en proporcionar medios idóneos para que esa muerte se llegue a producir¹⁵¹.

¹⁴⁹ En el suicidio es el propio titular quien realiza la acción y no siempre corresponde a pacientes con enfermedades terminales, o que presenten una situación de sufrimiento a causa de situaciones médicas. Vid. J.K.M. GEVERS, “El suicidio médicamente asistido y la justicia holandesa”, en ARLEEN LUNA y FLORENCIA - SALLES *Bioética: investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada* (Buenos Aires, Ed. Sudamericana), 1998, p. 297 y ss.

¹⁵⁰ Este concepto pertenece a WESLEY J. SMITH, *Forced Exit. The slippery slope from assisted suicide to legalized murder* (New York, Random House, 1997) p. s/n “a word about terminology”, quien aclara que las razones del que asiste al suicidio de otros son las mismas, muchas veces, de quien ejecuta un acto eutanásico. En la ley de Oregón sobre muerte digna de 1997 (ORS 127.800-897, Estado de Oregón, creada en 1994 pero con entrada en vigencia en 1997) se contempla que una persona adulta y capaz, habitante de Oregón, “y que ha sido determinada por el médico tratante y el médico de consulta, que padece una enfermedad terminal, y tiene una voluntad expresa o el deseo de morir, puede hacer una solicitud por escrito para obtener medicación con el propósito de poner fin a su vida de una manera humana y digna en acuerdo con ORS 127.800 a 127.897.”

¹⁵¹ Sin embargo, en la legislación chilena se produce una suerte de paradoja, pues sólo se sanciona esta figura si el suicida logra su cometido.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

En el caso de la eutanasia solicitada, es decir, de aquélla que se ha venido a clasificar como *voluntaria*, ésta podría confundirse con el suicidio asistido, considerando que se trataría de la muerte que la misma víctima se infiere, utilizando al tercero como una especie de medio o herramienta para lograr su fin. No compartimos este criterio, ya que estimamos que si bien existen elementos comunes entre la eutanasia y ciertas formas de suicidio asistido, no son lo mismo.

En efecto, la misma persona que muere es la que tiene el control y el dominio de la conducta; el tercero participa facilitando o cooperando a que la muerte se produzca, pero no causándola; y, por último, las causas que mueven a éste a asistir al suicida pueden ser de naturaleza humanitaria –como en la eutanasia– porque el autor está gravemente enfermo o sufriendo, pero pueden existir otras muy diferentes, como un auxilio prestado a cambio de una retribución económica, o cumpliendo una orden de un superior o de una persona que tiene cierta ascendencia moral sobre éste, etc. En consecuencia, así como el suicida puede tener muy diversas causas para querer quitarse la vida, asimismo quien lo asiste puede tener otras tantas que lo llaman a hacerlo.

De esta forma, queda en evidencia que ambas situaciones pueden ser coincidentes en cuanto a sus motivaciones, pero no en cuanto al dominio del acto, así como tampoco en cuanto a la participación que cabe al tercero respecto del paciente, que en un caso va a ser víctima, aun con su consentimiento, y en el otro autor.

La situación del *suicidio médicamente asistido* demanda un tratamiento más fino. En efecto, aquí se trata de la situación de una persona que sufre una enfermedad irreversible, que decide autónoma y libremente para acabar con su vida, y que cuenta con la ayuda de alguien más que le proporciona los conocimientos y los

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

medios para hacerlo, esto es, el médico¹⁵². Este tipo de suicidio asistido es el que más se acerca a la eutanasia, pues comparte con ella la situación de dolor y enfermedad del paciente y la decisión humanitaria del médico, pero dista de ella en cuanto a que el dominio del acto en un caso pertenece al paciente y en el otro al médico, por lo cual en el suicidio médicamente asistido, el médico colabora, ayuda y facilita que el paciente se dé muerte, en la eutanasia realizada por un profesional de la salud, éste asume directamente la conducta matadora.

Pese al gran desarrollo que ha logrado el estudio actual sobre estas materias, ello no ha impedido que se produzca una cierta identificación de estas figuras en la esfera del consentimiento: en un caso el suicida decide su muerte y la ejecuta, contando con la ayuda del médico; en el otro, el paciente asimismo decide su muerte, pero el médico la ejecuta.

Al respecto, conviene puntualizar que si bien para una parte de la doctrina e incluso para ciertas propuestas legislativas la eutanasia de suyo cuenta con el consentimiento del paciente, ya sea dado directamente y en forma concomitante con el hecho, mediante una directriz previa o testamento vital o a través del consentimiento dado por él –en caso de inconsciencia o de incapacidad jurídica para prestarlo-, la verdad es que en muchas ocasiones éste no se requiere o incluso se le considera innecesario, porque, como se ha explicado, se presume lo que el paciente hubiese querido o porque el autor se convierte en intérprete de lo que serían sus deseos o incluso de lo que le resulta conveniente, más allá de su propio parecer. En consecuencia, si bien en muchos casos de eutanasia ésta es solicitada por la víctima, existen casos en que tal solicitud o consentimiento no se ha producido y en ellos, la eutanasia se distancia del suicidio médicamente asistido y se identifica con una conducta de disposición de la vida de otro por razones humanitarias, pero que hace énfasis en la piedad y no en la autonomía.

¹⁵² C. DE MIGUEL SÁNCHEZ Y A. LÓPEZ ROMERO: “Eutanasia y suicidio asistido: Conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia”, *Medicina Paliativa*, Vol. 13: N.º 4, 2006; pp. 207-215.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Cabe, adicionalmente, señalar que hay sectores de la doctrina que estiman que la legalización del suicidio médicamente asistido es una medida más coherente con la protección de la autonomía del paciente, pero también de sus otros derechos, que la legalización de la eutanasia¹⁵³.

C. Eutanasia y ensañamiento terapéutico, también llamado distanasia u obstinación terapéutica

Es muy probable que una de las causas que, actualmente, en mayor medida motivan la solicitud de muerte que hacen ciertos enfermos a sus familias o a quienes les son cercanos está constituida por la tendencia cada vez más marcada de la medicina de no aceptar su incapacidad para curar cierto tipo de enfermedades, lo que le sirve de justificación para someter a algunos pacientes a terapias inútiles, dolorosas y en extremo onerosas, al punto de aumentar en ellos la desesperación, el dolor y la sensación de indignidad¹⁵⁴.

A tal situación, que implica el tratamiento forzado e inútil, el dolor, la insistencia de la medicina en una situación insalvable, se le ha dado el nombre de *distanasia*,

¹⁵³ “En orden a garantizar con la mayor intensidad posible el libre consentimiento del enfermo, es claramente preferible elegir la solución del suicidio asistido que la de la eutanasia. La experiencia de Oregón demuestra que este sistema evita, en gran medida, los riesgos de la pendiente resbaladiza que sí se producen, en mayor (Holanda) o menor (Bélgica) medida, en los países donde se permite la eutanasia”: FERNANDO REY MARTÍNEZ, “El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España”, *Revista de Derecho Político* (Madrid, UNED, N. 71-72, enero-agosto 2008) p. 474. Este criterio se reitera por el autor en su obra *Eutanasia y derechos fundamentales* (Madrid, Tribunal Constitucional, 2008) proponiendo como modelo la Ley de Oregón con algunas correcciones.

¹⁵⁴ “Muchas veces los demás irrumpen en la filmación de los planos de la película de nuestra propia biografía personal y la alargan contra nuestra voluntad con escenas inacabables de miseria, agonía y dolor que no estaban en el guión. Pisotean nuestra libertad de autor y convierten lo que podría haber sido una obra de arte cabal en un bodrio lamentable”: JESÚS MOSTERÍN, “El Último capítulo”, transcrito por ANTONIO RUIZ DE LA CUESTA, “Reflexiones sobre el derecho a vivir y a morir dignamente: su prescriptividad ética y jurídica”, en FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, *Problemas de la eutanasia* (citado) p. 140.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

también llamada *ensañamiento terapéutico*, *encarnizamiento terapéutico* u *obstinación terapéutica*, la cual se caracteriza por el sistemático empleo de medios extraordinarios y desproporcionados, para mantener la vida del paciente a toda costa, sin detenerse a considerar los costos psicológicos, físicos, económicos y morales que ello representa para éste y para su familia¹⁵⁵.

La gravedad que tiene la existencia de estas conductas no sólo es que ignoran totalmente la dignidad y la libertad del paciente y son una demostración de la mala praxis médica y del olvido de quienes las realizan del fundamental principio bioético de la *no maleficencia*¹⁵⁶ sino que representan seguidamente la excusa o justificación que esgrimen quienes detentan un pensamiento eutanásico, sobre la base de considerar que la relación médico-paciente en los casos de enfermos terminales o crónicos transcurre necesariamente en la tensión distanasia-eutanasia. Esto implica, entonces, que artificialmente la persona parece tener sólo dos posibilidades cuando se acerca al final de su vida víctima de una enfermedad dolorosa: someterse a toda clase de tratamientos inútiles o gravosos, o solicitar que se le dé muerte cuanto antes para impedirlo.

¹⁵⁵ “Los médicos disponen de tecnología que puede mantener con vida, a veces por semanas e incluso años, a personas que están cerca de la muerte o lisiadas de manera horrible, entubadas, desfiguradas por operaciones experimentales, que sufren o están sedadas casi hasta la inconsciencia, conectadas a docenas de máquinas que suplen gran parte de sus funciones vitales, exploradas por docenas de médicos a las que ellas no podrían reconocer y para quienes más que pacientes, son casi campos de batallas”: RONALD DWORKIN, *El dominio de la vida* (Barcelona, Ariel, 1994) p. 234.

¹⁵⁶ “Más que no hacer daño, el precepto *Primum Non Nocere* considera una auténtica ponderación del cociente *beneficio/daño*, es decir, la decisión que en algunos casos vale la pena correr el riesgo de producir un daño puesto que se obtendrá un beneficio considerable y, en todo caso, siempre intentando minimizar tanto el riesgo como la magnitud del daño mismo. Por supuesto que se abarca la obligación de no producir daño evitable como el dolor postoperatorio o el del paciente terminal, no generar angustia innecesaria, no crear en el paciente dependencias superfluas, no incrementar las culpas relacionadas con la enfermedad y prevenir los gastos evitables. El retorno a la idea de jerarquizar al paciente por encima de cualesquier otros intereses vuelve a hacer énfasis en evitarles daños o sufrimientos; en distintas épocas han competido con el paciente. como interés primario incuestionable de los médicos -, los valores académicos, la preservación del buen nombre del facultativo o de la institución, la necesidad de conservar el empleo, el cumplimiento del protocolo de investigación, ya no se diga los valores económicos o promocionales”: ALBERTO LIFSHITZ, “El significado actual del “*primun non nocere*” en http://www.facmed.unam.mx/eventos/seam2k1/junio_2k2.pdf, sito consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

La realidad es que las sociedades modernas tienen también otras respuestas diversas a la eutanasia frente a la distanasia, y ello principalmente porque el legítimo derecho del paciente a rehusar tratamientos médicos extraordinarios o, más particularmente, desproporcionados, no es ni remotamente una conducta eutanásica, sino que es uno de los aspectos propios de la llamada ortotanasia, que revisaremos enseguida.

D. Eutanasia y ortotanasia

La idea de *ortotanasia*¹⁵⁷ tiene una connotación mucho más positiva que la de eutanasia respecto al tratamiento de la muerte. En efecto, corresponde a “la actuación correcta ante la muerte por parte de quienes atienden al que sufre una enfermedad incurable en fase terminal”¹⁵⁸, y tal actuación *correcta* puede reseñarse de la manera que sigue: se trata de una muerte “en su tiempo”, justa, sin acortamientos de la vida ni adelantamiento de la muerte. Asimismo, tampoco se produce en el proceso final la prolongación de la vida ni el retraso de la muerte¹⁵⁹.

De esta forma, podemos considerar a la ortotanasia como una manifestación del respeto por la normalidad del proceso vital y por el paso vida–muerte, procurando asistir al enfermo, sin prolongar innecesariamente sus sufrimientos y absteniéndose también de acelerar el término de su vida, lo que aleja a la ortotanasia tanto del ensañamiento terapéutico como de la eutanasia¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Proviene de las palabras griegas *orthos*, recto, y *thánatos*, muerte.

¹⁵⁸ CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA: Ob. Cit, p. 15.

¹⁵⁹ Estas características corresponden al concepto vertido por ENRIQUE SÁNCHEZ JIMÉNEZ: Ob. Cit, p. 45.

¹⁶⁰ Se formula una interesante pregunta, en esta perspectiva, acerca de los fines de la medicina: ¿Significa esto, como algunos podrían alegar, que la eutanasia y el suicidio asistido por un médico deberían convenirse ahora en una parte aceptada de la medicina? ¿Debería la medicina considerar dentro de su ámbito las preocupaciones de la vida cotidiana, los problemas existenciales, psicológicos y espirituales que la gente enfrenta en su afán de darle sentido a su vida, y tratar de solventarlos con medicamentos y otros remedios médicos?...La respuesta es la siguiente: “El alivio del dolor y del sufrimiento se encuentra entre los deberes más antiguos del médico y entre los fines

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

Con el elemento que sí guarda profunda relación este concepto es con la limitación de tratamientos extraordinarios o desproporcionados, que tratamos para distinguir claramente tal opción de la eutanasia pasiva: “Ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, resulta adecuado tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que provocarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir, sin embargo, las curas normales debidas al enfermo en casos similares. Debido a esto, el médico no debe tener motivo de angustia como si no hubiera prestado asistencia a una persona en peligro¹⁶¹. Todo lo anterior se encuentra justificado por el deseo del enfermo moribundo de evitar la puesta en práctica de un dispositivo médico desproporcionado a los resultados que se podrían esperar, en orden a la evitación de sufrimientos, o simplemente por una voluntad de no imponer gastos excesivamente gravosos a la familia o a la colectividad. Este rechazo para algunos podría equivaler bien al suicidio o a la eutanasia por motivos socio económicos, pero esto no es así, ya que en ningún momento se pretende la provocación de la muerte, sino más bien, la aceptación de que la muerte resulta inevitable”¹⁶² y el cumplimiento de un deber ético y jurídico por parte del médico, evitando

más tradicionales de la medicina. Por diversas razones, sin embargo, la medicina que se practica hoy día en todo el mundo no suele cumplir correctamente con ese fin. En estudios realizados desde hace muchos años se ha demostrado que la forma en que los médicos comprenden y practican el alivio del dolor varía enormemente. A menudo se siguen ofreciendo cuidados paliativos insuficientes o inadecuados. Un hecho que se ve exacerbado por leyes o costumbres relacionadas con los narcóticos que intimidan a los médicos a la hora de aprovechar todas las ventajas de las técnicas paliativas modernas. En muchas partes del mundo ni siquiera se tiene acceso a los narcóticos necesarios, situación que, irónicamente, puede darse en países que consiguen recaudar fondos para tratamientos de tecnología muy cara, como es el caso de la quimioterapia contra el cáncer... No obstante, habrá ocasiones en que incluso la atención más humanitaria y los cuidados paliativos más avanzados alcanzarán un límite. En este punto, la medicina habrá de reconocer sus propias limitaciones; no todo en la vida puede quedar bajo el control de una medicina tan constreñida en sus posibilidades como aquellos seres humanos a los que sirve”: HASTINGS CENTER, “Los fines de la Medicina”, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, LOS FINES DE LA MEDICINA-N.º 11 (2004), disponible en <http://www.bioeticaweb.com/images/stories/documentos/los%20fines%20de%20la%20medicina.pdf>, sitio consultado en febrero de 2012.

¹⁶¹ F. DE REMIRO VELÁZQUEZ: *La eutanasia y la humanización de la vida*, citado, p. 49.

¹⁶² *Idem*, p. 50.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

exacerbar un tratamiento más allá de sus verdaderas posibilidades de éxito y de la tolerancia del enfermo a lo gravoso que en muchos sentidos puede ser.

De esta forma, podríamos decir que la ortotanasia corresponde al sector de decisiones validadas por el derecho en lo que refiere al tratamiento de una enfermedad terminal, que se opone claramente al ensañamiento terapéutico o distanasia por la voluntad de evitar el sufrimiento inútil, pero también se distingue de la eutanasia, precisamente por aquello que se enfatiza en el párrafo anterior: no busca ni acelera la muerte del sujeto, sino que admite que ésta puede resultar inevitable y se procura que el tránsito hacia ella sea digno, sin dolores o sufrimientos y con la debida contención moral y espiritual del paciente.

D.1. Identificación de la ortotanasia con los cuidados paliativos

El concepto de ortotanasia no se mantiene vigente en el puro ámbito teórico, sino que también ha ido ganando en materialización, gracias al surgimiento durante el siglo XX de los *cuidados paliativos*, los cuales representan técnicas destinadas a “paliar el dolor, cuando ya no hay posibilidades reales de salvar la vida”¹⁶³, y que tienen como idea inspiradora la de ofrecer al enfermo que sufre este tipo de padecimientos una posibilidad transversal, vinculada profundamente con la dignidad humana: “(los) cuidados paliativos se han iniciado desde el supuesto que cada paciente tiene su propia historia, relaciones y cultura y de que merece respeto, como un ser único y original. Esto incluye proporcionar el mejor cuidado médico posible y poner a su disposición las conquistas de las últimas décadas, de forma que todos tengan la mejor posibilidad de vivir bien su tiempo”¹⁶⁴.

¹⁶³ EDUARDO FRANCISCO FREYRE ROACH: *El problema de ayudar a morir* (La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1994) p. 38.

¹⁶⁴ CECILY SAUNDERS: “Preface” en DAVIES E. HIGGINSON IJ, (ed.) *The solid facts: palliative care* (Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2004).

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

De allí, entonces, que la ortotanasia y su obrar “correcto” frente al momento de agonía y sufrimiento se identifica precisamente con la oferta de tales cuidados, la que representará una forma más humana y caritativa de enfrentar la enfermedad *con* el enfermo: “El tratamiento paliativo tiene por objeto facilitar al paciente y a su familia la mejor calidad de vida posible... haciendo hincapié en el hecho de que la enfermedad no debe ser considerada como una aberración fisiológica aislada, sino una relación con el sufrimiento que conlleva y el impacto que causa en la familia del enfermo... La atención paliativa del enfermo exige una metodología de equipo, con el objetivo de reafirmar la importancia de la vida, considerando la muerte como un proceso normal, establecer un proceso que no acelere la llegada de la muerte ni tampoco la posponga, proporcionar alivio del dolor y de otros síntomas angustiosos, integrar los aspectos psicológicos y espirituales del tratamiento del paciente, ofrecer un sistema de apoyo para ayudar a los pacientes a llevar una vida lo más activa posible hasta que sobrevenga la muerte y ofrecer un sistema de apoyo a la familia para afrontar la enfermedad del paciente y sobrellevar el período de duelo”¹⁶⁵.

Encontramos, de esta forma, claras vinculaciones entre la materialización que ofrecen los cuidados paliativos y la pretensión ortotanásica de aceptar el proceso de muerte de la manera más natural posible. Sin embargo, también existe relación de los primeros con la eutanasia activa indirecta, respecto de la cual ya antes expresábamos que no trataba propiamente de eutanasia, ya que buscaba precisamente aliviar el dolor y el sufrimiento aunque tal conducta acortara la vida, ya que no se busca ese efecto sino el paliativo: aliviar el dolor.

En efecto, parte de los cuidados paliativos es precisamente el *principio de proporcionalidad terapéutica* al que antes nos referimos y que se traduce, en el tema que nos ocupa, en que “si el dolor es severo y su alivio puede acortar la vida

¹⁶⁵ OMS: *Alivio del dolor y tratamiento paliativo del cáncer: Informe de un Comité de Expertos* (Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1990) p. 12.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

del paciente, se aumentarán las dosis de analgésicos hasta reducirlo adecuadamente a pesar de que pueda aparecer una depresión respiratoria como una reacción indeseable... Esto, conocido como el principio del doble efecto, puede ayudar a decidir si se pueden aceptar algunos efectos lesivos en una acción médica determinada. Se preferirá esa posibilidad cuando no haya otra alternativa, reconociendo que la causa de la muerte es la enfermedad o la lesión y no el tratamiento apropiado que se ha administrado en esas circunstancias”¹⁶⁶, ya que el riesgo que se corre con la aplicación de tales medidas es perfectamente a las necesidades del enfermo, aun cuando tenga como segundo efecto el aceleramiento de su proceso de muerte.

D.2. Eutanasia, ortotanasia y distanasia: una relación triangulada

A. La distanasia representa un severo atentado contra el paciente, sus derechos y su dignidad, que puede inducir al paciente que no cuenta con medios alternativos a la muerte a formular una solicitud de eutanasia. Ello demanda diferenciar las situaciones en que el paciente hace uso de su decisión autónoma de aquellas decisiones tomadas a causa de *mala praxis* médica cometida en su contra.

B. La eutanasia representa la solución de muerte al problema del dolor y del sufrimiento humano, y propugna que frente a los padecimientos crónicos, las situaciones terminales o las situaciones irreversibles, conviene dar muerte al paciente, a solicitud de éste o aún sin ella, obrando por razones humanitarias.

C. La ortotanasia representa una respuesta diferente, que frena desde el punto de vista ético a la distanasia y que proporciona al enfermo y al médico otras posibilidades frente a sus dolencias: En el caso del primero, rehusar válidamente

¹⁶⁶ WILSON ASTUDILLO ALARCÓN ET AL: *Cuidados del enfermo en fase terminal y atención a su familia* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A, 1997, 3ª. Edición) p. 408.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

tratamientos médicos, aun adecuados a su enfermedad y que le hayan sido indicados, cuando los estime desproporcionados de acuerdo a su plan de vida y recibir cuidados paliativos, dentro de los cuales se comprende la evitación del dolor aun a riesgo de acortar su vida; en el segundo, hacer uso de la limitación terapéutica respecto de aquellas terapias inútiles o que representen una desproporción para el enfermo, brindándole todas las medidas de paliación al dolor y al sufrimiento que se encuentren disponibles, aun a riesgo de acortar su vida. Si bien las decisiones asociadas con la ortotanasia son de múltiples calidades jurídicas, subyace respecto de ellas la consideración del mejor interés del paciente, con respeto a su dignidad y a su vida. De este modo, la ortotanasia comprende como contenidos inextricables, de cara a un ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos del paciente, el reconocimiento a su facultad de rechazar tratamientos médicos, a recibir cuidados paliativos y a confiar en la oportuna y razonada limitación del esfuerzo terapéutico por parte del médico.

E. Recapitulación

El concepto de eutanasia y la aplicación misma de la eutanasia tienen tanta antigüedad como la historia del hombre y se han asociado, a través de distintas épocas, con tres ejes distintos, a veces mezclados entre sí: la posibilidad de disponer de la vida de quien sufre o se encuentra en una situación de grave desmedro, en razón de la piedad y de razones humanitarias; el dominio del ser humano sobre sí mismo, ejerciendo a plenitud la decisión propia y la autonomía que abarcan también a la mantención de la vida, en circunstancias de afectación de su dignidad y calidad y, finalmente, la existencia de un eventual derecho del colectivo sobre el sujeto incapacitado o gravemente enfermo, para decidir su muerte por razones eugenésicas, sociales, económicas o de otro orden.

En el siglo XXI los dos primeros ejes son los que representan los elementos sustantivos de la eutanasia, descartados los derechos del colectivo respecto a la

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

eventual eliminación de sujetos “no deseados” o “indeseados”¹⁶⁷. Sin embargo, tales ejes en muchas ocasiones son o han sido objeto de interpretaciones diversas, considerando que la clave de la eutanasia es en realidad la autonomía del sujeto y, por consiguiente, su consentimiento. Si bien éste es el fundamento de las figuras que se han creado legislativamente para despenalizar la eutanasia, consideramos que no es aconsejable reducir el concepto de eutanasia a aquellas figuras creadas explícitamente para despenalizarla y, por tal causa, consideramos que en la actualidad la eutanasia se mueve sobre ambos ejes e incluso, como lo han demostrado ciertos fallos de los tribunales y normas sobre homicidio pietístico o piadoso, lo relevante en ella es que la conducta matadora se corresponde con la intención de obrar a favor del sujeto que sufre por razones humanitarias y no hacerlo contra su voluntad, para que exista eutanasia¹⁶⁸.

Así, mal podríamos considerar que casos como el de Tony Bland, Terry Schiavo o Eluana Englaro¹⁶⁹ no son casos de eutanasia, pues en ellos no hubo voluntad alguna manifestada por los titulares y los representantes actuaron sobre poderes

¹⁶⁷ Sobre el tema de la exclusión de los “indeseados”. Vid. J-M SILVA “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *Status Personae*.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf> ISSN 1695-0194

¹⁶⁸ El fallo de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia TC-239/97) es elocuente en relación con la relevancia de la piedad: “La piedad es un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas, similar al estado de dolor que consagra el artículo 60 del Código Penal como causal genérica de atenuación punitiva; pero que, a diferencia de éste, mueve a obrar en favor de otro y no en consideración a sí mismo.

“Quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado. Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta, pues la conducta, no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta; pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal del acto, tal como lo consagró el constituyente en el artículo 29, según se expuso antes.

Ahora bien: la medida de esa pena que, se insiste, como tal, comporta reproche por la materialización de un comportamiento que desconoce el bien jurídico protegido de la vida, pero que, de otra parte, considera relevante la motivación del acto, sólo puede ser determinada en abstracto por el legislador, sin que le sea dable al juez constitucional desconocer los criterios de utilidad que lleva implícita esa elección”.

¹⁶⁹ Estos fallos se tratan en el tercer capítulo de la obra de un modo pormenorizado.

EL CONCEPTO DE EUTANASIA

generales de representación que no permitían, a nuestro juicio, hacer equivaler su voluntad a la del sujeto destinatario de la medida. Estos casos se resolvieron con soluciones que los tribunales entendieron humanitarias, a favor de la desconexión de sondas nasogástricas, fundándose en la dignidad de la persona, en lo que puede presumirse hubiera querido y el valor reducido de la vida yacente, pero no en la autonomía ni en el consentimiento.

Sobre esas bases, se ha efectuado un estudio de los distintos elementos que son componentes de la eutanasia, las formas que ésta reviste y la necesaria distinción que debe efectuarse de la decisión eutanásica, frente a decisiones que no tienen intención matadora como es el caso de la limitación del esfuerzo terapéutico, la aplicación de medidas paliativas y el desarrollo del derecho del paciente al rechazo de tratamientos médicos. En esa perspectiva, ese concepto de eutanasia será el que se utilizará en el capítulo siguiente, con el fin de abordar su tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno, habida consideración de que en Chile no existe una figura específica para tratar el tema, por lo cual hay que analizarlo a la luz de las figuras de homicidio. La razón de efectuar tal tratamiento penal se corresponde con la realidad de que, en materia legislativa chilena, los principios y desarrollos del Derecho Penal son los que más pueden ayudarnos a situar la eutanasia, en forma previa a su tratamiento constitucional.

CAPÍTULO II

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO. BASES PARA LA CALIFICACIÓN DE LA EUTANASIA COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

I. La eutanasia en el Derecho penal chileno. La eutanasia como delito

El análisis que se efectuará no pretende centrar la investigación en la globalidad de delitos que en Chile han sido creados respecto del atentar contra la vida, estudio que ya ha sido realizado y en términos muy minuciosos por varios tratadistas¹⁷⁰.

Dada la línea de estudio que hemos decidido seguir, buscaremos examinar a la vida como bien jurídicamente protegido, en la medida que ello nos ilumina acerca de la posibilidad de disponer de ella o de la prohibición de hacerlo, que se manifiesta propiamente en la creación de tipos punibles, así como abordaremos dichos tipos en la medida que seamos capaces, directa o indirectamente, de vincularlos con la figura de la eutanasia, que, como ya se ha dicho, no cuenta con un tipo penal propio en el Derecho Penal Chileno y que constituye precisamente el paradigma de la materialización de la disposición de la vida *por razones humanitarias*.

¹⁷⁰ Sólo a modo ejemplar, consultar: MARIO GARRIDO MONTT: *Derecho Penal. Parte Especial* Tomo III, Delitos contra las personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010); HERNAN SILVA SILVA: *Manual de derecho penal: delitos especiales* (Santiago, Thomson Reuters Puntotex, 2010); HERNAN MENANTEAU: *De los sujetos de los delitos en contra de la vida* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2004); HERNÁN CORRAL TALCIANI, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”. *Ius et Praxis*, 2005, vol.11, no.1, p. 37-53.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

De esta forma, se tratarán figuras tales como el homicidio, el parricidio o el infanticidio, no con el objetivo de agotar el análisis de éstas en sí mismas, sino en la medida que aspectos pertenecientes a ellas entran en relación con nuestro concepto de conducta eutanásica y que podría posibilitar juzgar al autor de la eutanasia mediante la aplicación de alguna de ellas. Por esta misma causa, otros atentados contra la vida que tienen idéntica importancia, como el aborto, no se abordarán aquí por no ser susceptibles de subsumir en su tipificación a la eutanasia de la forma en que la hemos previamente conceptualizado, lo que no impedirá referirnos a ellos cuando a propósito de alguna interpretación que haya suscitado su aplicación jurisprudencial o su tratamiento doctrinal puedan ilustrarnos convenientemente en puntos que sí estimemos necesarios de dilucidar.

1. La vida como bien jurídico penalmente protegido

En la legislación penal chilena, la base de las conductas atentatorias contra este bien se encuentra en el Código Penal, el cual contempla la mayoría de los crímenes y simples delitos referidos al tema.

Este cuerpo legal, que fue dictado el 12 de Noviembre de 1874 y ha sido objeto de numerosas reformas hasta la fecha, configura, a rasgos generales, el siguiente panorama respecto de atentados contra la vida. En el Título VII del Libro II, relativo a los delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, se encuentran las figuras de Aborto (artículos 342, 343, 344 y 345) y el de Abandono de niños y personas desvalidas (de la cual interesa especialmente lo prescrito en los artículos 348, 351 y 352, que sancionan tal abandono cuando éste tenga resultado de muerte, entre otros); en el Título VIII del Libro II, relativo a los Crímenes y Simple Delitos contra las personas, se encuentran por su parte las figuras de Parricidio (artículo 390), Homicidio (artículos 391 y 392), Auxilio al suicida (artículo 393) e Infanticidio (artículo 394), y, finalmente, en el Título I del

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Libro Tercero, relativo a las faltas, se contempla en el artículo 494 n° 14 la figura de Omisión de socorro.

Respecto de dicha construcción de delitos conviene hacer algunos comentarios generales. En efecto, los delitos contra la vida se encuentran desperdigados en títulos distintos del Código, pues éste originalmente no aludió a dicho bien jurídico para establecer sus categorías. De allí que se dé la situación, hasta cierto punto absurda, de que el aborto y el homicidio aparezcan en títulos distintos, y más aún, considerados como si fueran atentados jurídicos de naturaleza diferente, pues el primero se transformaría en una forma de vulneración del *orden de las familias*, mientras que el segundo en un *delito contra las personas*. Tal situación, en apariencia formal, ha significado sin embargo una serie de graves dificultades sustantivas en lo que se refiere a estas figuras, no sólo porque se sanciona con penas muy distintas atentados contra la vida que debieran ser considerados de la misma forma, sino además porque en ello sin duda aparece como un elemento determinante el concepto de *persona* que tuvo el legislador penal.

A. Definición de persona en el Derecho chileno. Una referencia a quiénes son susceptibles de ser víctimas de delitos

Si analizamos la definición de persona con la cual opera el modelo de la Constitución de 1980, en una postura doctrinal compartida por el sentenciador constitucional, basada en la dignidad y en la salvaguarda del individuo de la especie humana como sujeto de derechos y merecedor de protección desde el momento en que es concebido¹⁷¹, ella se presentará sin duda diversa a las miradas que existen sobre la persona en la perspectiva legal.

¹⁷¹ Por ahora, podemos adelantar las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en su fallo sobre la píldora del día después: “la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción” (considerando 49), lo cual se fundamenta en el hecho que al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Ello ha sido fundamentalmente causado por la extensión de los conceptos del Derecho Civil, que tienen una clara connotación patrimonial, a otras disciplinas del Derecho Chileno, entre las que precisamente se encuentra el Derecho Penal. De esta manera, el concepto proporcionado por el artículo 74 del Código Civil en cuanto a que “la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre” siempre que la criatura sobreviva a la separación “un momento siquiera”, ha llevado a que por mucho tiempo no se considerara persona al niño no nacido o incluso nacido pero no separado de su madre todavía y que se estimara que la protección de su vida era una cuestión de interés social pero no de vulneración del derecho a la vida de una persona¹⁷².

desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre –como ha sido afirmado en estos autos–, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. *La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona*”, postura compatible con lo expresado en las actas del proceso de reforma constitucional contenido en la Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Vid. Fallo Tribunal Constitucional de fecha 18 de Abril de 2007, disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=914. Comentarios a dicho fallo pueden revisarse en FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO: “Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto-., *Rev. derecho (Valdivia)*, Dic 2007, vol.20, no.2, pp.95-130; RAÚL VILLARROEL SOTO “Derechos individuales y deberes de Estado: consideraciones bioéticas en torno al debate sobre la anticoncepción de emergencia en Chile”. *Acta bioeth.*, Nov 2007, vol.13, no.2, p.190-198 y de la autora, “La píldora del día después”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 3 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008) pp. 543-577.

¹⁷² “Podría estimarse que el derecho a la vida está vinculado a la persona humana desde que inicia su evolución como germen en el seno de su madre, mas como ante la Ley no hay persona mientras no se realice el nacimiento, no siendo sino desde entonces sujeto de derechos, algunos han dicho que no es el germen o embrión el que tiene derecho a su vida; sería la sociedad la que tendría derecho (nosotros diríamos deber u obligación) a exigir que la nueva criatura cumpla su destino”: EDMUNDO MANRIQUEZ BUSTOS, *Protección penal de la vida humana en su primera etapa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963) p. 11. Tal tesis, que hoy nos puede parecer constitucionalmente aberrante, sin embargo fue sostenida históricamente por la jurisprudencia, como en el caso de ROGELIA MALDONADO (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1935), en el cual la procesada fue absuelta por dar muerte a su hijo durante el nacimiento y antes que estuviera separado de ella, y la sentenciadora consideró que no se trataba de aborto, pues no se había provocado la expulsión del feto antes del término natural de la preñez, ni se trataba de infanticidio, pues el niño no se había separado aun de su madre, “punto inicial de la existencia de las personas, como lo expresa el artículo 74 del Código Civil” (Gaceta de los Tribunales 1935 – 2, 123 – 414).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Resulta sin duda interesante comparar estos planteamientos con otros de naturaleza diferente, pero que materialmente redundan en lo mismo, que se hacen en muchos países en la actualidad, en orden a que el concepto de persona humana alude a individuos relacionales y, en consecuencia, el niño en gestación o el individuo adulto que se encuentra irreversiblemente inconsciente no tendría tal calidad, tema que abordaremos constitucionalmente con detenimiento. Tal cosa deriva de la insistencia de garantizar derechos y libertades *a las personas*¹⁷³, lo cual se apareja comúnmente con la pretensión de restringir el ámbito de cobertura respecto de los que gozan de tal calidad, con lo cual y de manera automática, dejan de ser resguardados en los correlativos derechos que ese estatus implica.

Por otra parte, la redacción misma de la Carta Fundamental que, evocando el artículo 75 del Código Civil, establece en su artículo 19 N° 1° que “la ley protege la vida del que está por nacer”, ha importado un argumento a favor de la idea que el *nasciturus* está protegido por el ordenamiento jurídico, pero no en los mismos términos o dimensiones que el nacido¹⁷⁴.

De allí, entonces, que la falta de unidad terminológica respecto de los crímenes o simples delitos que atentan contra la vida ha significado que el tratamiento de ésta como bien jurídico protegido se halle subordinado ya sea a intereses sociales o a la calidad de persona, definida, como se ha dicho, malamente a partir de normas civiles, y habiendo tenido que esperarse mucho tiempo a mejores avances contenidos en la Carta Fundamental para producir una cierta unificación en el

¹⁷³ Ejemplo de ello ha sido la reforma efectuada a la Constitución de 1980, el año 1999, que reemplazó en su artículo 1° la frase “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” por “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, con lo cual y desconociendo cincuenta años de historia de declaraciones de derechos, como asimismo el sentido constitucional que se había dado siempre a la palabra “hombres”, se estimó haber hecho un gran progreso en aras de evitar el lenguaje discriminatorio.

¹⁷⁴ El autor que con más fuerza ha defendido dicha postura en Chile, también en relación con el fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después, es ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, vid. su artículo “Después de la píldora” en *Anuario de Derechos Humanos* 2006 de la Universidad de Chile, disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/anuario2/nac9.pdf>, sitio consultado en diciembre de 2010.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

tema, aun sin recoger, desgraciadamente, por la totalidad de la normativa punitiva del Estado.

B. El fundamento de los delitos contra la vida

Pese a estas dificultades, la doctrina penal chilena invariablemente ha considerado la existencia del bien jurídico *vida* como el verdadero fundante de la creación de estas figuras típicas, por más que las desafortunadas distinciones entre personas y criaturas de la especie humana aun no personas los haya entrampado¹⁷⁵. Al respecto, se ha justificado la defensa de la vida traducida en la punibilidad de los atentados contra ella en un doble interés: “la inviolabilidad de la vida, bien supremo de cada individuo, y el interés demográfico del Estado en la conservación de la vida del hombre”¹⁷⁶. De esta forma, la vida humana no sólo interesa al Derecho, en esta perspectiva, en aras de la defensa del individuo en concreto, sino también como una manifestación del deber del Estado hacia la población toda, reconociendo que ésta es el más importante elemento entre aquéllos que lo componen.

Dentro de la perspectiva de protección jurídica de la vida, el Derecho Penal aborda aquel aspecto negativo de la garantía, es decir, el preservar la existencia humana de aquellas conductas que intencionadamente pretendan ponerle fin. De allí, entonces, que éstas se transformen en punibles, sea en su forma consumada, frustrada o tentada: “... el derecho penal, dentro de la acuñación que hace de lo ilícito, aparece protegiendo de manera preferente y a través de tipos específicos algunos bienes o intereses determinados, en este caso, la vida en cuanto ella se

¹⁷⁵ “Nos hemos abstenido conscientemente... de emplear el término “persona”, porque los delitos contra la vida no quedan reducidos a ella únicamente; extienden su objetividad a un estadio anterior a la personalidad, cuando amparan el producto de la concepción”: MARIO GARRIDO MONTT, *El Homicidio y sus figuras penales* (Santiago, Ediar – Conosur Ltda, 1976) p. 10.

¹⁷⁶ GUSTAVO LABATUT: *II Derecho Penal (Parte Especial)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969) p. 283.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

refiere al cuerpo humano, a lo orgánico, comprendiendo en esta noción la síquica también, pero en lo inherente al funcionamiento de lo que erradamente –pero con fines didácticos– podría llamarse la máquina humana...”¹⁷⁷. De allí, entonces, que no interese a la ley penal la intensidad de la vida, su mayor o menor fuerza, por precaria que sea: se resguarda “tanto la vida del no viable como del moribundo”¹⁷⁸.

Precisamente a propósito de la falta de distinción acerca de las circunstancias personales del sujeto para establecer el principio de protección de la vida humana, algunos autores se preguntan acerca de su ámbito de cobertura, es decir, desde cuándo y hasta cuándo la vida del ser humano es un bien protegido por el Derecho Penal.

En primer término, en lo relativo al “desde cuándo” ha de protegerse la vida humana, y a propósito de las dificultades ya revisadas a propósito del concepto de persona, la mayoría de los autores coinciden en que ésta es objeto de protección jurídica en lo penal desde el momento de la concepción. En algunos casos, como ya se explicaba, en aras del interés social, y en otros, por considerar que se es persona desde ese instante –lo que va aparejado con una visión más moderna, inspirada en principios constitucionales y no en la aplicación de las tesis civilistas a la especie. Detallemos, pues, estas posturas.

Para quienes la protección del individuo concebido pero no nacido depende de intereses sociales y no de la calidad de persona, un argumento de peso es el hecho que el delito de aborto se encuentre contenido en el título relativo a los atentados contra el orden de las familias y no en el que sanciona los crímenes y delitos contra las personas. Además de eso y de la aplicación del ya citado artículo 74 del Código Civil, concluyen que “la justificación del distingo parece obedecer a una

¹⁷⁷ MARIO GARRIDO MONTT: *El Homicidio y sus figuras penales* (citado) p. 10.

¹⁷⁸ RICARDO NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, T. III, (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1962) p. 24.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

consideración empírico-cultural que cree conveniente poner mayor énfasis en la protección de la vida real del miembro de la sociedad humana, colocado como tal “en el mundo”, que a una vida sólo potencial”¹⁷⁹.

Por su parte, para quienes estiman que el momento de la concepción no sólo marca el comienzo de la vida sino el inicio de la existencia de la criatura como persona humana, la norma civil no contendría una regla dada “para todos los efectos legales” sino sólo para aquéllos que conciernen a la adquisición y goce de derechos civiles¹⁸⁰, de lo que se puede claramente colegir que las diferencias entre unas figuras penales y otras radica en la autonomía vital que ha logrado la víctima, pero no en cuanto a si goza de la calidad de persona, ya que “un punto de vista de crítica legislativa y política criminal, podría afirmarse que no hay razones que justifiquen un diverso tratamiento penal y que la vida humana dependiente no es menos valiosa que la autónoma”¹⁸¹.

En segundo término, en lo que respecta al “hasta cuándo” debe protegerse la vida humana –tema que interesa profundamente a nuestro estudio– los autores son coincidentes en cuanto a que ésta debe gozar de tutela jurídica hasta su fin, ante lo cual cobra gran importancia jurídica la determinación del momento real de la muerte, lo que por ejemplo se ha discutido a propósito de la legislación sobre donación de órganos y trasplantes¹⁸².

¹⁷⁹ SERGIO POLITOFF ET AL: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, 2ª. Edición) p. 49.

¹⁸⁰ Como lo sostiene ALFREDO ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo III (Santiago, 1964) pp. 30 y ss.

¹⁸¹ SERGIO POLITOFF ET AL: Ob. Cit, p. 48.

¹⁸² Establece el Artículo 11 de la Ley N° 19.451 de 1996 y sus modificaciones, sobre trasplante y donación de órganos: “Para los efectos previstos en esta ley, la muerte se acreditará mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía./ Los médicos que otorguen la certificación no podrán formar parte del equipo que vaya a efectuar el trasplante./La certificación se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados. El reglamento deberá

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Tal principio tiene importantes consecuencias respecto de la tipificación de los delitos contra la vida, pues la viabilidad, ya sea del niño recién nacido, o la proximidad a la muerte de las personas en circunstancias diversas a ésta, no obsta a que la vida siga siendo un bien jurídico tutelado¹⁸³, ya que en el Código Penal no se hace en principio distinción acerca de la calidad de vida, así como tampoco respecto de otros elementos tales como la salud, las características morfológicas, el sexo y las condiciones personales de la víctima.

Asimismo, en lo que respecta a la muerte del sujeto, una vez más la norma a la que habitualmente se acude es la del artículo 78 del Código Civil, que establece como término de la vida de la persona “a la muerte natural”. Sin embargo, a este tipo de muerte deben hoy asociarse otros conceptos, que abordaremos detalladamente más adelante, y que se refieren a la muerte biológica y a la muerte clínica, sobre los cuales la doctrina –como principio general– propone “que, en todo caso, la información que reciba la ciencia penal de la medicina sobre el fallecimiento y su diagnóstico, debe ser evaluada en el sentido de aceptar la ocurrencia de la muerte, cuando los signos invocados atestigüen fehacientemente el término de la vida personal... ya que la vida no es sólo una actividad orgánica – común con otros seres no humanos– sino un estado superior del hombre que

considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones: 1.- Ningún movimiento voluntario observado durante una hora; 2.- Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador, y 3.- Ausencia de reflejos troncoencefálicos./ En estos casos, al certificado de defunción expedido por un médico, se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte.

¹⁸³ “Constituye igualmente homicidio dar muerte al moribundo, al enfermo de un mal incurable o al condenado a muerte”: RICARDO NÚÑEZ: Ob. Cit, p. 49. Debe sin embargo tenerse presente que en Chile se han presentado proyectos sobre aborto terapéutico en que se alude como causal directamente a la inviabilidad fetal, v.g. "no será punible la interrupción de un embarazo cuando se haya certificado la inviabilidad fetal. Este grupo de médicos del hospital o servicio de Salud correspondiente deberá otorgar en forma unánime, las certificaciones y no podrán formar parte del equipo tratante de la madre" (proyecto senadores Matthei y Rossi, presentado en diciembre 2010) o el que propone despenalizar el aborto “cuando corra peligro la vida de la madre, cuando el feto presente malformaciones que lo hagan incompatible con la vida o cuando una mujer sea violada”, según proyecto presentado por los senadores Eugenio Tuma, Jaime Quintana, Guido Girardi y Ricardo Lagos Weber (diciembre 2010). Ambos proyectos fueron rechazados en cuanto a la idea de legislar sobre ellos en abril de 2012 y no pueden ser repuestos sino hasta un año después.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

permite la existencia de una personalidad ética, dotada de un alma inmortal, con una funcionalidad psíquica”¹⁸⁴.

En consecuencia, si bien al Derecho no compete establecer las reglas científicas mediante las cuales se puede determinar la muerte de un individuo, sí le corresponde la exigencia de que éstas verdaderamente se identifiquen con la situación de término definitivo de las funciones vitales, a fin de normativizarlas y de darles eficacia jurídica, ya que de ello depende asegurar la totalidad de la extensión del período en el cual el ser humano está vivo y como tal merece ser protegido por el ordenamiento del Estado.

Interesa, asimismo, y a propósito de la identificación de la eutanasia con los atentados contra la vida previstos en el Código Penal Chileno, decir que tal conducta importa en sí misma una serie de discusiones importantes respecto de la consideración misma del bien jurídico vida que conviene destacar y que la hacen tomar un cierto rasgo distintivo respecto del resto de las figuras tratables en la materia.

En primer orden, debemos destacar que la construcción de los delitos contra la vida parte del presupuesto de la indisponibilidad de ésta por otro ser humano, estimándola desde este punto de vista como un bien inviolable¹⁸⁵. El hecho que existan figuras tales como la legítima defensa o el estado de necesidad justificante en términos amplios en ciertos ordenamientos no impide seguir considerando a la vida en estos términos, ya que en tal caso se trata de una situación de doble efecto,

¹⁸⁴ MANUEL GUZMÁN VIAL: “Responsabilidad penal del médico y personal paramédico en el tratamiento de la muerte próxima” en *Revista de Ciencias Penales* (Santiago, 1978) pp. 113 – 114.

¹⁸⁵ “el derecho a la vida consiste en el derecho a que no nos maten arbitrariamente. Esta concepción parte de la base de que el objeto del derecho a la vida no es la *vida* como una realidad fenoménica sino una conducta de terceros, la de matar arbitrariamente a otro. En consecuencia, esta concepción del derecho a la vida distingue el *derecho a la vida* de la *vida*”: RODOLFO FIGUEROA, “Concepto de derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis* - año 14 - n° 1, 2008, pp. 261-300.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

en la cual lo que se hace es ejecutar la acción necesaria para defender la vida propia o la de otro, lo cual puede acarrear, sin voluntad matadora sino con voluntad de salvaguarda, un resultado de muerte en el agresor.

Sin embargo, a propósito de la eutanasia, la disponibilidad de la vida por parte de otro ser humano en algunos ordenamientos jurídicos se llega a considerar válida ante una causa que lo justifica, y que consiste globalmente en las llamadas causas o razones *humanitarias*. De esta forma, el atentado contra la vida no estaría motivado por el deseo de acabar con ella en beneficio propio, o para satisfacer un capricho, un deseo de venganza o cualquier clase de motivación egoísta, sino precisamente por *finis altruistas*, los que significarían estimarla como una conducta impune o atenuada respecto del homicidio. A ello se agrega, en la teoría penal, ya sea a propósito de la tipicidad de la conducta o de su antijuridicidad, el hecho que ésta puede haber sido realizada a solicitud del paciente competente.

Por otra parte, en la generalidad de los delitos contra la vida, se considera asimismo su indisponibilidad por el propio titular de ella, por lo cual su consentimiento o solicitud no serviría para exculpar a quien le dé muerte o a quien lo auxilie para suicidarse. Esa es precisamente la razón de configuración del tipo penal de ayuda o auxilio al suicida, que castiga a quien ayuda o facilita a otro los medios para que se quite la vida si consigue su propósito, no siendo punible la tentativa o el suicidio frustrado para el agente, no porque tal conducta sea considerada lícita, sino por razones de política criminal precisamente destinadas a la salvaguarda de la vida y a no sumar motivaciones suicidas para quien ya ha atentado contra sí mismo.

Tal postulado varía a propósito de la figura eutanásica, en la cual se suele conferir un cierto valor jurídico al consentimiento de la víctima, ya que se estima en muchos modelos legislativos que ésta en especiales circunstancias de padecimiento o de dolor tiene disponibilidad sobre su vida y, en consecuencia, que le asiste el derecho de tomar decisiones sobre ésta *transferibles al agente*, al

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

punto de existir cierta interpretación jurídica en torno a la idea que tal consentimiento implicaría la inexistencia de antijuridicidad en la conducta de este último¹⁸⁶. Tal cosa implicaría un derecho a morir traducido en la imposibilidad de imponer la mantención de la vida más allá de la voluntad del titular y otorgando a esta última incluso una facultad validadora de la conducta matadora¹⁸⁷ que permitiría precisamente la comisión de la conducta¹⁸⁸.

Finalmente, digamos que la configuración de los delitos contra la vida en la normativa chilena no hace distingos respecto de la calidad de ésta, con las salvedades de los proyectos descritos, por lo cual se cometerá el delito exactamente igual si se trata de un niño nacido con graves malformaciones o de un niño sano, en el infanticidio, como asimismo será del mismo modo reprochable el homicidio del enfermo grave que del individuo en plena salud.

¹⁸⁶ Como se ha considerado, por ejemplo, en el fallo de la Corte Constitucional de Colombia de 1997 que propone la despenalización de la eutanasia, y que detallaremos en el Capítulo III de este estudio.

¹⁸⁷ Cfr. VIVES- BOIX- ORTS- CARBONELL- GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia, Tirant, 2008) p. 556: "... Por consiguiente, la vida impuesta sobre la voluntad de un titular no es un valor constitucional que pueda configurarse como un bien jurídico digno de tutela penal" y MERCEDES GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida" en *Delitos contra la Vida e Integridad Física* (Cuadernos de Derecho Judicial) (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995) pp. 17 – 18: "La mayor amplitud de esta concepción sobre la disponibilidad de la vida comprende fácilmente, precisamente porque el ámbito de disposición viene determinado por el propio titular del derecho, lo que conduce, expresamente o no, a la total ausencia de límites – o al establecimiento del consentimiento como único de ellos – o bien a la proclamación de un derecho a la muerte, que teóricamente, debería conducir a la exigencia de que, en cualquier caso, un tercero ejecutara la muerte a petición".

¹⁸⁸ De acuerdo a la interpretación que puede efectuarse del derecho a morir, podría concluirse que la eutanasia reviste la calidad de una conducta atípica (entendida la atipicidad el fenómeno en virtud del cual un determinado comportamiento humano no se adecua a un tipo legal, la que puede ser de carácter absoluto -cuando la conducta examinada no es subsumible en ningún tipo penal- o relativo -por no aparecer alguno o algunos de los elementos de la descripción de la conducta) si por ejemplo consideráramos que se encuentra desprovista de un dolo homicida ubicado en el tipo, o podríamos considerar que se transforma en una conducta despenalizada, cuando se cumplen respecto de ella ciertas condiciones, como ha sido el caso ejemplar de la normativa holandesa o belga.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

En la eutanasia, la calidad de vida pasa a ser un tema fundamental a la hora de debatir sobre el significado de la conducta, ya que para una importante serie de autores, la dignidad de la vida no sólo debe ser mirada respecto a la dignidad intrínseca de la cual debe gozar todo individuo de la especie humana por ser tal, sino muy particularmente en cuanto a la indignidad que puede representar para el hombre una mala calidad de vida, la que puede entenderse como sinónimo de sufrimiento, de invalidez, de angustia psicológica, de abandono, de incapacidad de relacionarse con otros, etc.: “En la supresión de una vida vegetativa en situación irreversible, la impunidad de las conductas activas u omisivas, de autoría o participación pueden asentarse básicamente en la inexistencia de bien jurídico vida humana independiente, lo que impide ya la calificación en torno al tipo de homicidio”¹⁸⁹. De allí, entonces, que en la consideración del valor jurídico vida, la eutanasia como figura penal planteo, a diferencia de otras, *una cierta calificación de la vida*, que la hará o no merecedora de ser salvaguardada u objeto o no de ser dispuesta.

Hechas las precisiones convenientes sobre la eutanasia con relación a la vida como bien protegido, digamos finalmente que existen ciertas leyes especiales que también incluyen delitos contra la vida, tales como la Ley de conductas terroristas o la Ley de Seguridad del Estado, pero no las trataremos aquí directamente porque ambas toman como base, desde el punto de vista sustantivo, a los delitos contra las personas contemplados en el Código Penal y, por otra parte, porque hacen referencia en la construcción de sus conductas punibles a un ánimo muy diverso y ajeno al que ya hemos oportunamente descrito como distintivo de la eutanasia y, más aún del suicidio asistido, como en el caso del terrorismo, la motivación de “arrancar decisiones de la autoridad” o “infundir temor en la población” respecto de verse objeto de atentados de la misma entidad o naturaleza, o en el de la Ley de Seguridad del Estado, la voluntad de “alterar el orden público” o directamente de

¹⁸⁹ MERCEDES GARCIA ARAN: Ob. Cit, p. 25.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

subvertir el régimen de gobierno establecido, atentando por ejemplo, contra la vida del Jefe de Estado.

2. El homicidio y sus formas

El artículo 391 del Código Penal sanciona al delito de homicidio, consistente en la conducta de “matar a otro”.

En la legislación estudiada, el homicidio es una figura general que sirve para englobar una serie de atentados contra la vida que intentan o producen el resultado de muerte. Sin embargo, el verbo rector “matar a otro” también es ocupado por figuras especiales de homicidio a las que el legislador ha querido referirse en lo particular, como es el caso del *parricidio*, sancionado el artículo 390, y referido al que “conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”, como asimismo el *femicidio* (“Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”) y del *infanticidio*, regulado en el artículo 394, el cual castiga al “padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos¹⁹⁰ que dentro de las cuarenta y ocho

¹⁹⁰ Debe tenerse presente que la terminología “legítimo” e “ilegítimo” aplicada a las relaciones civiles se encuentra modificada desde hace casi trece años en Chile, pues desde entonces la terminología aplicable en la materia en la diferenciación entre hijos “matrimoniales” y “no matrimoniales”, lo que sólo se ha actualizado en parte de las normas contenidas en el Código Penal. Al efecto, ver artículos del Código Civil: “Art. 179. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva. Art. 180. La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo. Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que este Código establece, o bien se determinen por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el Art. 187. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posteridad del hijo fallecido. En los demás casos, la filiación es no matrimonial”; “Art. 181. La

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

horas después del parto, matan al hijo o descendiente”, las cuales comparten la mayoría de los aspectos jurídicos propios del delito de homicidio, con la salvedad que exigen cierta entidad de relaciones familiares o afectivas entre el autor y la víctima y alguna precisión en cuanto al momento en el cual se ejecuta el acto.

Corresponderá el examen de estos tipos penales, a fin de determinar si puede considerarse a alguno a todos ellos abarcando la figura de la eutanasia, pues ésta no se encuentra expresamente considerada como tipo penal en norma alguna, aunque sí haya sido objeto de referencias directas por la doctrina. De esta forma, trataremos los aspectos fundamentales de la conducta *matar a otro* tomando por modelo el delito de homicidio y agregando los elementos correspondientes al parricidio o al infanticidio, cuando ello sea procedente, siempre con el objeto de confrontar dichas figuras con la de la eutanasia.

A. Tipicidad objetiva

Supone un ámbito situacional simple: un sujeto activo cualquiera que realiza el comportamiento de matar y otro (persona viva) al que se da muerte (sujeto pasivo). El comportamiento atribuible a tal ámbito situacional puede ser tanto una acción como una omisión, ya que el cierre de éste viene dado por la producción de muerte de una persona¹⁹¹.

filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo. No obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y de las acciones, que tendrá lugar conforme a las reglas generales. La acreditación de la filiación determinada se realizará conforme con las normas establecidas en el Título XVII”; “Art. 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

¹⁹¹ JUAN BUSTOS: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Ariel, Barcelona, 1986) p. 24.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A.1. Conducta activa en los delitos de “matar a otro”

La acción matadora no tiene ninguna restricción, pudiendo revestir incluso la modalidad de utilizar los miedos, fobias y supersticiones de la víctima, para provocarle una situación de pánico que pudiera causarle la muerte. Asimismo, tampoco hay exclusión respecto de los medios que se utilicen, los que pueden ser tanto materiales como morales¹⁹².

En lo que respecta a los medios empleados, sin embargo, debemos mencionar a aquéllos que en sí implican la existencia de figuras calificadas del propio homicidio, los cuales exigen ciertas precisiones, como los propios del asesinato (utilización de sicarios) o del envenenamiento, los que si bien resultan técnicamente en el mismo efecto (matar a otro) tienen un tratamiento penal más grave por implicar una forma especialmente repugnante y condenable de atentar contra el bien jurídico vida, ello sin perjuicio de las agravantes generales contempladas en el artículo 12 de nuestro Código Penal¹⁹³.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ “Art. 12. Son circunstancias agravantes:

- 1a. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro.
- 2a. Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.
- 3a. Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas.
- 4a. Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución.
- 5a. En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz.
- 6a. Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.
- 7a. Cometer el delito con abuso de confianza.
- 8a. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.
- 9a. Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho.
- 10a. Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia.
- 11a. Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.
- 12a. Ejecutarlo de noche o en despoblado”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Sin duda, en el caso de la eutanasia, la conducta activa no corresponde a tan amplias posibilidades. Al revisar el concepto mismo de eutanasia e identificarla con el homicidio cometido por piedad o por razones humanitarias, como ya antes lo hemos explicado, ello de suyo impide que en la acción matadora se utilice cualquier clase de medio, sino aquél que de acuerdo a la posición subjetiva del agente resulte menos doloroso, es decir, que implique menos sufrimiento para la víctima. Esto es lo que se ha querido considerar como comprendido en el significado etimológico del término, es decir, *buena muerte o muerte sin dolor*, que no sólo implica la muerte infligida para evitarlo, sino también que la modalidad de ésta resulte indolora, hasta cierto punto bondadosa: “Hoy en día existe una progresiva pérdida del sentido del morir o más en concreto se están modificando los modelos tradicionales del mismo (hospitalarios, generalmente); de ahí surge la demanda de una muerte rápida, digna y sin dolor. En la enfermedad terminal el temor más generalizado es la agonía prolongada. Cuando se insiste en la muerte digna se apela a la muerte sin dolor/sufrimiento y/o a la eutanasia”¹⁹⁴.

En el mismo sentido, considerando que el objetivo de la acción eutanásica es “un hacer que directa o indirectamente acorta la vida o provocan la muerte de un enfermo”¹⁹⁵, sin duda que los medios utilizados en ésta deben condicionarse a dicho fin y bajo ninguna circunstancia transformarse en un método independiente del sentido de la conducta, como por ejemplo la utilización de aquéllos que provoquen miedo, un mayor desamparo del enfermo o la prolongación de su agonía.

¹⁹⁴ SALVADOR URRACA RAMIREZ: “Eutanasia y aspectos humanos en el morir” en *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (citado) p. 171.

¹⁹⁵ JUAN JOSE GONZALEZ RUZ: “El auxilio e inducción al suicidio. El infanticidio” en MANUEL COBO DEL ROSAL (director): *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991) p. 101.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Debe tenerse presente, además, que si bien no todos los casos de eutanasia requieren consentimiento de la víctima, en aquéllos en que éste se produce o al menos se presume, sin duda que se trata de una voluntad ordenada a terminar con la vida para dejar de sufrir o evitar una forma de ésta que de alguna manera se considera un padecimiento, por lo cual lo que precisamente se solicita es una muerte rápida, sin tal padecimiento o sufrimiento, administrada en lo posible por quien tenga el conocimiento necesario para garantizar esa clase de resultados: "... posiciones más extremas consideran, incluso, que la negativa del médico a acelerar o producir la muerte reclamada por el enfermo puede integrar el delito de lesiones... por entender que se trata de una actuación inútil y torturante o de coacciones, por impedir con violencia el ejercicio del derecho a una muerte digna"¹⁹⁶.

Conviene agregar que si para muchos se identifica eutanasia con una forma de asegurar la muerte digna –lo que implica preferencia de un cierto tipo de muerte sobre un cierto tipo de vida-, malamente podría ello garantizarse si los métodos

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 105. Ello no obsta, sin embargo, a reconocer la posibilidad del médico de plantear objeción de conciencia, la cual no debe asimilarse a la objeción de conciencia del médico en caso de rechazo de tratamientos, muy bien descrita en JOSE ANTONIO SEOANE: "El perímetro de la objeción de conciencia médica" (citado). Tratándose de una conducta matadora, habrá de distinguirse si la objeción se plantea ante una acción que se consiera atípica o simplemente despenalizada, en este último caso, precisa José Miguel Serrano Ruiz-Calderón: no está claro que la negativa a participar en un acto meramente despenalizado sea una objeción de conciencia, más bien parece que el facultativo se niega a participar en una acción despenalizada, es decir a la que se ha quitado la pena pero a la que no se puede llamar legítimamente a nadie, por mucho que trabaje en un centro público para que realice la acción despenalizada. En las objeciones a procedimientos despenalizados no hay enfrentamiento entre la conciencia y un bien público, condición de la verdadera objeción de conciencia, sino que más bien hay una pretensión despenalizada, y que supone un mal desde la perspectiva del ordenamiento, y una persona que puede no participar en la misma. No participar en una práctica que sólo ha superado el problema de la protección del bien jurídico por vía de la no aplicación de la pena al no haber otra conducta exigible, no crea ningún tipo de enfrentamiento entre una ley general y la conciencia de un sujeto. Sencillamente estamos ante quien sigue la norma general, que protege la vida y no se considera interpelado, por mucho que trabaje en un servicio público": Vid. JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN, "Eutanasia y objeción de conciencia", en *Libertad y conciencia en el ejercicio de las profesiones sanitarias, Segundo Congreso ANDOC*, disponible en http://eprints.ucm.es/11912/1/actas_andoc_eutanasia_y_bojeci%C3%B3n.pdf, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

utilizados en la acción matadora implicaran un tratamiento indigno de la víctima o significaran que su tránsito hacia la muerte resulte aún más oneroso de lo que hubiera sido de no intervenir la conducta del agente. De allí, entonces, que el sentido de la acción eutanásica debe necesariamente ordenar los medios y métodos de los cuales ésta se sirve, por lo cual no podríamos considerar nunca equiparable a tal conducta la comisión de homicidios agravados, por ejemplo por el ensañamiento, que implica el resultado contrario, es decir, infligir un innecesario sufrimiento a la víctima, voluntariamente.

a) La situación particular de ciertas formas de homicidio calificado en relación con la eutanasia

Las circunstancias primera a quinta del n° 1 del artículo 391, dan cuenta de la existencia del llamado *homicidio calificado*, esto es, una modalidad de homicidio que el legislador ha considerado especialmente reprobable, a causa de los elementos que concurren en la acción matadora y que son, en orden: Obrar con alevosía, por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, con ensañamiento y con premeditación conocida.

Cuando concurre alguno de estos componentes en la acción, la pena se eleva considerablemente: mientras el homicidio tiene la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, cuando éste es calificado por alguna de estas circunstancias, recibe una pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

La doctrina ha estimado que cuando estas circunstancias se producen en aquellos casos que, de acuerdo a la ley, deben ser sancionados como parricidio o infanticidio, dichas figuras priman sobre el homicidio calificado, en consecuencia, estos tipos serán “los de matar a otro con algunas de las calificantes del n° 1 del

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

art. 391, siempre que no se den los presupuestos que especifican el parricidio o el infanticidio”¹⁹⁷.

Al dirigirnos, ahora, a cada una de las calificantes señaladas, su procedencia respecto de la eutanasia no es la misma. En el caso del ensañamiento, ya se ha dicho que resulta incompatible con la eutanasia, pues es precisamente lo contrario al bien morir y no manifiesta ninguna clase de piedad ni de humanidad como componente subjetivo e infaltable en dicha conducta. Asimismo, el obrar por premio o promesa remuneratoria se aleja de la conducta eutanásica, pues el móvil del agente difiere sustancialmente de las razones humanitarias y el acto de matar sufre una evidente mercantilización. Si se llegara a considerar que la figura de la eutanasia podría operar en el caso del premio o promesa remuneratoria, tratándose de un homicidio a petición de quien sufre, la verdad es que tal situación no cumple con los requisitos conceptuales que antes hemos detallado, respecto de los cuales el consentimiento de la víctima no operaría como un componente definitorio de la eutanasia cuando falte el obrar por razones humanitarias, pues estaríamos en presencia de un simple homicidio a petición.

En las circunstancias en que sí existe relación con la eutanasia es en las otras tres:

a.1. Obrar con alevosía

Ésta es la circunstancia *primera* del n° 1 del artículo 391. Se entiende la alevosía como “el obrar a traición y sobre seguro”, aprovechando ciertas circunstancias personales de la víctima, que la hacen quedar particularmente a merced de quien le da muerte, como por ejemplo su inferioridad física, la confianza que tiene en el agresor o la situación de desmedro por enfermedad: el culpable actúa empleando “medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa y especialmente a

¹⁹⁷ SERGIO POLITOFF et al. Ob. Cit, p. 114.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”¹⁹⁸, seguridad que es la que la ley penal considera especialmente reprochable y, en consecuencia, califica al homicidio.

La doctrina también hace hincapié en que la alevosía implica una suerte de ánimo “traicionero”, ya que no sólo el autor aprovecha la situación de la víctima, sino que oculta su intención, precisamente para asegurar el resultado, aunque para ciertos autores el núcleo esencial de la alevosía “estriba no en la cobardía del ofensor, sino en la indefensión de la víctima”¹⁹⁹.

De acuerdo a lo que hagamos primar respecto de lo que se entenderá por alevosía, entenderemos que opera o no su aplicabilidad respecto de la eutanasia²⁰⁰. Si la consideramos objetivamente como procedente al “obrar sobre seguro” respecto de la situación de la víctima, deberemos tener presente que precisamente en las conductas eutanásicas se produce por la fuerza de los hechos este obrar sobre seguro, ya sea porque la víctima se encuentra inconsciente o en una clara situación de desmedro físico, ya sea porque existe una relación de confianza con el agente e incluso la solicitud expresa de actuar. Sin embargo, en lo que a ella respecta, esta forma de actuar no es buscada por el autor de la conducta como un elemento facilitador del eventual crimen, sino que precisamente es un antecedente necesario a propósito de su propia relación de confianza con la víctima o del propio estado de vulnerabilidad de ella, que es precisamente el que le exige –a su entender, válidamente– que actúe y lo haga de un modo piadoso, que a su entender representa la necesidad de realizar la conducta matadora.

¹⁹⁸ FRANCISCO A. CABELLO MOHEDANO et al. *Entre los Límites Personales y Penales de la Eutanasia* (Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1990) p. 107.

¹⁹⁹ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*, citado en SERGIO POLITOFF et al, Ob. Cit, p. 116.

²⁰⁰ La jurisprudencia nacional sobre esta materia ha sido cambiante: En algunos casos se ha considerado, por ejemplo, que la escasa edad de la víctima o su incapacidad para defenderse configuran la calificante de alevosía (Corte de Apelaciones de Concepción), mientras que la Corte Suprema ha estimado “que la sola circunstancia que la víctima fuera un ciego no es suficiente para acreditar alevosía”: Vid. SERGIO POLITOFF et al. Ob. Cit, p. 119.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Si, por otra parte, destacamos el ánimo traicionero, la forma del “ocultamiento”, la alevosía se distanciará de la conducta eutanásica, aun la no consentida, ya que si bien el autor puede ocultar su intención a una víctima doliente, o a un niño pequeño, ello no se basará en su deseo de aprovecharse de ello para facilitar el crimen, sino que probablemente operará como una forma de facilitar el proceso de “muerte dulce”, evitando incluso que la persona sepa que se acerca el momento final de su vida, quedando todo ello subsumido en las razones humanitarias por las que actúa el autor y que obviamente serán materia de prueba.

a.2. Matar por medio de veneno

En el caso del homicidio calificado por envenenamiento, el cual se encuentra contemplado en el artículo 391 N° 1 circunstancia tercera (matar a otro *por medio de veneno*)²⁰¹, éste se equipara a la alevosía, ya que el suministro de veneno es de suyo una acción oculta, difícilmente detectable, en la cual el autor también gana en seguridad para la comisión de la acción matadora.

En esta figura surge también una situación ciertamente paradójica, ya que precisamente la buena muerte a la que propende quien realiza la eutanasia, que a menudo se consigue suministrando una sustancia química que por su naturaleza o concentración resulta letal, es en esta norma considerada más grave que el homicidio simple y, en consecuencia, castigada con una pena más severa.

²⁰¹ El diccionario de la Real Academia Española entiende por veneno “cualquier sustancia que introducida en el cuerpo o aplicada en él en poca cantidad, le ocasiona la muerte o graves trastornos”, de lo cual alguna doctrina ha colegido que no sólo se entenderá veneno a una sustancia química, son también una mecánica, como el vidrio molido. Sin embargo, la tendencia mayoritaria es a considerar veneno a una sustancia química que, de suyo o en razón de la situación especial de la víctima, causa la muerte al ser introducida en su organismo.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

De esta forma, considerando que la ley chilena no trata por separado a la eutanasia y, como se verá, no contempla excepciones respecto del homicidio por piedad, a primera vista podría resultar que la eutanasia por envenenamiento, aun consentido, sería castigada como *homicidio calificado*.

No está de más insistir, sin embargo, en que la muerte que resulta ser un efecto no deseado de la terapia contra el dolor, por ejemplo causada por grandes dosis de opiáceos, no podrá considerarse ni eutanasia ni homicidio calificado, ya que no estamos en presencia de voluntad matadora sino de una situación de doble efecto ya descrita.

a.3. Obrar con premeditación conocida

Aparece en la circunstancia quinta del N° 1 del artículo 391 (obrar *con premeditación conocida*). Carrara definía la esencia de la premeditación como la existencia “de un ánimo frío y tranquilo”²⁰², por lo cual no se trataba tan sólo de la existencia de un intervalo entre la decisión y la acción matadora, sino que exigía que ese intervalo no fuera pasional, sino frío y deliberado. Tal situación indudablemente contribuiría a la indefensión de la víctima.

En nuestro país se ha considerado a la premeditación, más que como existencia de una frialdad de ánimo, como manifestación de “resolución firme, mantenida y meditada de delinquir”²⁰³, lo cual ha recogido asimismo la jurisprudencia. De esta forma, tal figura puede ser perfectamente aplicable a mucha cantidad de conductas eutanásicas, en la medida que la muerte de la víctima sea producto de un proceso reflexionado y deliberado, aunque sin duda sea discutible que tal deliberación tenga por objeto precaverse de una posible defensa de ésta, cuando más bien debería estar fundada en el pensamiento detenido sobre la situación del individuo

²⁰² Citado en POLITOFF ET AL: Ob. Cit, p. 129.

²⁰³ EDUARDO NOVOA MONREAL: II *Curso de Derecho Penal Chileno*, citado en SERGIO POLITOFF ET AL, Ob. Cit, p. 131.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

que sufre y las posibilidades con las que se cuenta para prestarle esta “ayuda matadora”.

A.2. Conducta omisiva en los delitos de matar a otro

La doctrina, respecto de estas formas delictivas, distingue a los delitos de *omisión propia* (es decir, aquéllos en que la conducta omisiva está expresamente tipificada por la ley, como es el caso del delito de *omisión de socorro*, previsto en el artículo 494 n° 14 del Código Penal) y los de *omisión impropia* (casos en los que la conducta no está expresamente tipificada en la ley, pero se llega a ella por inversión del tipo activo a cuyo grupo pertenece precisamente el homicidio por omisión).

La construcción del tipo “matar a otro” se apoya en un verbo que, sin lugar a dudas, describe una conducta activa. Por ello, el tipo omisivo permanece implícito en el tipo comisivo, abandonando, por tanto, sus últimas precisiones a la construcción judicial, lo que lo constituye en una de las formas que pueden tomar los delitos de omisión impropia.

En atención a que, para que se produzca un delito de omisión propia, la doctrina exige que el mandato de actuar esté dirigido a quien se encuentra con el bien jurídico en una posición fáctica de tutela, esto es, en lo que se ha designado como *posición de garante*²⁰⁴, la jurisprudencia ha estimado que para los delitos de

²⁰⁴ “Para evitar que se amplíe en demasía la aplicación de delitos de omisión impropia es que se han establecido en doctrina las “fuentes de la posición de garante”. Son indiscutidas a nivel nacional, como fuentes de esta posición, la ley y el contrato. El debate en Chile se centra en si puede admitirse la injerencia como fuente del deber jurídico de actuar. Basta una revisión rápida a nuestro Código Penal para constatar que no está contemplada expresamente la injerencia como posición de garante, lo cual a nadie sorprende teniendo en cuenta su antigüedad. La injerencia responde a una elaboración jurisprudencial y doctrinaria de época posterior a la de nuestro Código, principalmente desarrollada en Alemania. Actualmente, muchos códigos penales en los que se ha elaborado una cláusula general que permite el castigo a título de comisión por omisión de los delitos de la parte especial, incluyen la injerencia como una fuente de la posición de garante. A

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

omisión impropia ha de exigirse una situación equivalente, considerándose que cuando la persona se encuentra en una posición fáctica de garante respecto del bien jurídico protegido comete el delito si no actúa, a pesar de contar con el dominio final del hecho, para evitar una lesión o puesta en peligro de dicho bien.

Ello, aplicado a la figura del homicidio o de sus afines, significará que lo comete por omisión quien, encontrándose en una posición de garante respecto de la vida de otro, no actúa, a pesar de contar con el dominio final del hecho, para evitar la destrucción o término de ésta.

Podemos, entonces, proceder a identificar circunstancias en las cuales una persona tiene el deber de garante sobre la vida de otro y, en consecuencia, el expreso deber de actuar en salvaguarda de ella, por lo cual comete el delito omisivo si no lo hace²⁰⁵. En aquellos casos respecto de los cuales la ley, si bien para efectos distintos de los penales, ha consagrado un deber de actuar, siempre que éste no aparezca expresamente desestimado por el ordenamiento punitivo, como por ejemplo, el homicidio por omisión de quien, teniendo el deber de alimentar a otro, lo deja morir de hambre (como el padre, no a causa del deber de alimentos, sino de la relación paterno-filial con el hijo); en aquéllos en que la suscripción de un contrato ha creado un deber de garante para una de las partes, como en el caso del salvavidas, que comete homicidio por omisión si no salva de morir ahogado a uno de los bañistas que tiene a su cuidado, dentro de los límites establecidos en la

modo de ejemplo, en el Código Penal de España en su artículo 11, se dispone: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto, se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente". Puede apreciarse en su letra b) la consagración expresa de la injerencia": CRISTÓBAL IZQUIERDO SÁNCHEZ, "Comisión por Omisión. Algunas consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2, 2006, pp. 329 - 343

²⁰⁵ En las que seguimos las categorías y planteamientos hechos por ENRIQUE CURY URZUA, II *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica, 1992, 2ª. Edición actualizada) pp. 296 – 299. Como se ve, este autor sigue doctrinariamente los planteamientos del Derecho español sobre injerencia, ya descritos.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

respectiva convención; el caso del que creó, con una conducta anterior, una situación de peligro para el bien jurídicamente tutelado, la cual para ciertos autores debe ser necesariamente ilícita (aunque no es preciso que sea constitutiva de delito) y además, dar origen a una elevada posibilidad de daño²⁰⁶, como por ejemplo, quien induce a otro a acompañarlo a ingerir drogas, y frente a una reacción física severa lo deja morir y, por último, los casos de personas que se encuentran en situaciones de solidaridad originadas en comunidad de vida especial o en situaciones de peligro, como el pasajero del barco que naufraga, que pudiendo hacerlo, no ayuda a otro que cae por la borda.

Sin embargo, estas últimas situaciones inducen a la doctrina a variadas discusiones por las dificultades que implica conceptualizar objetivamente el deber de solidaridad y sus alcances para definir el tipo. De allí que muchos han preferido considerar que estas figuras sólo proceden cuando se trata de omisiones propias, es decir, especialmente previstas por la ley.

En lo que a la eutanasia respecta, sin duda que la conducta omisiva reviste gran importancia, pues es una forma común de cometerla, a través de la llamada *eutanasia pasiva*, consistente en omitir la intervención necesaria para resguardar la vida de la persona que se encuentra en la situación que despierta la piedad del agente, tal como el enfermo terminal, el individuo en estado vegetativo persistente, aquél que padece de enfermedades degenerativas, etc.

A efectos de distinguir la eutanasia pasiva del rechazo de tratamientos médicos y de la posibilidad de una decisión de limitación terapéutica por parte del médico, habrá que acudir a los criterios siguientes: primero, si la omisión es producto de la solicitud del paciente, como una forma de rechazo de tratamientos médicos y si la omisión es coincidente con lo rechazado; segundo, en caso de no haber tal

²⁰⁶ *Ibidem.*

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

rechazo, sino de tratarse la omisión de una decisión médica, si se encuentra justificada por lo fútil, gravoso o excesivo que sería seguir aplicando la medida y, tercero, si la omisión se relaciona con la alimentación e hidratación, si consiste simplemente en la no entrega de dichos insumos al paciente o si se traduce en conductas activas como el retiro de una sonda nasogástrica, que no se corresponden con la conducta omisiva y que pueden o no ser eutanasia activa, según el caso. Si bien en el caso de las conductas omisivas, normalmente la relación del agente con la víctima, en cuanto al deber de garante está bien clarificada²⁰⁷, se plantean otras múltiples discusiones que hacen el tratamiento de la eutanasia por omisión bastante engorroso²⁰⁸.

Es bastante común que en estos casos se confunda, a veces intencionalmente, a la eutanasia pasiva consentida con el derecho del paciente a rehusar tratamientos médicos desproporcionados o inútiles. Tal cosa significa graves problemas, ya que ambas cosas no son lo mismo, como se ha explicado, ya que si bien existe lícitamente la facultad de un paciente de negarse a ver prolongados sus sufrimientos con intervenciones o medicaciones inútiles o que resulten desproporcionadas para los resultados que de ellas se obtendrán, ello no es lo mismo que la solicitud de que se le deje morir, evitando suministrarle elementos básicos de subsistencia, como comida y bebida²⁰⁹.

²⁰⁷ “El caso del médico o del agente de sanidad son paradigmas de esa especial posición o rol de garante. Pocos ámbitos del obrar humano, en efecto, conjugan tan corrientemente las tres fuentes clásicas del deber de garantizar la indemnidad de los bienes jurídicos”... “En los supuestos de eutanasia resolutive pasiva, el profesional del arte de curar, dotado de un saber específico, reconoce la situación típica, y con ella, la inminente producción del resultado. Conoce, asimismo, la vía de salvación – o, al menos, de transitoria conservación – del bien amenazado y los medios que deberían implementarse para alcanzar ese fin. Y a pesar de su posibilidad física de interrumpir el encadenamiento causal – así fuere por un breve lapso, dado lo avanzado del proceso letal -, se abstiene de actuar en tal sentido”: LUIS FERNANDO NIÑO, *La Eutanasia, morir con dignidad. Consecuencias jurídico penales* (Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994) p. 111.

²⁰⁸ Siendo clara la situación del médico, no la es la de los restantes individuos cercanos al enfermo, por lo cual precisa la doctrina que “sólo pueden cometer eutanasia por omisión quienes tengan el deber jurídico de impedir la muerte del enfermo o lesionado y puedan hacerlo, y prescinden de ejecutar las acciones de apoyo, salvación y cuidado de que eran capaces”: ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ: *Ob. Cit.*, p. 168.

²⁰⁹ Decisión que puede estar o no comprendida en los límites legales del rechazo de tratamientos. Como se ha dicho, sin embargo, a menudo el tema de la hidratación y alimentación no se analiza

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Por lo demás, tal confusión conceptual genera un doble equívoco, ya que, por una parte, desconoce un derecho de los pacientes y lo identifica con una conducta delictiva o al menos con una pretensión ilícita, por otra –lo que es más grave, y que justifica el decir que a veces tal confusión es intencional– se pretende considerar a la eutanasia pasiva voluntaria o consentida como un derecho, al menos del paciente terminal, de tal modo que podría entenderse que terminar con una vida que se encuentra en sus últimas etapas sería siempre lícito, de mediar en ello la voluntad del propio enfermo: “No estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes ni valores, no se puede justificar ninguna coacción que “afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía del individuo consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo para los demás”. Aun reconociendo que no debe confundirse el derecho a la vida con un pretendido derecho a morir... “ello no significa que no se tenga derecho a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de la muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado”²¹⁰.

en la perspectiva omisiva sino activa, pues deriva del retiro de una sonda nasogástrica al paciente y sobre esa conducta es que se plantea si cabe dentro del rechazo de tratamientos o dentro de las solicitudes Eutanásicas. En España, por ejemplo, el tema se ha resuelto favorablemente a la decisión del paciente, considerando que el retiro de una medida de soporte vital puede ser considerado válido a solicitud del paciente, entendiéndose que revoca el consentimiento previamente otorgado para su instalación: “La Comisión Autónoma de Ética e Investigación emitió su opinión sobre el caso de Inmaculada el 15 de diciembre de 2006. La opinión fue unánimemente apoyada por todos sus miembros. En ella se consideraba la petición como un «rechazo de tratamiento expresado como revocación del consentimiento previamente emitido para recibir tratamiento de soporte vital mediante ventilación mecánica». Descartaba, por lo tanto, la posibilidad de encuadrar esta actuación como «eutanasia», a pesar de que en sus declaraciones iniciales Inmaculada hubiera usado ese término –pero no en los escritos que remitió a la Consejería y los médicos del Hospital San Rafael”: PABLO SIMÓN-LORDA E INÉS MARÍA BARRIO-CANTALEJO, “El caso de Inmaculada Echevarría: implicaciones éticas y jurídicas”, *Med. Intensiva* v.32 n.9 Madrid dic. 2008, pp. 444-451.

²¹⁰ IGNACIO MUÑARROGUI LAGUIA, *Eutanasia y Derecho Penal* (Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1994) p. 51 comentando a J. LEGUINA: *Voto*

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Por otra parte, la eutanasia pasiva también presenta dificultades serias a propósito del tema de la calidad de vida, que ha servido en algunas ocasiones para justificar ya no sólo el dejar morir a un enfermo a petición suya, sino incluso para dejarlo morir sin que medie voluntad alguna de su parte, como en el caso jurisprudencial ya repetido de enfermos en estado vegetativo persistente, en que las cortes de justicia han autorizado la suspensión de alimentación e hidratación o directamente al retiro de sondas nasogástricas indispensables para la sobrevivencia, considerando que una calidad tan inferior de vida, sin duda habría ocasionado en el paciente – si pudiera manifestar su voluntad- el rechazo a permanecer en tales condiciones. Éste fue por ejemplo el caso de Tony Bland en Inglaterra²¹¹, Nancy Cruzan²¹² y Terri Schiavo²¹³ en los Estados Unidos.

de minoría en fallo STC 120/1990, Las citas entre comillas que van dentro del párrafo corresponden al voto de minoría.

²¹¹ Probablemente el caso más famoso de tales presunciones de lo que el paciente hubiera deseado o no, es el caso de TONY BLAND en Inglaterra, respecto del cual la Cámara de los Lores autorizó a desconectar la sonda nasogástrica que lo mantenía con vida, después de cuatro años en estado vegetativo persistente, en 1993, como ya se ha comentado con anterioridad: *Vid. IAN KENNEDY & ANDREW GRUBB: Medical Law: Text with Materials* (London, Butterworths, 1994) pp. 1225–1226.

²¹² Nancy Cruzan, joven mujer que el 11 de enero perdió el control de su vehículo en Jasper County, Missouri, siendo despedida y cayendo inconsciente en un charco de agua, del cual fue rescatada por paramédicos, cuando ya se había producido daño cerebral. Mantenido con vida mediante una sonda nasogástrica, sus padres solicitaron su desconexión, lo cual generó una larga batalla legal que culminó con el fallo 88-1503 de la Suprema Corte de los Estados Unidos de fecha 25 de Junio de 1990, el cual sintéticamente señaló que: a) De acuerdo a la decimocuarta enmienda de la Constitución, el Estado no puede privar a una persona de la vida, la libertad y la propiedad sin un debido proceso. El principio protege constitucionalmente a la persona competente en su interés de rechazar tratamientos médicos indeseados; b) En la cautela de ese derecho, los médicos no son perseguidos por homicidio, si cometen la conducta de remover un respirador o una vía venosa en pacientes en estado vegetativo persistente y c) estimó que la Corte de Missouri debía solicitar un alto estándar de evidencia de los deseos de Nancy Cruzan, lo que permitiría la suspensión del tratamiento. En Diciembre de 1990 la Corte Estatal de Missouri, que inicialmente había escuchado el caso de Nancy Cruzan, dictaminó que la alimentación artificial podía ser suspendida. Así, luego de casi ocho años de encontrarse en estado vegetativo, y de ocho peticiones a la corte, finalmente le confirieron el derecho a los padres de Nancy de concretar lo que ellos consideraban lo que era lo mejor para ella. U.S. Supreme Court CRUZAN v. DIRECTOR, MDH, 497 U.S. 261 (1990) 497 U.S. 261 CRUZAN, BY HER PARENTS AND CO-GUARDIANS CRUZAN ET UX. v. DIRECTOR, MISSOURI DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF MISSOURI No. 88-1503, fallo completo se encuentra en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=497&invol=261>, sitio consultado en marzo de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Por último, es de interés recalcar que, habida consideración de que los delitos de omisión impropia, requieren de un mandato de actuar el cual se incumple, de lo cual se genera el resultado lesivo para un bien jurídico protegido, algunos autores estiman que en el caso de la eutanasia tal deber de actuar no existe, sea porque se desconoce la situación de garante del médico o del cuidador del enfermo o de los miembros de la familia de éste en tales circunstancias, sea porque se considera que el deber de actuar en preservación de la vida de otro no es absoluto, como tampoco lo sería el derecho a la vida, ya que entraría en colisión con una prohibición de actuar cuando de tal acción derivara la mantención o salvaguarda de la vida de quien sufre o de quien ha instruido acerca de no querer intervención salvadora alguna dado el caso.

De esta forma, no se configuraría el supuesto que hace punible a la omisión impropia, por carecerse de la calidad de garante o del mandato de actuar y, aún más, por existir –tácita o expresamente señalado– un mandato de no hacerlo: “Lo contrario, aunque venga avalado por discutibles tesis jurisprudenciales,

²¹³ Terri Schiavo, joven mujer que sufrió un devastador infarto en su casa en Florida el 25 de febrero de 1990 y al quedar con daño cerebral severo, se la mantenía con una sonda nasogástrica. El considerarla permanentemente inconsciente motivó una dura batalla legal, en la cual finalmente se impone la voluntad de desconexión de la sonda nasogástrica de acuerdo a la petición de su marido como representante general, pues no hay directrices anticipadas ni consta la verdadera voluntad de Terri. El caso fue especialmente complejo por la disputa entre el marido y los padres de la paciente y por los numerosos instrumentos legales utilizados, incluso leyes especiales para el caso. Una completa reseña documental del caso se encuentra en ARTHUR L. CAPLAN ET AL: *The case of Terri Schiavo. Ethics and the end of life* (New York, Prometheus Books, 2006). Ver también KENNETH W. GOODMAN: *The case of Terri Schiavo* (New York, Oxford University Press, 2010) y T. KOCH, “The challenge of Terri Schiavo: lessons for bioethics” *J Med Ethics* 2005 31: 376-378. En el caso Schiavo se siguió la doctrina Cruzan, pero con algunas singularidades de interés: a) La lucha entre posibles representantes y sus interpretaciones sobre lo que la paciente hubiera querido; b) las objeciones planteadas por los padres de Terri acerca de las creencias religiosas católicas de ellos y de su hija, no compatibles a su entender con lo solicitado por el marido y c) el estatus personal de una persona irremisiblemente inconsciente: “Su estado de permanente inconsciencia no la convirtió, desde el punto de vista moral o legal, en una no-persona, un objeto, pero sí le quitó su posibilidad de participación mental y funciones físicas, transformando radicalmente su persona”: LAURENCE J. NELSWON, “Disability Rights and Wrongs in the Terri Schiavo Case”, en KENNETH W. GOODMAN: *The case of Terri Schiavo*(citado) p. 165.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

respondería a una concepción “paternalista” del deber de garante, ignorante de la existencia de un ámbito de la autonomía personal, basado en la libertad y en la dignidad, y que superaría la positiva noción de garantía para constituir una intromisión... No habiendo posición de garante, tampoco se da, como cabe plantear en base a la regulación actual, un posible delito de omisión de socorro, pues el socorro solicitado es precisamente el contrario, suprimir la situación de sufrimiento”²¹⁴.

A.3. Resultado de muerte exigido en el delito

El atentado contra la vida que significa el homicidio no puede redundar en cualquier resultado dañoso para ésta, como su simple puesta en peligro, la disminución de su calidad, etc., sino que necesariamente debe significar el fin de ésta, el fin del sujeto corporal que implica la muerte. De allí, entonces, que el homicidio implique²¹⁵ copulativamente: la acción u omisión destinada a dar muerte a una persona; que se produzca el resultado típico, es decir, la muerte de la víctima; y que exista entre esa acción u omisión y la muerte de la persona una relación de causalidad.

Cada uno de estos aspectos ha dado origen a grandes discusiones y debates de la doctrina. Uno de los primeros que surgen es el de estimar que, dada la importancia que se da en el tipo al resultado de la conducta, es decir, a “la muerte de otro”, podríamos estar en presencia de un *delito calificado por el resultado*, es decir, que se consuma por el solo hecho de provocar la muerte de otro. Sin embargo, dicha tesis, que dejaría fuera de nuestro estudio lo que se refiere a la tipicidad subjetiva del delito, debe ser desechada sin lugar a dudas, pues como muy bien ha dicho Luis Cousiño, el sistema penal chileno está elaborado sobre la piedra angular de

²¹⁴ M. FERNANDEZ BERMEJO: *Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado* (I) p. 3, comentado por IGNACIO MUÑARROGUI LAGUIA, ob. cit, pp. 68 – 69.”.

²¹⁵ De acuerdo a GUSTAVO LABATUT GLENA, Ob. Cit, pp. 285 – 286.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

“no puede haber voluntad delictiva sin voluntad, no puede haber culpabilidad delictual sin culpa”, de lo que se deduce que todos los tipos del Código Penal deben cumplirse con dolo o con culpa y que aquéllos que describen conductas calificadas por el resultado no escapan a la misma regla. Empero, la circunstancia que en el caso particular se dé cumplimiento a un tipo de injusto, ya sea dolosa o culposamente, no implica, por sí sola, la responsabilidad del autor, ya que falta el análisis de la antijuridicidad y el juicio de reproche de la culpabilidad²¹⁶.

Con tal postulado coincide el extenso estudio realizado por Alfredo Etcheberry, respecto de numerosos casos de jurisprudencia de los tribunales chilenos, en el sentido de no ser decisiva “la consideración de los resultados objetivamente producidos para poder calificar adecuadamente el hecho desde el punto de vista típico (y no sólo desde el ángulo subjetivo), sino esencialmente la apreciación del propósito del hechor: si lo guiaba un dolo directo en el sentido de producir un resultado determinado o si no ocurría así”²¹⁷.

Un segundo punto de interés en cuanto a las discusiones producidas por esta exigencia de resultado es qué ocurre cuando éste no se produce, es decir, cuando existiendo acción u omisión destinada a dar muerte, solamente redundaba en lesiones para la víctima o incluso no produce lesión alguna. Al respecto, debe entonces distinguirse:

a) Homicidio tentado o frustrado

El *iter criminis*, que implica el estudio de las distintas etapas de desarrollo del delito, contempla varios pasos sucesivos. El desarrollo de la conducta criminal se

²¹⁶ LUIS COUSIÑO MAC IVER: I *Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975) p. 890.

²¹⁷ ALFREDO ETCHEBERRY: IV *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte Especial* (Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, 1966) p. 16.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

inicia con la idea de comisión de la conducta, para después resolver –mediante una intervención de la voluntad- cometerlo e incluso llegar a planificarlo. Una vez decidido, el agente prepara su ejecución, previendo los medios o herramientas que va a utilizar o de los que va a servirse. Sólo entonces se dispondrá a ejecutar la acción típica o a incurrir en la omisión asimismo típica y llegar a la causación del evento típico, que en el caso que nos ocupa, es precisamente “matar a otro” y que constituye la consumación del delito.

Este proceso, sin embargo, puede presentar partes de él acortadas o confundidas, como asimismo puede suceder que sea interrumpido, ya sea por circunstancias dependientes o independientes de la voluntad del agente. Cuando esto ocurre antes de que la voluntad delictiva se haya manifestado de manera alguna, sin duda estamos en presencia de una situación que no le corresponde sancionar al Derecho y que queda sumida sólo en el campo de la ética, pues el pensar y desear cometer un delito –en este caso, causar la muerte de alguien– no puede llegarse a sancionar de acuerdo al principio universalmente acogido por el Derecho Penal de que *el puro pensamiento nunca es punible*. Sin embargo, si la manifestación delictiva ya ha comenzado, pero se produce la interrupción antes aludida, podemos hallarnos en presencia ya sea de un delito tentado o frustrado.

De acuerdo al artículo 7° inciso 3° del Código Penal, existe tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. Si aplicamos esto a la figura en estudio, podremos decir que estamos en presencia de un homicidio tentado o en grado de tentativa, cuando se ha iniciado la realización de la acción matadora, pero no se ha llegado a completarla, por ejemplo, cuando una persona va a la casa de otra dispuesta a matarla con un arma de fuego, la saca de su bolsillo, apunta a la víctima, pero se arrepiente de dispararle.

Por otra parte, de acuerdo al inciso segundo de la misma norma, hay delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Si aplicamos, asimismo, este concepto al homicidio, diremos que se trata del caso en el cual el autor ha ejecutado la totalidad de la acción matadora, sin conseguir, pese a ello, la producción de resultado de muerte de la víctima. Aplicando el mismo ejemplo anterior, el autor dispara sobre su víctima, para matarla, pero yerra el tiro y ésta salva con vida.

No entraremos aquí al largo debate que tanto las figuras tentadas como frustradas han provocado en la doctrina acerca de los elementos que sirven para configurar su faz tanto objetiva como subjetiva, ya que ello se aleja de los propósitos de nuestra investigación, pero sí conviene revisar si es posible verificar la existencia de delitos frustrados o tentados cuando se trata de la comisión de *homicidio por omisión*.

Para Enrique Cury²¹⁸ existe tentativa en el delito por omisión cuando “el autor se encuentra en posición de garante y se abstiene de acatar el mandato de obrar, pero de suerte que, si hubiera actuado, el resultado se habría producido de todas maneras, pues causas independientes de su voluntad le hubiesen impedido evitarlo”. Ello, aplicado al homicidio, resulta en que la persona que tiene el deber de garante omite actuar, buscando el resultado de muerte, pero sin embargo ésta se produce independientemente de su omisión o no se hubiera producido de todos modos, por la intervención oportuna de un tercero. En el ejemplo que da el autor, se trata del caso de una madre que no alimenta a su hijo para que muera, pero un tercero lo hace antes de que ésta perezca.

Sin embargo, estima él mismo, la omisión implica la inactividad del autor, en este caso, sólo hasta el último momento en que su intervención hubiera sido eficaz. De allí que la mayoría de las interrupciones del *iter criminis* en delitos por omisión se

²¹⁸ ENRIQUE CURY: Ob. Cit, pp. 303 - 305.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

configuran más bien como delitos frustrados, respecto de los cuales considera que no deben ser punibles, pues no puede haber en ellos el principio de ejecución que se exige respecto a los delitos de acción. Al respecto, podemos considerar a dicha tesis como bastante discutible, pues precisamente al existir un deber de garante, el atentado contra el ordenamiento jurídico se manifiesta por el solo hecho de la inacción comprobada, aunque no se obtenga el resultado, porque se hubiera producido éste igualmente o porque un tercero debió sustituir lo que debió hacer quien tenía la obligación respectiva, en consecuencia, es posible al menos plantearse que en los delitos omisivos, el expreso quebrantamiento del mandato de actuar puede hacerse equivalente al principio de ejecución de los delitos de acción, lo cual por lo demás, tendrá relevancia dentro de nuestra investigación.

Respecto de la eutanasia, podemos decir que todas las apreciaciones mencionadas son perfectamente aplicables, por lo cual convendrá hacerle extensivas las consideraciones sobre el homicidio en la materia.

b) Intento de homicidio con resultado de lesiones e intento de homicidio con daño para la salud

Estas figuras han sido identificadas mayoritariamente con delitos frustrados, en los cuales se realiza la totalidad de la ejecución del acto, pero el autor no consigue el resultado de muerte sino lesiones o daño para la salud de la víctima. También es posible considerar su existencia desde el punto de vista omisivo, como por ejemplo, en el caso ya mencionado del salvavidas, que omite salvar a un bañista y éste es salvado por otra persona, pero con daño cerebral a causa de su prolongada inmersión.

El hecho de sancionarse al agente como autor de delito frustrado de homicidio, confirma lo ya antes explicado, respecto a que la figura del homicidio no es calificada por sus resultados, sino por la intención de quien la ejecuta, de allí que no se le castigue por el delito de lesiones – resultado que obtuvo – sino por el

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

delito que pretendió consumar, pero en grado de frustrado por no haber conseguido plenamente dar ejecución al acto. Sin embargo, tal postura no es unánime, ya que otros autores²¹⁹ han considerado que lo que en tal caso procede es sancionar de acuerdo a un *concurso ideal de delitos*, ya que consideran que de producirse por ejemplo lesiones graves, ello puede significar un disvalor autónomo: daño considerable a la salud o integridad corporal. Tal disvalor no consumiría “la acción frustrada de homicidio, que significó un riesgo para un bien jurídico de categoría superior al afectado por las lesiones”, de lo que se configura una pluralidad de delitos a través de la comisión de un hecho único, en que “no cabe absorber el uno por el otro”. De allí que propongan sancionar por el delito frustrado de homicidio en concurso ideal con el delito de lesiones de acuerdo al artículo 75 del Código Penal²²⁰.

c) Homicidio inidóneo

Queda por preguntarnos qué sucede cuando, si bien es clara la voluntad matadora del agente, los medios que utiliza son de suyo incapaces para obtener el resultado típico deseado, es decir, cuando su naturaleza impide que produzcan el efecto matador e incluso el de lesiones (caso de quien dispara a otro para matarlo, sin saber que el arma está cargada con balas de salva, o el de quien, pretendiendo inyectar a otro una sustancia tóxica que le causará la muerte, se equivoca y le inyecta agua destilada).

Al respecto, la doctrina mayoritaria ha considerado que en caso de un intento de homicidio en que se comprueba que los medios utilizados fueron inidóneos y que, por consiguiente, aunque el agente “haya realizado todos los actos que creyó

²¹⁹ SERGIO POLITOFF ET AL: Ob. Cit, pp. 69 – 70.

²²⁰ Tampoco aquí haremos mayores comentarios sobre la eutanasia, por serle perfectamente aplicable lo indicado. Respecto de las figuras culposas, en este mismo capítulo se hará referencia a ellas.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

propios y adecuados para delinquir” no ha conseguido resultado alguno, “no por eso se ha hecho responsable de tentativa de homicidio, puesto que sólo existió en la imaginación del hechor, y un delito imaginario y sin realidad física no ha podido comenzarse” por lo que corresponde absolver a su autor²²¹. De tal interpretación, sin embargo, se deduce que si bien –como ya se ha explicado latamente– el delito de homicidio no es calificado por el resultado, no es despreciable el hecho de hacer notar que tampoco puede ser calificado única y exclusivamente por la intención. En consecuencia, se ha de exigir la voluntad matadora, pero también la capacidad de la acción o de la omisión para producir el resultado buscado, aunque ésta se haya interrumpido o el resultado en cuestión no se haya producido.

Un sector minoritario, sin embargo, estima que “debe ser sancionada toda manifestación de voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de una forma de la conducta prohibida por el tipo del injusto, si atendidas las circunstancias cognoscibles para un observador razonable, es capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado”²²². En consecuencia, para estos autores no se requiere la capacidad de los medios para obtener, al menos teóricamente, el fin propuesto, sino al menos la combinación de la voluntad matadora *con la representación que tenía el autor* sobre tal capacidad, lo que aparece altamente subjetivo.

También aquí podemos aseverar que la eutanasia no guarda gran diferencia de tratamiento con el homicidio, en cuanto al resultado al tratarse de una figura inidónea en ciertas circunstancias.

²²¹ ALFREDO ETCHEBERRY: Ob. Cit, p. 23.

²²² ENRIQUE CURY: Ob. Cit, p. 218, siguiendo en este razonamiento a VON HIPPEL, vid. ROBERT VON HIPPEL *Deutsches Strafrecht*, 1, *Allgemeine Grundlagen*, reimpresión de la edición de 1924, Berlín 1925.

A.4. El sujeto activo del delito

Se trata de la persona que produce el hecho sancionado por la ley, para lo cual deberemos nuevamente recurrir al concepto de persona sobre el cual ya revisamos algunas discusiones y debates páginas atrás.

Para algunos autores, en esta materia debería aclararse que sólo puede ser sujeto activo del delito la persona *imputable*, pero hay un importante sector de la doctrina que prefiere hacer tal distinción a propósito del tema de la culpabilidad, en consecuencia, al tratar la tipicidad subjetiva del delito.

A efectos del delito de homicidio, la ley no exige ningún rasgo o característica especial del sujeto activo, como sí ocurre en las figuras del infanticidio y del parricidio, en que el sujeto activo debe tener una vinculación determinada con el sujeto pasivo para configurar el tipo, ya que éste precisamente es definido en torno a la gravedad de realizar la conducta teniendo con el ofendido un vínculo de parentesco o de matrimonio, según el caso al que nos estemos refiriendo.

Tampoco la ley hace distinción alguno, respecto del homicidio, en cuanto la relación profesional que existe entre el sujeto activo y pasivo, cuando se trata de la figura activa. Sin embargo, tratándose del homicidio por omisión, la exigencia de encontrarse en una situación que implique deber de garante, ya sea por la exigencia jurídica del propio ordenamiento, por la existencia de un vínculo contractual o por situaciones de hecho que así lo originan, sin duda pone especial énfasis en ciertas profesiones que de suyo suelen identificarse con esta clase de deberes, como es el caso de la profesión médica, lo que no es un elemento falto de importancia.

Precisamente en el caso de la eutanasia, la calidad del sujeto activo cobra gran importancia por las siguientes causas:

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

a) Primeramente, porque hay algunos ordenamientos jurídicos que estiman que esta figura es lícita cuando se reúnen ciertos requisitos, entre sí copulativos, tales como el consentimiento del paciente, su estado de gravedad o de ser enfermo irreversible, etc. pero siempre y cuando sea ejecutada la acción por un médico²²³, con lo cual la situación se revierte, pues tratándose de dicho sujeto activo, la conducta se encuentra del todo justificada.

b) En segundo término, porque por el contrario, en otros ordenamientos jurídicos, la situación de médico a cargo de un enfermo es la que precisamente hace configurar en lo especial el delito de eutanasia a su respecto, mientras que si el agente es un individuo ajeno al personal sanitario se tipifica su actuar de otra forma, por ejemplo, bajo la figura general del homicidio o del homicidio atenuado²²⁴.

A.5. Sujeto pasivo del delito

Se trata asimismo de una persona, pero al respecto –y no a propósito de la calidad de tal de acuerdo a las explicaciones que antes dimos, sino a la forma en que se

²²³ V.g. revisar legislaciones de Bélgica (28 MAI 2002. - Loi relative à l'euthanasie) en que se dispone en su artículo 3º que la figura a la que se refiere la ley es a la practicada por un médico; Oregón, Estados Unidos (The Oregon Death With Dignity Act); refiere al médico tratante en su definición nº 2: “(2) "Médico tratante" significa que el médico que tiene la responsabilidad primordial del cuidado del paciente y el tratamiento de la enfermedad terminal del paciente”; y Holanda (Ley de Comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio) define en la letra c) de su artículo 1º se refiere al médico como: “El médico: el médico que, según la notificación, ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio”.

²²⁴ En el caso de la Ley Holandesa ya descrita, que modifica el Código Penal de Holanda, establece un nuevo texto del artículo 293, que es el siguiente: “Artículo 293 1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta. 2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7, párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales”. Las negritas son nuestras.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

encuentran contruidos los tipos del Código Penal– pasará en ciertos casos a ser víctima de homicidio y no de otra figura delictiva de atentado contra la vida. No podrá, por ejemplo, ser la víctima de la acción destinada a interrumpir el embarazo con miras a dar muerte al niño en gestación, ya que si bien se trata de una persona, dicha conducta será punible de acuerdo al delito de aborto y no de homicidio.

En el caso de un niño recién nacido, al que ciertos parientes dan muerte, tal figura se sancionará de acuerdo al muy discutido delito de infanticidio y en el de la persona que tenga con el actor una relación conyugal o de parentesco podrá configurarse a su respecto el delito de parricidio o femicidio.

En la figura delictiva del *matar a otro* se produce una suerte de confusión entre elementos que el Derecho Penal General estudia por separado, tales como la idea de víctima, sujeto pasivo, objeto material del delito y bien jurídico atentado, ya que la vida es un bien de tal entidad que se confunde con la existencia misma de la persona que es su titular, y la privación antijurídica del derecho es, a la vez, la destrucción de la persona que lo ejerce, por lo cual en la conducta “matar a otro” la persona corporal contra la cual se atenta posee a la vez la calidad de víctima, de sujeto pasivo, de objeto material e incluso de bien jurídico atentado, por ser la vida un atributo inseparable de la calidad de persona humana.

Tal situación, sin duda, se reproduce en el delito de eutanasia, pero en este caso, el ámbito de las características personales del sujeto pasivo necesariamente se restringe, precisamente porque el ánimo eutanásico es muy particular respecto del ánimo del homicidio y de sus formas afines. En efecto, no cualquier persona es susceptible de ser víctima del delito de eutanasia, sino aquella que se encuentre en una situación determinada que dé origen a una voluntad matadora *basada en razones humanitarias*. En consecuencia, se trata de un individuo que sufre de alguna clase de desmedro, enfermedad, deformación, situación de sufrimiento,

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

etc. que genera en el otro sentimientos de compasión y el impulso de matarlo precisamente por estimar que la situación a la que se ve enfrentado resulta humanamente intolerable, todo ello muchas veces avalado y justificado por la expresa petición del propio paciente.

De esta forma y, de acuerdo a cómo se configura la conducta en diversas legislaciones, podremos tener varias posibilidades atinentes al sujeto pasivo de la conducta eutanásica:

a) Cuando la construcción de la conducta se basa únicamente en el ánimo de su autor, sin pormenorizar las situaciones en que se admitirá que exista tal situación, es decir, se configura como un *homicidio piadoso o pietístico* en términos generales, la única característica que se le exige a la víctima será precisamente encontrarse en una situación que infunda piedad en el otro, es decir, que subjetivamente lo llame a la compasión²²⁵. En consecuencia, estaremos en presencia tanto del enfermo terminal, como de la persona seriamente invalidada o que sufre enfermedades degenerativas, del niño con malformaciones graves, de la persona que es presa de dolores o padecimientos físicos o psicológicos insoportables, etc.

Además, debemos aclarar que, cuando se combina ese tipo de construcción, con el requerimiento de la solicitud o consentimiento de la víctima, deberá atenderse a lo que ésta determine de acuerdo a su propio criterio y situación personal si el sufrimiento o situación desmedrada en que se halla le parece o no insoportable y, en consecuencia, si amerita solicitar que se le ponga remedio mediante la muerte²²⁶.

²²⁵ Este es el caso del Artículo 106 del Código Penal Colombiano: “Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”.

²²⁶ “Por *graves sufrimientos padecidos* deben entenderse no sólo dolores sino cualesquiera situaciones de carencia de bienestar físico o psíquico que, siendo consideradas socialmente de importancia, resulten *subjetivamente insoportables* para el afectado”: “Propuesta alternativa al

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

b) En otros casos, se configura en torno a la situación de la víctima de la eutanasia –para distinguirla de aquélla que es sujeto pasivo del homicidio– un cierto requerimiento objetivo, de tal manera que si bien el ánimo del sujeto activo resulta determinante y, en ciertos casos, también el consentimiento del pasivo, ambas condicionantes no se dan independientes de consideraciones objetivas, tales como el grado de enfermedad o de compromiso vital de la víctima, por lo cual es común la exigencia, en ciertos ordenamientos, de que se trate de un *enfermo terminal* o que estemos en presencia de una calidad de vida *mínima* o *bajo mínimos*, conceptos que se procuran predefinir²²⁷.

Sin embargo, la forma de construcción de las figuras puede ser más o menos abierta, o sencillamente no depender del todo o en parte de predeterminaciones del legislador, sino de resoluciones judiciales, por lo cual es común que tales parámetros objetivos aplicables a la eutanasia resulten muchas veces más extensivos de lo que parecen, ya sea por el uso repetido de conceptos jurídicos indeterminados o por la ampliación paulatina producto de la interpretación jurisprudencial²²⁸, lo cual nos revela como propio del tipo de eutanasia o de la

tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 948.

²²⁷ “*Calidad de vida mínima*: Situaciones irreversibles de sufrimiento intolerable para el sujeto, de frustración definitiva de las expectativas más vitales, de importante restricción del nivel de conciencia o de la capacidad de comunicación”... “*Calidad de vida bajo mínimos*: Situaciones de ausencia irreversible de una mínima capacidad de conciencia y de relación con otros seres humanos. Los estados vegetativos permanentes constituyen el paradigma de estas situaciones”, según MIGUEL SANCHEZ GONZALEZ, “Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia” en *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (citado), pp. 364 – 365. Vid. También *Collins English Dictionary*, que define eutanasia como “the act of killing someone painlessly, especially to relieve suffering from an *incurable illness*”, citado por PAULA MC CORMACK, “Quality of life and right to die: an ethical dilemma” en *Journal of Advanced Nursering*, 1998, 28 (1), p. 63.

²²⁸El caso de Erika Küellmer en Alemania es un buen ejemplo de extensión jurisprudencial. La Segunda Sala Penal de la Corte Federal de Justicia (FCJ), el más alto tribunal civil de Alemania, dictaminó el 25 de junio de 2010, que en ciertos casos no es un delito dar por terminado el sistema de ayuda de un enfermo terminal. El Tribunal absolvió a un abogado que había sido declarado culpable en 2009 de intento de homicidio por un tribunal inferior en Fulda por haber aconsejado a una mujer para cortar el tubo de alimentación de su madre en estado de coma. La paciente, Erika

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

situación de considerar ciertas clases de eutanasia como no punibles, el extender constantemente tales situaciones hacia otras, es decir, hacer primar de una manera o de otra el criterio de subjetividad que se cierne sobre la situación en la que ha de encontrarse la víctima.

B. Tipicidad subjetiva

Este aspecto del delito de homicidio alude a las formas de dolo y a la culpa en el delito.

Si bien el delito de homicidio, como ya se explicara, pareciera a simple vista definido por el resultado “matar a otro”, lo cierto es que la configuración misma de la idea de delito en el ordenamiento jurídico chileno implica la *voluntad de*

Küellmer, nacida en 1931, había caído en un estado vegetativo después de sufrir una hemorragia cerebral en octubre de 2002. A pesar de que había expresado el deseo de no ser mantenida con vida artificialmente a su hija, no había constancia escrita en este sentido, y la gestión de la residencia de ancianos donde estaba confinada la mantuvo viva a través de la utilización de una sonda de alimentación. Ella había estado en ese estado durante cinco años cuando sus hijos, después de haber tenido enfrentamientos con el director del asilo de ancianos en la materia, llegaron a un acuerdo en 2007 mediante el cual el personal del asilo se comprometía a proporcionar la atención paliativa necesaria, para que pudiera morir en paz. El 21 de diciembre de 2007, la hija, con el asesoramiento del abogado, cortó el tubo de alimentación, en presencia de su hermano. Tanto la hija como el abogado Wolfgang Putz, un experto en derecho médico y defensor de los derechos de los pacientes, fueron acusados posteriormente de homicidio frustrado. La hija fue absuelta por “error” al haber seguido el consejo de su abogado y por lo tanto, de haber actuado sin culpa, pero el abogado fue condenado a nueve meses de prisión, Apelado dicho fallo, al revocar el veredicto del tribunal de distrito, el FCJ encontró que Putz “había actuado legalmente y en el interés del paciente”, ya que, el Tribunal declaró, “expresados los deseos de la paciente... se justifica no sólo el final del tratamiento, sino la etapa activa de poner fin o evitar el tratamiento que ya no se quería.” Al aceptar escuchar el caso, el juez Ruth Rissing-van Saan había declarado que “el tribunal tuvo como objetivo definir la línea entre 'matar' y 'muerte natural'.” (*Id*). El FCJ ya había dictaminado en 1994 que el tratamiento se puede terminar si el paciente ha dado su consentimiento previo, lo cual constituyó la base jurídica para la defensa Putz. Además, en 2005, la FCJ sostuvo que ningún hogar de ancianos o una institución similar “tiene derecho a forzar a un paciente a que se alimente a través de un tubo en contra de su voluntad”. En septiembre de 2009, una ley sobre testamentos en vida entró en vigor en Alemania, que ordena la consideración de los deseos del paciente en todo momento, hasta que se produce la muerte: Vid. Sección 1901a I BGB y descripción sobre las bases del Derecho Alemán en la materia: JOCHEN TAUPITZ AND ANIKA SALKIC, “Advance directives and legality of eutanasia under German Law”, en STEFANIA NEGRI (editora), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care* (citado), pp. 331-353.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

comisión. En efecto, el artículo 1° del Código Penal define delito como una acción u omisión *voluntaria* penada por la ley.

La idea de voluntariedad se traduce, en la construcción de diversas figuras penales, en la utilización de los vocablos “voluntaria”, “malicia” (y su derivado “maliciosamente”), “a sabiendas”, “a propósito”, “arbitrariamente”, “intencionalmente”, etc. Sin embargo, en el artículo 2° del mismo cuerpo legal (“las acciones u omisiones que, cometidas con *dolo o malicia* importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa de quien las comete”) se recogió desde el Derecho Civil un término que originalmente no había utilizado la Comisión Redactora del Código Penal y que consiste en la palabra *dolo*, la cual fue equiparada a la idea de “malicia”.

De esta forma, la punibilidad se estableció sobre la base de la existencia de este dolo o malicia en la conducta y en la sesión 116 y 117 de la Comisión Redactora, se aclaró que sólo en casos excepcionales que el propio Código se encargaría de señalar, podrían sancionarse conductas no realizadas con voluntad, dolo o malicia sino simplemente con imprudencia o culpa²²⁹.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, considera que la voluntad presente en el dolo no debe ser equiparable a la voluntad de infringir el ordenamiento jurídico que necesariamente implica *conciencia de ilicitud jurídica*. De allí, entonces, que el dolo se refiera a un elemento de reprobación moral consistente en que la voluntad, en que se aúnan captación, volición y decisión (entender lo que se hace o se deja de hacer, quererlo cometer y decidir cometerlo), se ordena a la realización de una conducta respecto de la cual se tiene conocimiento que producirá el resultado típico. En el caso que nos ocupa, voluntad ordenada a la

²²⁹ ALFREDO ETCHEBERRY: I *El Derecho Penal en la Jurisprudencia (Parte General)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987, 2ª. Edición) p. 229.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

comisión de una conducta que significará *matar a otro*. Sin embargo, en lo que sí se producen fuertes discusiones es en lo relativo a dónde se ubica tal voluntad, ya que para algunos ésta reside en el tipo, y para otros, en el juicio de reproche o culpabilidad.

En este estudio nos inclinaremos a sostener que parte integrante del tipo penal es la voluntad de producir el resultado, para dejar a la reprochabilidad de la conducta la valoración de esa voluntad²³⁰. Sin embargo, no es en realidad la pura voluntad del individuo la que se traduce en el concepto de dolo, sino también la integración de ésta con la conciencia o representación del nexo causal entre el acto que se ejecuta y el resultado típico.

B.1. El dolo en el delito de homicidio. Sus figuras afines

Si bien cierto sector de la doctrina, considera que en ciertos delitos debe existir un dolo específico, a diferencia de una suerte de dolo general de otras figuras penales, lo cierto es que cada delito implica un dolo específico, relacionado directamente con el resultado propio de la acción u omisión que se comete. En consecuencia, en el homicidio el dolo específico se identifica con el conocimiento del nexo causal entre la acción omisión matadora y el posible resultado de muerte que de ésta emana, teniendo la intención de producir precisamente ese resultado.

Sin embargo, no debe confundirse la voluntariedad que implica la intención con la intención que se produzca el resultado o con el placer que éste puede proporcionarle al sujeto. De esta forma, existirá *dolo directo* en el delito de homicidio, aunque el autor no desee la muerte de su víctima, siempre y cuando

²³⁰ Según MARIO GARRIDO MONTT: *El homicidio y sus figuras penales* (citado)p. 59, siguiendo a HANS WELZEL, *Derecho Penal* (Buenos Aires, 1956) p. 73: “toda acción consciente es llevada por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el elemento intelectual – y la decisión de querer realizarlo – el elemento volitivo -. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real, constituyen el dolo” y a GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, p. 33: “Actúa dolosamente quien actúa con conciencia de concretar el tipo penal”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

actúe voluntariamente y a sabiendas que de su acción u omisión se derivará la muerte de ésta como una consecuencia irremediable. Es por tal razón que la acción realizada a sabiendas que derivará en la muerte de varias personas (como por ejemplo, incendiar una casa con sus ocupantes adentro o poner una bomba en un avión lleno de pasajeros) implica dolo directo de homicidio, aunque la intención del autor haya sido ejecutar tal acto para eliminar a uno solo de los habitantes o de los pasajeros.

Por el contrario, la pura intención de producir el resultado no es equiparable al dolo, como por ejemplo en el caso que una persona que, deseando la muerte de otra, sin embargo cometa una acción en contra de ésta que de suyo sólo le provocaría lesiones, pero por una circunstancia propia de la salud de la víctima y desconocida para el autor, sí le causa la muerte.

De esta forma, entonces, el dolo homicida implica la voluntad de concretar el tipo, lo que no sólo significa tener conocimiento del resultado matador, sino también de las circunstancias fácticas que permitirán alcanzarlo. Por ello, no se configurará el dolo homicida con un simple querer dañar indeterminado, sino con un “querer matar”, asociado con la conducta que se realiza.

Por su parte, habrá *dolo eventual* cuando el autor no tiene la intención directa o indirecta de causar el resultado típico, sino que se limita a tomar a su cargo lo que, por presentársele como probable, puede, frente a su conciencia, eventualmente ocurrir²³¹. En consecuencia, la reprochabilidad moral en el dolo eventual no emana de tener la voluntad matadora, en el caso del delito de homicidio, sino de

²³¹ *Ibíd.*, p. 63. Sin embargo, hemos preferido referirnos a no tener la voluntad de causar el resultado típico en vez de no tener voluntad de delinquir – como se expresa en la obra citada –, pues el autor puede tener dolo directo de cometer otro delito y sólo dolo eventual respecto del delito de homicidio, por ejemplo, quien esta vez incendia un edificio desocupado para cobrar el seguro, aceptando eventualmente el resultado de muerte de un posible cuidador o persona menesterosa que pudiera refugiarse allí.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

representarse la muerte de otro como posible y no manifestar voluntad alguna de evitación de la conducta iniciada.

Estas consideraciones se reproducen también en el parricidio y en el infanticidio, pues la ley penal chilena no realiza ningún tipo de exigencia específica respecto del dolo de estos delitos, como ocurre en otras legislaciones, en las cuales el infanticidio es considerado expresamente como una forma de evitación de la deshonra.

En el caso de la eutanasia, el dolo cobra sin duda una especial importancia, porque implica, si se quiere, una mayor cantidad de elementos propiamente subjetivos que el dolo homicida. Ello se debe, fundamentalmente, a que en la configuración de la eutanasia no basta el querer, es decir, el ordenar la voluntad a matar a otro, sino el querer hacerlo para que su situación de sufrimiento, su padecer o su situación de mala calidad de vida termine. Tal cosa induce a varias discusiones e incluso equívocos en torno a la materia, como por ejemplo, frente al argumento de constituir una razón para despenalizar a la eutanasia, el hecho que la intención del agente no es la muerte de la víctima sino aliviar su sufrimiento.

Sobre ello es necesario aclarar que cuando la voluntad del autor efectivamente se ha ordenado *sólo* hacia la evitación del dolor o del sufrimiento y ello queda demostrado a través de la naturaleza de los medios empleados –como por ejemplo, el uso de fuertes dosis de opiáceos en cánceres resistentes a otro tipo de analgesia para aliviar dolores severos-, pero se produce la aceleración del proceso de muerte a causa de ello, efectivamente estamos ante una conducta no punible, que tampoco debe ser calificada como eutanasia, pues en realidad no existe voluntad matadora, sino que se ha producido una situación de doble efecto: producción de un resultado no querido, a partir de una acción ejecutada con miras

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

a un resultado bueno, que es el alivio del dolor humano, sin tener otra forma de obtenerlo²³², lo cual ya se ha explicado vastamente en el capítulo anterior.

Sin embargo, cuando el autor considera que la forma de aliviar el sufrimiento de la persona es precisamente infligirle la muerte, y ello se demuestra con el uso de métodos de suyo matadores o que resultan un exceso innecesario respecto de los que se hubieran de verdad requerido para sólo aliviar el dolor, sí estamos en presencia de un atentado contra la vida, que se identifica con el dolo del homicidio. La pretensión de que tal conducta se considere impune significa confundir el dolo con la intención de producir el resultado, lo que como se ha explicado, no es lo mismo. En consecuencia, de acuerdo al ordenamiento chileno, la muerte no deseada de otro pero que se causa intencionalmente cabe dentro de la figura de dolo homicida, no importa si el autor la visualiza como la única forma de liberar a la persona de una vida de mala calidad.

Precisamente, a propósito del comentario sobre las situaciones enmarcables en la teoría del doble efecto, hay quienes estiman que la eutanasia punible no sería posible de cometer con dolo eventual sino tan sólo con dolo directo, pues el dolo eventual configuraría una situación distinta y no punible.

Al respecto, es importante hacer un claro distingo entre la doctrina del doble efecto y el dolo eventual, basándonos en los siguientes argumentos:

²³² JOHN KEOWN: "Euthanasia in England: Courts, Committees and Consistency" en *Med Law* (1997) 16, p. 806: "Adoptar el concepto de "doble efecto", que permite, por ejemplo, la administración de medicamentos paliativos para aliviar el sufrimiento incluso si, como una consecuencia no deseada, esta decisión puede acortar la vida. Del mismo modo, permite decidir si se mantiene o se retira un "tratamiento desproporcionado", incluso si el tratamiento podría prolongar la vida. Esto no es "eutanasia pasiva" - homicidio intencional por omisión - ya que la intención del médico es suspender un tratamiento desproporcionado, por no terminar con la vida". La traducción es nuestra.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

a) El dolo eventual no sólo implica conocer la posibilidad del resultado de muerte que puede derivar de la acción, sino también el aceptar dicho resultado y *no preocuparse por evitar que ocurra de forma alguna*. De allí, entonces, que no hay dolo eventual si el autor no se representó siquiera las posibilidades de muerte o si se confió en poder evitarla.

b) La muerte debe producirse como consecuencia de la acción u omisión ejecutada por el sujeto; en consecuencia, debe haber un nexo causal entre ella y el resultado, por lo cual no habrá dolo eventual allí donde la muerte se produciría de todos modos y, por esta razón, es una posibilidad aceptada pero no consecuencia del obrar del agente.

c) Por último, es indispensable la revisión de las circunstancias y antecedentes del hecho, ya que será muy distinta la muerte producto directo o indirecto del obrar eutanásico que la muerte que sobreviene dentro de un marco de cuidados paliativos, en los que existe conciencia de que la muerte del sujeto será un hecho que necesariamente ocurrirá pronto, y, por tanto, se procura acompañarlo y aliviarlo, ante la imposibilidad real de curarlo.

De esta forma, la fundamental diferencia entre el dolo eventual del delito de homicidio, capaz de ser aplicado también a la figura de la eutanasia, y la de las acciones implícitas en la doctrina del doble efecto es que mientras en el primero subsiste en forma íntegra el reproche moral del que se hace cargo el derecho –por constituir la aceptación, por parte del agente, de atentar contra el bien jurídico vida–, en el segundo la conducta se encuentra moralmente justificada, porque no sólo no busca sino que no permanece indiferente ante el resultado de muerte, el cual se evita por todos los medios proporcionados

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

En este contexto, nos parece severamente inductor de errores el tratamiento de la ya mencionada *eutanasia activa indirecta*, cuya conducta “está dirigida a evitar el dolor, pero produce un paulatino acortamiento de la vida”²³³, por varias razones.

La más importante deriva de si efectivamente estamos en presencia de métodos que es indispensable usar para aliviar el dolor del enfermo y éste se encuentra en una fase terminal de su enfermedad, el acortamiento de la vida no implica atentado contra tal bien jurídico, pues se trata sencillamente del tiempo de duración de la agonía, y sin duda no estamos en presencia de ninguna clase de dolo de matar, ni directo ni eventual, sino de la ejecución de una conducta debida de acuerdo a la *lex artis*. Por otra parte, si tales métodos no son científicamente necesarios para aliviar el dolor del enfermo o si éste tiene efectivamente posibilidades de salvarse de su enfermedad, estamos al menos en presencia de un dolo eventual de matar, por lo cual la calificación de *indirecta* es totalmente superflua.

De esta forma, el primer tipo de conducta no es propiamente eutanasia, no corresponde a la definición operativa que manejamos en este estudio y resulta más bien inductora de errores, mientras que la segunda lo es propiamente y no corresponde la aplicación del adjetivo *indirecta*, pues cuenta sin lugar a dudas con el dolo de matar, frente al que la circunstancia de aliviar el dolor es la motivación del agente pero no resultado atípico que pudiera su justificar su actuar.

Constatamos, así, que la modalidad que adquiere el dolo del delito de homicidio es aplicable al de eutanasia, con la salvedad de que la captación de la situación, volición y decisión no sólo se ordena al matar a otro, sino al hacerlo-para, es decir, hay una motivación determinada, que de estar ausente de esa manifestación

²³³ JUAN JOSE GONZALEZ RUS: Ob. Cit, p. 102.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

de voluntad, no deja a la conducta impune, pero sí la transforma en otro atentado contra la vida de naturaleza más general.

B.2. La culpa en el delito de homicidio y demás figuras afines

Como lo ha expresado Welzel, “los hechos culposos son actos que direccionalmente pretenden alcanzar una meta corrientemente indiferente al derecho, pero que causalmente han sido aptos para matar, porque en ellos no se puso el mínimo necesario en la actividad finalista, para evitar esa muerte”²³⁴, lo que identifica a la culpa con la idea de negligencia y con la de imprudencia.

La doctrina, comúnmente, distingue dos tipos de culpa, ambos considerados sancionables: aquella *inconsciente* (es decir, en la cual se produce la imprevisibilidad, por parte del agente, del resultado de sus actos, como el caso de aquél que juega con una pistola cargada sin prever que puede dispararse y herir o matar a quien lo acompaña) y la de tipo consciente (en la cual, si bien el sujeto es capaz de prever el resultado de su acción, erróneamente confía en poder evitarlo, como el caso de quien conduce a exceso de velocidad, seguro de que su capacidad de conducción lo hará evitar accidentes que tengan resultados lesivos para él u otros).

La culpa consciente ha de ser distinguida del dolo eventual: en la primera existe confianza de evitación del resultado por parte del agente, mientras que en el segundo a éste el resultado posible le es indiferente o lo acepta en el caso de suceder, por lo cual no se representa ninguna clase de evitación del mismo.

Graf zu Dohna engloba, por su parte, a la culpa en un concepto que incluye a los dos tipos mencionados: “actúa culpablemente quien no pone la diligencia a que está obligado y de la que es capaz, de acuerdo con las circunstancias y con sus

²³⁴ HANS WELZEL: Ob. Cit, p. 43.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

condiciones personales, y por ello no prevé que pueda concretarse el tipo de la acción punible o aun previéndolo confía en que no se producirá²³⁵.

El artículo 490 del Código Penal exige, para que constituya cuasidelito un atentado contra las personas, el actuar con “negligencia temeraria”, mientras que en el artículo 492 del mismo cuerpo legal se considera que cuando ha mediado infracción a los reglamentos aplicables al caso bastará “mera imprudencia o negligencia” para que se produzca el cuasidelito. De la lectura de estos preceptos se hace perfectamente aplicable la figura de la culpa al delito de homicidio, procediendo a sancionarlo bajo la forma de cuasidelito en la normativa ya señalada.

Sin embargo, para que se cometa el delito culposo en esta materia no basta sólo culpa, es decir, la falta de previsibilidad o la confianza del agente en la producción de un resultado de muerte, sino también que exista un comportamiento humano voluntario, que esa acción u omisión produzca el resultado típico y antijurídico, es decir, la muerte de otro; que haya existido la obligación de prever el resultado; y que haya relación de causalidad entre la acción u omisión mencionada y el resultado causado²³⁶.

En esta materia, la construcción misma que implica la figura de la eutanasia imposibilita absolutamente considerarla como una conducta susceptible de ser sancionada como cuasidelito. Ello se debe, entre otras razones, a que si bien es perfectamente posible que en ámbitos cercanos al que normalmente constituye el escenario de muchas conductas eutanásicas, es decir, el del ejercicio de la profesión médica u otras profesiones sanitarias, pueda cometerse el homicidio

²³⁵ Citado por MARIO GARRIDO MONTT: *El homicidio y sus figuras penales* (citado), p. 95.

²³⁶ JAIME CAMPOS QUIROGA, “La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1992, p. 23.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

culposo²³⁷, tal cosa no implica en absoluto que por esta causa puedan asimilarse a él conductas eutanásicas, ya que éstas –para materializarse– requieren, mucho más que culpa o negligencia, sino dolo de matar, ya sea directo o eventual, lo cual implica que el resultado de muerte no es una posibilidad imprevisible por negligencia o que se considere erróneamente posible de evitar, que por el contrario, *es un efecto buscado o al menos plenamente aceptado*.

Por otra parte, como lo ha dicho repetidamente la doctrina, el homicidio culposo dentro de la actividad médica puede identificarse claramente con el incumplimiento de las obligaciones profesionales del médico, ya sea por su falta de diligencia o su incapacidad de prever los resultados dañosos de sus conductas. Sin embargo, en el caso de la eutanasia, ocurre paradójicamente lo contrario, pues si bien el aceleramiento o el infligir la muerte al paciente pudiera ser mirado éticamente como una renuncia del médico, ya sea a su deber curativo o al menos asistencial del moribundo, para los partidarios de esta figura la eutanasia se constituye en una conducta justificada, pues se constituiría en una forma del médico de cumplir ya sea con la voluntad del paciente, manifestada directamente a través de voluntades anticipadas o de un representante con un imperativo ético de hacer cesar mediante la muerte una situación de sufrimiento o de una calidad de vida disminuida que no considera tener otra forma de remediar, aun no contando con dicha voluntad manifestada²³⁸.

²³⁷ Vid. ALFREDO ETCHEBERRY, “Tipos penales aplicables a la actividad médica” en *Revista Chilena de Derecho* volumen 13 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986) pp. 271 – 280; CARLOS KÜNSENMÜLLER, “Responsabilidad penal en el acto médico”, en *Revista Chilena de Derecho* vol. 13 (Santiago, P. Universidad Católica de Chile, 1986) pp. 259 – 269 y MANUEL GUZMAN VIDAL, Ob. Cit, entre otros.

²³⁸ “Si el paciente no puede tomar una decisión responsable la cuestión dependerá de su voluntad presunta. Para su determinación debe tenerse en cuenta no sólo sus eventuales manifestaciones anteriores, sino también el grado de cercanía de la muerte, su probabilidad, la medida en que se acorta la vida, así como su dificultad para soportar el dolor”: CLAUS ROXIN, “El tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-10 (1999), disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Se trate, entonces, de considerar a la eutanasia como justificada, o tan punible como el homicidio doloso, lo cierto es que la figura de la culpa no le resulta aplicable, pues en ella se verifica una clara intención y previsibilidad del resultado y un motivo que difiere mucho del curativo, que se traduce en la muerte del paciente o de la persona afectada por alguna clase de padecimiento, precisamente porque es el dolor y el sufrimiento el que se considera como un fracaso, ya sea en lo particular de la medicina o en lo general, de la sociedad.

C. Antijuridicidad del delito de homicidio y demás figuras afines

C.1. Concepto de antijuridicidad

En nuestro Código Penal, la antijuridicidad se entiende como contradicción con el ordenamiento jurídico, lesiva, actual o potencialmente, de los bienes jurídicos por él protegidos, ya sea de manera material o formal²³⁹. De esta manera, el concepto abarca tanto los aspectos sustantivos como puramente formales contenidos en las respectivas normas jurídicas que implican la protección de bienes, tal como, en el caso que nos ocupa, la vida.

Este elemento, que sin duda se encuentra relacionado con la tipicidad, sin embargo, tiene una existencia propia. La doctrina mayoritaria ha considerado que la tipicidad constituye un *indicio* de la antijuridicidad de la acción o de la omisión²⁴⁰, pero no se confunde con ésta, porque mientras en el tipo los elementos objetivos y subjetivos revisados se vinculan directamente con la comisión de una determinada conducta, con la causación material de un resultado y con la intención o negligencia que se ha tenido al realizarlo, la antijuridicidad se constituye en un juicio o apreciación que se hace sobre dicha conducta típica –

²³⁹ LUIS COUSIÑO MAC IVER: Ob. Cit, p. 87.

²⁴⁰ *Idem*, siguiendo a J. BAUMANN, E. CURY, JIMENEZ DE ASUA, G. LABATUT, MAURACH y NOVOA, entre otros, en la p. 99.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

anunciadora de la transgresión del derecho— para determinar si efectivamente ha significado el atentado al que nos referíamos antes, respecto de bienes jurídicos que éste protege. De allí, entonces, que no toda conducta típica es antijurídica, pero para que se produzca la antijuridicidad penal es menester la existencia de una conducta típica, sobre la cual realizar la apreciación mencionada.

La idea de antijuridicidad se vincula, de esta forma, con una apreciación respecto del valor o disvalor de la conducta típica que se ha cometido, tanto en lo que se refiere a los aspectos objetivos como subjetivos de ésta.

En el caso del delito de homicidio, lo cual es plenamente compartido por los sistemas jurídicos en los cuales se considera a la eutanasia como un delito, la calificación de antijurídico, se traduce en que la acción u omisión que produce el resultado de muerte, o al menos intenta producirlo, transgrede el bien jurídico protegido por el ordenamiento, que es la vida. Sin embargo, ese bien jurídico no se presenta como un absoluto, de tal manera que pudiera confundirse la tipicidad de la conducta con su antijuridicidad, porque claramente no sólo la ética sino también el derecho admiten la existencia de causales de justificación o de *causales de exclusión de lo injusto*, terminología —esta última— utilizada por Mezger²⁴¹.

C.2. Causales de justificación del matar a otro. Su aplicabilidad a la eutanasia

En estas situaciones, estamos en presencia de circunstancias que, a juicio de ciertos autores, transforman la conducta en un actuar *conforme a derecho*. Sin embargo, para otros autores, no se trata de conductas que se ajusten al derecho, pues por ejemplo nunca matar a otro será una conducta conformada con el

²⁴¹ EDMUND MEZGER: I *Derecho Penal* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957) p.159.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

derecho, sino que lo que se produce es que la norma prohibitiva (el “no matar”, en el caso que nos interesa) cede ante la existencia de una norma permisiva de causar el daño, como es el caso de la permisibilidad de “matar a otro en legítima defensa”. Por esta razón, la conducta respectiva es típica, es decir, coincide perfectamente con el diseño de la acción u omisión constitutiva del tipo, pero al hacer el análisis de su injusticia o de la transgresión que significa para el ordenamiento, éste se cruza con un elemento que altera dicho juicio y que es precisamente la norma permisiva, la cual produce una suerte de *neutralización*²⁴² del injusto, pero no la entrada de la conducta al mundo de lo valorado jurídicamente de forma positiva o favorable.

Vale la pena destacar, desde este punto de vista, que la palabra *justificación* que se utiliza para este caso, no puede identificarse con la forma convencional en que podemos utilizar el término, pues no se trata aquí de que el autor dé cuenta de sus actos y realice sobre ellos una suerte de apología justificante, indicando sus motivos o sus intenciones, sino que se trata de circunstancias que de suyo implican la exclusión de la antijuridicidad necesaria para conformar el delito, ello sin perjuicio de que será necesario probar procesalmente su concurrencia.

En nuestro ordenamiento, operan precisamente como causales de justificación las señaladas en los números 4 y 5 del artículo 10 del Código Penal (legítima defensa), n° 7 y 11 de éste (estado de necesidad justificante), n° 10 y primera parte del n° 12 del mismo (obrar en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de un derecho). Además, se ha planteado por la doctrina como posibles otras causales de justificación supralegales, de las que trataremos en particular, al consentimiento, por tener estrecha vinculación con nuestro tema.

²⁴² ENRIQUE CURY: Ob. Cit., p. 124.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

a) La legítima defensa de un derecho

Respecto del delito de homicidio, la causal de justificación de legítima defensa, que consiste en “un acto típico, racionalmente necesario para impedir una agresión ilegítima, realizada por un particular y que recae sobre el agresor o sobre los medios de los cuales se sirve”,²⁴³ es un muy importante tema, no sólo porque nos enfrenta a la situación del carácter absoluto o no del derecho a la vida, sino porque nos demuestra la capacidad de defensa que una persona agredida puede tener respecto de ese bien o del mismo, cuando es vulnerado.

Implica, en el caso de esta figura punible, la justificación de “matar a otro” cuando se produce por parte de la víctima una agresión ilegítima contra el autor u otra persona, cuando exista racionalidad del medio empleado para repelerla y cuando no haya mediado provocación suficiente por parte de quien se defiende o defiende a otro.

Sin embargo, no detallaremos más este punto en la presente investigación, por distar mucho de las causales de justificación que pueden ser invocadas respecto de la eutanasia, que no es una conducta defensiva frente a la agresión de un derecho, sino que, por el contrario, busca siempre presentarse como una conducta compasiva, destinada a la ayuda de otro, a darle un trato piadoso²⁴⁴.

²⁴³ MANUEL DE RIVACOBIA: “Del fundamento a la defensa en la legítima defensa” en *Homenaje a R.P. Julián Pereda* (s/d edición) p. 251.

²⁴⁴ Sin perjuicio de lo cual, recomendamos al lector interesado, la lectura del capítulo sobre Legítima Defensa en LUIS COUSIÑO MAC IVER: Ob. Cit, pp. 159 – 330; como asimismo la lectura de LUIS BARRAGAN MATAMOROS, *La legítima defensa actual* (Barcelona, Bosch, 1987), que realiza una conveniente sistematización de los diversos tipos de legítima defensa; de DIEGO – MANUEL LUZON PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Barcelona, Bosch, 1978), que aporta interesantes disquisiciones acerca de si la agresión ilegítima da pábulo a la legítima defensa porque daña al ordenamiento jurídico, o la permite porque el dañado es *el derecho* de la persona agredida.

b) Estado de necesidad justificante

Luego de la dictación de la Ley n° 20.480, publicada en el Diario Oficial de 18 de Diciembre de 2010, se amplió en la ley chilena el llamado estado de necesidad justificante, pues a la figura que ya existía en el n° 7 del artículo 10 del Código Penal, se agregó otra introducida en el n° 11 del mismo artículo. Revisemos, pues, en qué consiste cada una de las figuras referidas:

b.1. Estado de necesidad y su fundamentación

Esta causal de justificación consiste en “la situación de peligro actual en que se encuentran los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, en el cual no existe otro recurso, para la protección de aquellos de mayor valor, que la lesión o el sacrificio de los que tienen menor valor”²⁴⁵.

De allí, entonces, que el estado de necesidad, desde el punto de vista conceptual, requiera para ser tenido en cuenta como circunstancia de justificación de una conducta típica:

- i. Una situación de peligro actual o inminente

Ésta debe reunir a su vez ciertas características, pues no todo peligro o amenaza que se cierna sobre bienes jurídicos hace procedente la lesión que se ampara en el estado de necesidad. En efecto, debe tratarse de una situación de peligro de tal entidad que constituya una amenaza cierta de daño, pero con la precisión de que tal amenaza no debe emanar de la imposición misma del derecho, sino de la naturaleza, de un caso fortuito, de la fatalidad o incluso de una acción ilegítima que pudiera sufrir el sujeto. Ello se explica porque muchas veces una persona

²⁴⁵ LUIS COUSIÑO MAC IVER: Ob. Cit, p. 331.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

debe aceptar cierto daño producido a sus derechos o lesión de ellos, en razón de exigencias legales –como por ejemplo, en el caso del cumplimiento de una pena privativa de libertad o cuando se soportan medidas decretadas dentro de las atribuciones de la autoridad ejercidas bajo la vigencia de estados de excepción constitucional– y tales situaciones no podrán transformarse nunca en aquéllas que lo ponen en situación de actuar bajo estado de necesidad.

En la perspectiva médica, el estado de necesidad podría derivar del deber profesional y ético del médico enfrentado ante una situación extrema de dolor y sufrimiento de su paciente, si bien ha de precisarse que el derecho afectado sería de titularidad del mismo sujeto al que se quiere beneficiar: “Si la eutanasia indirecta es impune se debe a que junto a la voluntad del paciente orientada a un resultado concreto, se añade la consideración de que, dado el caso, el deber de alargar la conservación de la vida cede frente a la obligación de atenuar el sufrimiento. Una vida algo más corta sin graves dolores puede ser más valiosa que otra no mucho más larga acompañada de un sufrimiento apenas soportable”²⁴⁶.

ii. El peligro ha de afectar a un bien que el ordenamiento jurídico protege

Se considera de relevancia frente a la eventual lesión que se puede cometer para defenderlo, como por ejemplo el derecho a la vida o a la integridad física y psíquica.

Ello, sin embargo, no significa que entre los bienes jurídicos exista una especie de jerarquización relativa al estado de necesidad, que indique que sólo la amenaza de algunos lo justifica. Se trata, en realidad, de la importancia o trascendencia que dicho bien ha de tener frente al bien que se lesiona, y ello puede depender no sólo de lo muy fundamental que sea el derecho, sino por ejemplo de que se trate de un derecho ilegítimamente vulnerado, lo que lo sitúa en una situación de preminencia

²⁴⁶ CLAUS ROXIN: “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia” (citado).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

sobre un derecho de idéntica naturaleza que se vulnera para proteger al primero, como el caso de la persona que, para evitar ser objeto de un hurto o robo en su propiedad, lesiona el derecho de propiedad de otro.

iii. No practicabilidad de otro medio menos perjudicial

Frente al peligro señalado, el sujeto activo del estado de necesidad debe encontrarse en una situación tal que implique la impracticabilidad de otro medio menos perjudicial, lo cual hace esta característica análoga al requisito de necesidad racional del medio empleado, en la legítima defensa.

Se trata, pues, de un juicio de inevitabilidad que de suyo tendrá rasgos subjetivos, porque dependerá del sujeto y no sólo de las características objetivas de la situación, pero ello no significará que sea tan sólo una decisión subjetiva. El juez deberá examinar la situación procurando ponerse imaginariamente en la situación del sujeto que actúa, y estudiar cuáles fueron las posibilidades que a éste se le presentaron, no sólo fácticamente, sino en cuanto a su capacidad de percepción, de acuerdo al lugar, a su estado emocional y a la urgencia de la decisión tomada.

iv. Acción protectora

Sobre la base de los elementos anteriores, el sujeto debe realizar una acción protectora, destinada a eliminar el peligro o la agresión que se desencadena en contra del o de los bienes jurídicos puestos en peligro. Esta acción puede ejercitarse en beneficio propio o de terceros, siempre y cuando ni el que actúa ni dichos terceros hayan realizado una conducta ilícita motivadora del mal o del peligro, en cuyo caso la acción que realiza el sujeto podrá considerarse exculpada eventualmente por no exigibilidad de otra conducta, pero no podrá bajo ninguna perspectiva excluir la antijuridicidad del hecho.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

v. Vulneración o lesión de otro bien jurídico protegido por el ordenamiento

Finalmente, la acción protectora debe significar una vulneración o lesión de otro bien jurídico protegido por el ordenamiento. Sin embargo, respecto de ella no se produce intencionalidad, es decir, no se busca por el sujeto que actúa el daño o lesión de ese bien, sino que éste es consecuencia necesaria de la acción de protección que inevitablemente debió realizar. En consecuencia, la dirección de la acción no está determinada a causar la lesión, sino a la protección de un determinado bien que se considera jerárquicamente superior, de lo cual emana como resultado no querido pero sí aceptado la lesión de otro bien menos importante.

Debe tenerse presente que el bien sacrificado corresponde a la titularidad de un tercero inocente, pero no se trata de un bien del cual es titular el mismo sujeto al que pretende defenderse: “(El sujeto pasivo) es la persona natural o jurídica que soporta los efectos de la acción típica realizada por el sujeto activo. Una misma persona no puede ser, simultáneamente, sujeto activo y sujeto pasivo. Así, por ejemplo, no podrá ser sujeto pasivo quien ejecute la acción salvadora de uno de sus bienes jurídicos, aun cuando de ese modo, perjudicando parte de sus bienes, salve otros de ellos (si un quídam, para salvaguardar de un incendio su casa, destroza la contigua que también le pertenece esperando en que, perjudicando ésta, impedirá la invasión del fuego en aquella). Esto se debe a que su conducta - de querer salvar una casa, destruyendo otra- no es típica y, por tanto, no soporta los efectos de una acción típica protectora. "Así como no existen delitos -dice Cousiño- en contra de sí mismo, porque no puede ser sujeto pasivo de ellos el propio sujeto activo, tampoco el necesitado que destruye la cosa que le pertenece realiza una acción justificante, pues su hecho no es típico"²⁴⁷.

²⁴⁷ JULIO ALMARZA GALDÓS: “Estado de necesidad justificante”, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf, sitio consultado en octubre de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Explicado ya lo relativo a los aspectos conceptuales del estado de necesidad, conviene aclarar que hemos querido referirnos a él por dos razones fundamentales: la primera, para examinar si este estado puede o no ser invocado como causal de justificación frente al delito de homicidio y, en segundo orden, qué trascendencia tiene su invocación a propósito de las conductas eutanásicas, ya que –a diferencia de la legítima defensa, perfectamente aplicable al delito de homicidio, pero particularmente no a la conducta eutanásica– en el caso del estado de necesidad, nos encontramos con un escenario muy distinto si analizamos la opinión de la doctrina.

b.2. Figura del n° 7 del artículo 10 del Código Penal

Para responder a estos interrogantes, es menester dirigirnos a la forma de construcción de esta causal de justificación en el Derecho Chileno, la cual se encuentra primeramente en el artículo 10 n° 7 del Código Penal. En este numeral, se expresa: “Están exentos de responsabilidad penal... 7° El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. 2ª. Que sea mayor que el causado para evitarlo. 3ª. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

De esta forma de redacción de la causal podemos extraer ciertas conclusiones destinadas a examinar su aplicación frente a la conducta “matar a otro”. El bien jurídico atentado tiene sin duda la misma amplitud que describíamos antes desde el punto de vista conceptual, es decir, puede ser tanto un bien de tal entidad como el derecho a la vida, como asimismo otro que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico. Asimismo, puede tratarse indistintamente del derecho del mismo sujeto que actúa como del derecho de un tercero siempre que, como ya se

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

ha explicado, no se haya creado el “mal” como consecuencia de una acción ilícita de su titular, ni se esté obligado a tolerarlo por imposición del derecho.

Sin embargo, donde sí se produce una suerte de restricción desde el punto de vista de la comparación de la figura del Código con la conceptual es en cuanto al bien jurídico susceptible de vulneración o lesión como resultado de la acción protectora del sujeto, pues el artículo 10 n° 7 lo limita de modo terminante al “daño en la propiedad ajena”. De esta forma, sin perjuicio de que exista cierta amplitud respecto al bien jurídico que será defendido por la acción protectora del agente, el bien que resultará vulnerado por ella no puede ser sino la *propiedad de otro*, y no un bien de naturaleza distinta, y en una forma que, de no mediar el estado de necesidad, sería constitutiva de delito, lo cual es precisamente lo que explica la aplicación de la causal respectiva.

Esta última precisión resulta en extremo importante por dos causas: primero, porque cuando el Código Penal habla de “propiedad” lo hace siempre en sentido estricto y en lo relativo a la que puede ejercerse sobre cosas corporales o sobre derechos de connotación patrimonial²⁴⁸, por lo cual debe excluirse aquí la pretensión de introducir como posible bien vulnerado a la propiedad sobre el resto de los derechos²⁴⁹ –lo cual nos ahorra entrar aquí a las precisiones constitucionales que nos veremos obligados a realizar más adelante-; segundo, porque de ello emana la clara conclusión de que la conducta “matar a otro” o, en general, la privación de la vida o el atentado contra la integridad física o psíquica de otro ser humano no podrán nunca ser consideradas como liberadas de

²⁴⁸ “La palabra propiedad está usada aquí como sinónima de derechos patrimoniales, al igual que sucede en el Título IX del Libro Segundo, vale decir, delitos de hurto, robo, usurpación, defraudaciones, estafas y otros engaños, incendios, estragos y daños”: EDUARDO NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960) p. 385.

²⁴⁹ “Sería peligroso autorizar los daños graves que pudieran inferirse a las personas al amparo de esta disposición... y en cuanto a daños leves, no vale la pena consignar una disposición que rara vez tendría aplicación y se prestaría para abusos”: ACTAS DE LA COMISION REDACTORA DEL CODIGO PENAL (121ª. Sesión, 24 de marzo de 1873) p. 218.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

antijuridicidad por esta causal de justificación, dentro del ordenamiento jurídico chileno²⁵⁰.

De esta forma, entonces, sería imposible considerar que el Código Penal ha autorizado en esta figura, por la vía del estado de necesidad, cometer conductas tales como el aborto “terapéutico”²⁵¹ –pues no existiría causal de justificación para privar a un ser humano de la vida para salvar la de otro- ni tampoco podría considerarse como validada por el derecho la conducta consistente en “matar a otro” o en “dejarlo morir” para salvaguardar valores tales como su dignidad o su presente derecho a “bien morir”.

Examinado ya el caso del estado de necesidad en relación con el delito de homicidio y, en general con los atentados contra la vida que sanciona el Código Penal, y tenido en consideración que la redacción de la figura del artículo 10 n° 7 impide su aplicabilidad en estos casos, cabe entonces examinar qué sucede con el caso de la eutanasia.

A priori, si tomamos en cuenta que en el ordenamiento chileno, la eutanasia no existe como figura individual, sino que puede hasta cierto punto asimilarse al homicidio –con todas las prevenciones de las que hemos ido dando cuenta en el desarrollo de esta investigación-, podríamos decir que la figura del estado de

²⁵⁰ Ya que, aunque ciertos autores postulen, como se hizo en el Proyecto de 1936 de Silva – Labatut, la posibilidad de atentar en estado de necesidad “contra el derecho de otra persona”, sin restringirlo a lo patrimonial, ello no significará nunca abrir esta posibilidad hacia el atentado contra la persona misma: “La intangibilidad de la existencia, sea total o parcial, no puede justificar jamás un ataque en su contra, a pretexto de estado de necesidad, salvo por aplicación del principio de insignificancia o de medidas sanitarias en el supuesto de graves calamidades públicas”: LUIS COUSIÑO MAC IVER Ob. Cit, p. 395.

²⁵¹ Lo que no impide que pueda realizarse el estudio de esta figura, no sólo en cuanto a si conceptualmente es legítimo hablar de un aborto como medida terapéutica – lo que nos parece errado -, sino también en orden a si la interrupción de cierto tipo de embarazos puede considerarse o no “aborto” – como en el caso de embarazos ectópicos, infecciones ovulares o situaciones de preeclampsia temprana - lo cual conduce a examinar si se configura el tipo “aborto”, pero no a considerar que configurado éste, se encuentra justificado por estado de necesidad.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

necesidad justificante de este numeral 7 no le es aplicable, pues la redacción de la norma lo impide.

b.3. Figura del n° 11 del artículo 10 del Código Penal

Esta figura introducida hace poco tiempo en el Código Penal Chileno, consiste en la exención de responsabilidad del que: "... obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar; 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo; 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita; 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa".

En esta nueva figura se "establece una eximente de responsabilidad penal por causar un mal para evitar otro mal grave. La circunstancia especial es este "mal grave" actual o inminente para la persona o derecho de quien causa aquel otro mal "necesario" para impedirlo o para un tercero. El legislador habla en los mismos términos que utiliza para la legítima defensa (artículo 10 N°s 4-6) respecto del mal amenazado. Se trata de una situación de peligro en la que se enfrentan dos males para dos bienes y el mal causado es el único medio para evitar el mal amenazado: clásica idea del estado de necesidad. La ley establece requisitos expresos para su procedencia como eximente, sin los límites del estado de necesidad justificante del N° 7 de este mismo artículo. El conflicto de intereses inherente al estado de necesidad excede aquí el ámbito de la justificación, al liberar de responsabilidad no solo en casos de que se causen males menores para evitar los mayores. No se exige una distinción de males semejante. Se pueden

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

causar males iguales e incluso superiores –aunque no “sustancialmente”–, como en la legítima defensa”²⁵²

La introducción de esta figura genera la necesidad de efectuar una nueva mirada acerca de la aplicación del estado de necesidad, pues si bien la construcción del numeral 7 del artículo 10 no admitía mayor discusión acerca de bienes jurídicos tales como vida e integridad física, puesto que el bien jurídico sacrificable correspondía a un bien de naturaleza distinta, en esta nueva figura no se alude a la naturaleza de los bienes puestos en juicio sino más bien a la exigibilidad o no de soportar su daño y a la demanda de efectuar un examen de ponderación acerca de los resultados del sacrificio de uno en relación con la salvaguarda de otro, lo cual otorga no sólo una cierta discrecionalidad al juez sino la posibilidad al autor de efectuar una valoración previa que podrá argumentarse a la hora de defender su acción como justificada jurídicamente.

A ello se suma el hecho que, como ya se ha dicho, sectores importantes de la doctrina de varios países occidentales consideran que la vida o la integridad física no constituyen por sí un bien que sea de suyo jerárquicamente superior a todos los demás, sino que, siendo un bien importante, debe necesariamente ser compatibilizado con otros que guardan asimismo gran importancia, por lo cual sería susceptible de ser ponderado respecto de otros bienes en casos como el que nos ocupa.

De esta forma, derechos tales como el *derecho al bien morir*, *derecho a la calidad de vida*, *derecho a la muerte digna*, *derecho a la autodeterminación del individuo*, etc., podrían aparecer como eventuales contrapuestos al derecho a la

²⁵² MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES Y TATIANA VARGAS PINTO: “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley 20.480)”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 38 N° 1 [2011] p. 198

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

vida, considerada la vida como el bien básico de todo individuo, desde la perspectiva jurídica, por lo menos como una consideración inicial²⁵³.

Este esquema de derechos ha hecho que algunos autores consideren que el estado de necesidad justificante es perfectamente posible de producirse en el caso de la eutanasia, pues ante el peligro o vulneración –por ejemplo– del derecho a la calidad de vida o a una muerte digna o al bien morir, se podría atentar contra el derecho a la vida cuando no exista otra solución a estos eventuales atentados que la muerte de la persona.

Las tesis descritas suponen que la vida no es, necesariamente, el bien defendible por excelencia²⁵⁴ –puede haber otros de mayor jerarquía en una situación concreta o que el propio titular valore más– y suponen, asimismo, que en caso de estado de necesidad la vulneración de un bien jurídico de inferior rango que el que se trata de proteger es perfectamente justificada. Por ello, el que realiza el acto de vulneración del bien inferior estaría actuando bajo el supuesto de que la norma prohibitiva ha entrado en conflicto con una permisiva, que –una vez más– neutraliza la antijuridicidad o disvalor de su actuar.

²⁵³ “Debido a su carácter de derecho ‘germen’ de todos los demás, y en razón a su prioridad, el derecho a la vida debe tener una consideración superior o especial en el elenco de los derechos de la persona”: FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN,; *La Vida, principio rector del Derecho* (Madrid, Dykinson, 1999), p. 117; “La prestación que corresponde a este derecho consiste en una conducta: acción u omisión, de respeto y salvaguarda al bien básico de la vida”: CARLOS IGNACIO MASSINI,; “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos” en C.I. MASSINI, Y P. SERNA, (editores) *El derecho a la vida* (Pamplona, Eunsa, 1998), p. 193.

²⁵⁴ “Son frecuentes los análisis que llevan a cabo una interpretación del derecho a la vida integrada con otros preceptos constitucionales para llegar al reconocimiento de la disponibilidad... En esta línea, entienden CARBONELL – GONZALEZ CUSSAC que sólo la vida libremente querida por su titular merece protección penal (o su consideración como bien jurídico protegido)... Por ello, no es extraño que hayan aparecido opiniones partidarias de integrar el ámbito del derecho a la vida con el de otros derechos fundamentales como la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad: la vida no es valor absoluto sino directamente vinculado a otros derechos que son inherentes a la persona humana... En todo caso, posiblemente sea el temor a adjetivar la vida con determinadas condiciones (libre, digna...) lo que lleva a los autores, bien a establecer advertencias... Bien a evitar un pronunciamiento excesivamente tajante sobre el carácter disponible o renunciante de la vida humana, planteando en todo caso, la posibilidad de solucionar los problemas acudiendo a la técnica del conflicto de deberes (a través del *estado de necesidad*) para justificar supuestos eutanásicos”: MERCEDES GARCIA ARAN, ob. cit, pp. 17 – 18.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

La consideración de la conducta eutanásica como amparada por una causal de justificación consistente en *estado de necesidad* se efectúa, en teoría, fundando tal concepción en que “es la única manera de salvaguardar los derechos protegidos por la Constitución: el libre desarrollo de la personalidad... pues la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige; si el paciente lo solicita, también con la eutanasia se protege la dignidad de la persona, así como la libertad ideológica y también se evitan los tratos inhumanos”²⁵⁵. Tal aseveración significa, como integrantes del estado de necesidad que el valor sacrificado (vida) es inferior al valor que se trata de resguardar (los mencionados), y que el que comete la acción se ha puesto en situación de garante de los derechos que ha pretendido proteger con su acción²⁵⁶.

Estos argumentos se contraponen, sin duda, a la forma de considerar el tema en la ya descrita figura del n° 7 del artículo 10. En lo que respecta a la figura del n° 11, si bien la construcción de ésta es mucho más compatible con la idea de sacrificar la vida para evitar un mal mayor que podría ser por ejemplo el sufrimiento, como ya se ha explicado, a nuestro juicio sin embargo tampoco admite la hipótesis de la

²⁵⁵ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: “Eutanasia y derecho penal” en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid, Tecnos, 1990) pp. 50 y ss.

²⁵⁶ Sobre lo primero, el mismo autor anterior considera que el valor sacrificado (vida) es una vida devaluada “en cuanto a que su titular renuncia a ella, en cuanto a que su final está próximo y/o se ha convertido en un padecimiento físico, y en cuanto a que, por consiguiente, muchas veces es incompatible la coexistencia de los dos derechos garantizados por el mismo artículo 15 CE: el derecho a la vida y el derecho a no soportar tratos inhumanos”: *Ibíd.*, misma página. Respecto del segundo punto, es claro que se trata de constituir al médico en garante ya no de la vida o de la protección de la salud del paciente, sino también de otros derechos que se juzgan superiores a éste, lo que debe ser confrontado con opiniones contrarias, como la de CARLOS MARIA ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana* (Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 1994) p. 112: “Este principio (libre desarrollo de la personalidad) ha sido utilizado ocasionalmente... para justificar el derecho a la disponibilidad de la propia vida. Sin embargo, no creo que pueda ser trasladado a este contexto, puesto que la muerte propia, producida por uno mismo o con la ayuda de un tercero, no supone un desarrollo de la personalidad a través de la muerte, o el último – y tal vez sublime – acto de culminación del desarrollo de la personalidad, sino pura y simplemente su destrucción y el fin de su desarrollo; sería más bien un acto de manifestación de la personalidad del individuo. Por consiguiente, la invocación de todos esos principios no puede legitimar constitucionalmente la eutanasia activa”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

eutanasia. En efecto, si bien los valores en liza pueden ser asimilables entre sí, este estado de necesidad justificante exige que tales valores o bienes jurídicos se hallen depositados en personas distintas en calidad de titulares, esto es, se sacrifica por ejemplo la vida de uno en aras de salvaguardar la integridad física de otro, pero no se ubica en la posibilidad que el autor en realidad pondere respecto de dos derechos cuyo titular es el mismo, que resulta ser destinatario de la acción y no agresor.

Tal realidad se corresponde con el hecho indubitado que la figura del n° 11 no fue introducida en el Código Penal con el propósito referido, sino con el objetivo general de la ley de dar “reconocimiento de una situación de violencia particularmente grave que se dirige a una mujer por el solo hecho de ser tal, aunque se ubica de todas formas dentro del contexto intrafamiliar. Así, se establece finalmente el llamado “femicidio” en la legislación nacional actual, justo luego de celebrar el “Bicentenario de la República”. Como se expuso, el legislador va más allá de esta introducción y busca una protección integral de la mujer, que suma aspectos regulados en la Ley de VIF y en la que crea los Tribunales de Familia. Las reformas se extienden incluso a situaciones de riesgo general, específicamente al incorporar una nueva causa de exención de responsabilidad penal en la parte general del Código Penal”²⁵⁷, por lo cual es claro que aquí se trata de sacrificar un bien jurídico del agresor para proteger otro que es propio o de un tercero víctima.

Si ubicamos a la eutanasia en el parámetro de las conductas ejecutadas en sacrificio de un derecho, para salvaguardar otro del mismo titular, que es víctima y no agresor, no se configurarían respecto del sujeto activo las figuras de los números 7 y 11 del artículo 10, si bien el modo de considerar el conflicto entre valores o derechos del segundo se corresponde mucho más con la contemporánea reflexión sobre la eutanasia.

²⁵⁷ MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES Y TATIANA VARGAS PINTO: Ob. Cit, p. 196.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Así, la causal referida, que busca tratar de mejor modo las situaciones en que la mujer agredida obra en estado de necesidad justificante, importa que “En esta circunstancia se observa un interés preponderante, la preservación del derecho del injustamente agredido, con la pérdida de protección jurídica para el interés del injusto agresor (que debe cargar con el mal que se le causa), y la actuación del Derecho por la imposibilidad del Estado para intervenir en esta situación. El estado de necesidad que aquí se incorpora no se refiere al mal que se causa al ilegítimo agresor, sino que exime de responsabilidad incluso por causar males “no sustancialmente superiores” si se dan los requisitos que distinguen esta causa como un estado de necesidad general y exculpante. Así lo reconoce Cury expresamente en su intervención ante la Comisión Mixta: “no se presenta en el momento una agresión propiamente tal, sino que se configura ante un hecho o estado que pone a la persona en una situación en la que no le es exigible otra conducta”²⁵⁸

c) Obrar en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de un derecho

Esta causal de justificación, que se encuentra contemplada en el artículo 10 n° 10 y en la primera parte del n° 12 del mismo artículo en el Código Penal, consiste en obrar “en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo” y en incurrir “en una omisión, hallándose compelido por causa legítima”.

La redacción de la causal ha dado lugar a bastante polémica entre la doctrina y a dudas que podemos sintetizar como sigue. La redacción pareciera inducirnos a pensar que en estos casos se trata de figuras que excluyen la tipicidad de la conducta y no su antijuridicidad, ya que no se hace paralelo con derecho dañado

²⁵⁸ *Ibidem*.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

alguno, sino que parece hacerse referencia sólo a la acción que se realiza dentro de las atribuciones o mandatos que el Derecho ha previsto, lo que resulta erróneo, pues estamos en presencia de una acción u omisión que de suyo es típica, pero que precisamente se encuentra justificada por estar dentro del legítimo ejercicio de un deber o de un derecho, y en consecuencia, que atañe sólo a quien lo ostenta o está obligado jurídicamente a él.

La falta de un listado de deberes y de derechos que justifican una acción típica y neutralizan, en virtud de su existencia, la antijuridicidad, se explica porque éstos se encuentran repartidos en numerosas leyes y normas, las que sin duda no son abarcables por el Código Penal. En consecuencia, esta causal sólo admite el dar ejemplos ilustrativos y se encuentra en exceso abierta, si la comparamos con la rigurosidad que exige el estado de necesidad justificante y en cierta manera, también, la legítima defensa.

Analicemos, pues, las características presentes en cada una de las posibilidades que la figura ofrece:

c.1. Obrar en cumplimiento de un deber

Una dificultad que, de suyo, presenta esta causal es la definición misma de *deber*, ya que sin duda hay deberes tanto de naturaleza ética como jurídica que se imponen a las personas. Sin embargo, la doctrina ha entendido que aquí la idea de deber alude a deberes jurídicos procedentes de normas imperativas, cuyo incumplimiento acarrea sanciones para el infractor, cualquiera que sea su naturaleza, por lo cual no queda a su arbitrio realizar o no la conducta respectiva, como puede ocurrir con el conocido caso de la obediencia debida²⁵⁹. No obstante, tal precisión no basta para dilucidar el tema, ya que no existe una norma que resuelva cómo opera la jerarquización entre deberes cuando el cumplimiento de

²⁵⁹ LUIS COUSIÑO MAC IVER: Ob. Cit, p. 439.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

uno puede generar el incumplimiento de otro, aún más, transformándose tal incumplimiento precisamente en la conducta típica que se trata de examinar si será antijurídica o no.

c.2. Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo

En esta parte de la figura es precisamente donde se produce una multiplicidad de normas invocables, tanto en lo relativo a la legislación civil como administrativa, a la existencia de contratos válidos, y desde luego, a todas aquéllas que entregan atribuciones o potestades relativas al desempeño de una profesión, de un oficio o de un cargo.

c.3. Omisión por causa legítima

Para alguna parte de la doctrina, el hecho de que la omisión tenga una causa legítima corresponde a la existencia de una colisión de deberes, por lo cual la causal ha de regirse por lo dicho a propósito del estado de necesidad. Sin embargo, aquí no se exige la necesidad de evitar un mal, como en el caso de éste, por lo cual esa interpretación se ha tendido a desechar, estimando que la legitimidad de la razón que motiva la omisión, corresponde más bien a la pugna entre dos normas imperativas –debe incumplirse una para realizar la otra– o entre una norma prohibitiva y una imperativa –debe incumplirse la prohibitiva para cumplir con la imperativa.

Si examinamos las figuras antes reseñadas, sin duda éstas aparecen como plenamente aplicables para eximir de antijuridicidad a la conducta “matar a otro”. De esta forma, se encontrará en este caso quien cumple con un deber matando a otro –el soldado en una guerra o el que es parte de un pelotón de fusilamiento–; quien lo hace dentro del legítimo ejercicio de un derecho (como el derecho a defensa, que en sí está contemplado como causal de justificación) y el que omite

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

salvar la vida de otro por una causa legítima (por ejemplo, porque él mismo se encuentra en peligro y salvar su propia vida, le impedirá salvar la de otro).

La pregunta que corresponde hacernos es si estas posibilidades son asimismo aplicables a la eutanasia y en qué medida, teniendo una vez más en cuenta que ésta no constituye un tipo dentro del ordenamiento jurídico chileno.

La opinión de los autores respecto de la fórmula “homicidio piadoso” sin duda se orientan en una medida nada despreciable a considerarlo como una figura justificada, ya sea por el cumplimiento de un deber o por tratarse de una omisión – no salvar la vida– por causa legítima. En efecto, en el primer caso, se considera, particularmente en relación con la profesión médica, que si bien el médico tiene la obligación de curar y de salvar la vida, también puede existir un deber en contrario, que justifique no sólo no hacerlo sino incluso poner fin activamente a la vida de un paciente: “Lo único que se discute en este contexto es la forma de articular dogmáticamente tal causa de exclusión de la responsabilidad criminal: mientras unos autores razonan sobre la base de la colisión de deberes (deber jurídico de respetar la vida humana y deber jurídico–ético profesional de actuar para eliminar o atemperar los dolores del paciente), otros lo hacen operando sobre la tesis de la ponderación de bienes (el riesgo de un escaso acortamiento de la vida debe ceder ante la necesaria atenuación de los dolores) o sobre la colisión de intereses (interés del Estado en que se respete la vida ajena e interés superior del individuo en tener una muerte libre de dolores terribles e innecesarios)”²⁶⁰.

Asimismo, incluso para quienes no se encuentran cubiertos por este tipo de garantías relacionadas con la profesión médica, la omisión por causa legítima es considerada asimismo aplicable, ya que se estima precisamente como legítimo omitir, salvar o preservar la vida de una persona, cuando se busca que cese en sus

²⁶⁰ JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR: “Perspectivas constitucionales y político – criminales sobre la legalización de la Eutanasia” en *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (citado), pp. 241 – 242.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

padecimientos o que se interrumpa una mala o indigna calidad de vida: “La calidad de vida también es un factor decisivo en aquellas situaciones en las que el único objetivo médico es el mantenimiento de una vida biológica no personal. Por otra parte, en las situaciones en las que el mantenimiento de una vida humana personal no sea totalmente imposible, pero sí extremadamente improbable, se deberá tomar en consideración la calidad de vida junto con otros factores médicos o socioeconómicos, así como la voluntad anteriormente expresada por el propio paciente”²⁶¹.

De esta forma, allí donde la disposición de la vida por razones humanitarias se encuentra justificada, es asimismo procedente esta causal de justificación para excluir la antijuridicidad de la conducta, cuando no se considere excluida directamente su tipicidad.

d) El consentimiento de la víctima

Si bien el Código Penal chileno vigente no contempla la figura del consentimiento como causal de justificación o de exclusión de la tipicidad y, en consecuencia, sólo adquiere relevancia en relación con aquellos tipos que aluden directamente a la conducta que se dirige contra la voluntad de la víctima (como el delito de violación o el de hurto), la importancia que tiene esta figura en la doctrina amerita referirse puntualmente a ella²⁶².

²⁶¹ MIGUEL SANCHEZ GONZALEZ: “Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia”, ídem nota anterior, pp. 365 – 366.

²⁶² Como veremos en este Capítulo, además se establece una expresa referencia al consentimiento de la víctima en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal propuesto el año 2005 por el Foro Penal, el cual puede ser una base de modificación legislativa del Código en algún momento en que se decida políticamente la necesidad de hacerlo.

d.1. Consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad

Sostienen esta teoría quienes consideran que todos los elementos propios de la antijuridicidad deben ser contenidos en el tipo, por lo cual su exclusión conseguiría transformar la conducta en atípica, mediando consentimiento. El argumento en que se basan estos autores es que “allí donde el ordenamiento jurídico conceda al particular la facultad de disponer sobre el bien jurídico penalmente protegido, su autorización de la lesión del mismo extrae el bien jurídico concreto del ámbito de protección de la norma penal”²⁶³, de allí, entonces, que “una lesión del bien jurídico a pesar del consentimiento del titular sólo es posible donde el ordenamiento jurídico no reconozca el consentimiento, de forma que la lesión se produzca con independencia de la voluntad del titular o allí donde la conformidad pertenezca precisamente a la realización del tipo”²⁶⁴.

Roxin considera que la razón fundamental por la cual el consentimiento de la víctima hace desaparecer la tipicidad estriba en que el verdadero bien jurídico que protegen los tipos penales no consiste en “la integralidad de los objetos” sino en el “dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos que le corresponden”²⁶⁵. De allí entonces que se podría considerar, de acuerdo al pensamiento de este autor, que los delitos configurados por el matar a otro no castigan el atentado contra la vida como un bien en sí, sino en virtud de la propiedad que su titular tiene sobre ella.

En los ordenamientos que contienen expresamente la figura de la eutanasia, esta interpretación conduciría a pensar que, cuando es consentida, se elimina el tipo por no proceder la lesión de un bien jurídico declinado por un particular, o puede también llegar a pensarse que se configura de todos modos como una forma de

²⁶³ HEINZ ZIPF: “Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht“, en *Strafrecht Strafverfahren Kriminologie* (Luchterhand, Volumen 29, 1970).

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ CLAUS ROXIN: “*El tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*”(citado), p. 95.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

homicidio atenuado, precisamente por ser consentido, de tal forma que la aceptación de la víctima respecto al daño a su vida, como forma de disposición de ella, justificaría la atenuación de la pena o la desaparición misma del tipo: el *matar a otro* se transforma, automáticamente, en *matar a otro en contra de su voluntad*²⁶⁶.

d.2. Consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad

Esta teoría considera que el consentimiento de la víctima opera como la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos y que, en consecuencia, el paciente concedería al autor un derecho revocable a realizar la acción típica, la cual estaría desprovista de antijuridicidad, en razón que el ejercicio de un derecho no podría ser contrario al ordenamiento jurídico. El fundamento de tal interpretación consistiría en que no podría existir interés válido del ordenamiento jurídico, en orden a defender bienes cuyo propio titular ha renunciado o declinado.

La tesis que comento ha sido sostenida por algunos autores, en Chile, ya que si bien el Derecho chileno no contempla en sus normas positivas al consentimiento como causal de justificación de una conducta típica, un sector de la doctrina, siguiendo tendencias del Derecho Comparado, la ha estimado como *causal de*

²⁶⁶ Tal interpretación entronca innegablemente con la conceptualización de la vida como un derecho disponible, facultad que podría llegar a tener amparo constitucional basado en la libertad y en la autonomía del individuo. Sin embargo, aun en el ámbito penal hay autores que consideran la inexistencia de tal disponibilidad, en el sentido que “la vida o la integridad corporal del ser humano, sea cual fuere su estado, está siempre protegida por el derecho, desde el nacimiento hasta la muerte natural”: Vid. JORGE LÓPEZ BOLADO, *Los médicos y el Código Penal* (Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981) p. 60; también RICARDO LEVENE, “La nueva ley de trasplantes”, citado *supra*, p. 58: “Si se aceptara que el consentimiento borre la ilicitud de los actos contra las personas, se privaría a la sociedad organizada de una de sus facultades inherentes, sustituyéndola por la libertad individual, lo que no es admisible, puesto que aquél no puede delegar ni permitir que los individuos, por sí y ante sí, se arroguen el derecho de represión o el derecho de perdón”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

justificación suprallegal, lo cual es discutido por autores como Etcheberry²⁶⁷, particularmente a propósito del derecho a la vida como bien jurídicamente protegido.

Tal cosa ha significado, entonces, estimarla por algunos como procedente de los principios generales del ordenamiento jurídico²⁶⁸ y creada a través de una interpretación teleológica de éste, en la cual el juez colma lagunas excepcionales en la ley, lo que estaría justificado en aquellos casos en que, a pesar de cumplirse el tipo penal, falte la antijuridicidad material en cuanto *ratio legis*, de forma que la presunción de antijuridicidad deba decaer, ya que sería una contradicción que la

²⁶⁷ “Tratándose de los delitos contra la vida, el bien jurídico protegido es considerado “no disponible”, por el interés social comprometido en su conservación”: ALFREDO ETCHEBERRY, III *Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 3ª. Edición revisada y actualizada) p.41. Debe tenerse presente que la validación por consentimiento de la víctima se encuentra presente en varios ordenamientos: Código Penal España: art. 155: “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.”; Art. 156: “..., el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones, y cirugías transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, ..., a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”. En el Código Penal de Alemania: § 228: “Quien efectúe una lesión personal con el consentimiento del lesionado, entonces sólo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres.” Código Penal Federal de México (para el distrito y territorio federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal): art. 15 III -inserto en capítulo V y bajo título Concurso de Delitos: “El delito se excluye cuando: ... Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Que el bien jurídico sea disponible; b) Que el titular del bien, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiere otorgado el mismo”. Cp para el Distrito Federal (México): art. 29 III -inserto en el capítulo V, sobre causas de exclusión del delito.

²⁶⁸ Vid. RAFAEL FONTECILLA: “Los problemas jurídicos de las causas supraleales en materia penal” en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 4ª. Epoca, vol. III, 1961/1963 n° 3, pp. 56-87, y ENRIQUE CURY: *Orientación para el estudio de la Teoría del delito* (Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 2ª. Edición, 1973) pp. 156 y ss.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ley penase un hecho aprobado de acuerdo a sus propias tendencias y valoraciones generales sólo porque formalmente cae bajo un tipo²⁶⁹.

La causal de justificación consistente en el consentimiento no puede, sin embargo, operar respecto de los delitos en contra del colectivo, como es el caso de los delitos medioambientales o los atentados contra la paz de los pueblos, pues la voluntad colectiva de la ciudadanía se manifiesta por medio de la ley y no podría representársela por una autoridad o funcionario para consentir en la ejecución de acciones típicas en su propia contra. Justificar tal cosa significaría dotar a la autoridad de la capacidad de disposición sobre legítimos intereses de la comunidad y olvidar que debe garantizarlos.

En consecuencia, sólo podría operar el consentimiento respecto de delitos cometidos en contra de particulares, pero ello no significa sin duda que abarque todos los derechos de los cuales ellos gozan, porque para una gran cantidad de autores y también de ordenamientos jurídicos, existen derechos de suyo *irrenunciables*, dentro de los cuales se menciona con especial énfasis el derecho a la vida. Precisamente ante este tipo de derechos, dicha tendencia considera que, aun existiendo consentimiento de la víctima, no opera respecto de la conducta una causal de justificación, pues “sólo se reconoce validez al consentimiento prestado por la víctima en aquellos casos en que tiene facultad para disponer del bien jurídico que le reconoce la ley, por estimarse que entonces prima el interés privado sobre el público, situación en que se encuentran los derechos patrimoniales, salvo que la ley establezca expresamente lo contrario”²⁷⁰.

Sin embargo, para otros autores, incluso el derecho a la vida es renunciable en ciertas circunstancias, ya que la manifestación de voluntad en orden a disponer de

²⁶⁹ BEATRIZ DE LA GANDARA VALLEJO: Ob. Cit, p. 68.

²⁷⁰ GUSTAVO LABATUT GLENA: Ob. Cit, p. 110.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

su vida, por parte del paciente terminal, por ejemplo, tendría un fundamento en el hecho de situar a la libertad y, en consecuencia, a la decisión autónoma del sujeto en la cúspide de los valores invocados en el caso concreto del paciente terminal o que experimenta graves sufrimientos debiendo “interpretar todos los derechos fundamentales de la persona como emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, o si se prefiere, de la dignidad de la persona humana”²⁷¹. De esta forma, la consideración de la calidad de vida como parte de esa dignidad, implicaría un derecho a decidir también sobre la oportunidad, forma y circunstancias de la muerte, cuando la vida ya no es más deseada.

Sin perjuicio de lo explicado, llegar a considerar que el derecho a la renunciabilidad de la vida es una exclusividad de los pacientes terminales, también se ha puesto severamente en duda e incluso estimado discriminatorio: “Respecto de las directivas estatales en cuanto a que la eutanasia es justificable en pacientes que se encontraran incurablemente enfermos o en proceso terminal, el Comité sintió que, aparte del hecho que “la fase terminal” no puede ser claramente definida, no sería razonable negar a un paciente que está sufriendo el *derecho a la eutanasia* solamente porque no se está muriendo. Consecuentemente, no se puede utilizar la “fase terminal” como un criterio”²⁷² en estos casos.

El consentimiento de la víctima, para que se le reconozca eficacia, ha de ser libre, consciente y capaz, y debe manifestarse en forma expresa. Respecto de las formas de consentimiento tácito o presunto (“aquél que el titular del interés no puede otorgar, expresa o tácitamente, pero que, atendidas las circunstancias, cabe presumir que habría dado de estar en situación de hacerlo”²⁷³) o el cual se otorga por un tercero mediante una representación general del paciente incompetente si

²⁷¹ V. MANUEL COBO DEL ROSAL Y JUAN C. CARBONELL MATEU: *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª Ed. (Valencia, Tirant lo Blanc, 1988) pp. 549- 41 y 548.

²⁷² JOHN KEOWN: “Some reflections on euthanasia in the Netherlands” en LUKE GORMALLY (editor), *Euthanasia, Clinical Practice and the Law* (citado) p. 200.

²⁷³ ENRIQUE CURY: *Derecho Penal. Parte General* (citado) p. 364.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

bien, hay autores y jurisprudencia que los han considerado como posibilidades de validación del acto eutanásico, en la perspectiva estricta no son admisibles, puesto que la validación del acto importaría una expresa manifestación de voluntad, concomitante a la comisión de la conducta o mediante directrices anticipadas lo suficientemente estrictas y suscritas por el titular²⁷⁴.

d.3. Consentimiento como causal de exclusión de la antijuridicidad y de la tipicidad

Existe una corriente de autores que estima que la voluntad aquiescente de la víctima tiene dos posibles efectos, de acuerdo a la forma que revista en su manifestación.

i. “Conformidad” como elemento excluyente de la tipicidad

Esta figura opera excluyendo la consumación típica del delito, lo cual es posible siempre que el tipo penal presuponga expresamente o conforme a su naturaleza que el autor actúa contra o sin la voluntad efectiva del lesionado, por lo que contar con dicha voluntad priva al acto de un componente sustancial de su tipicidad, que sería vencer la voluntad de la víctima, actuar contraviniéndola. Sin embargo, como el tipo del “matar a otro” no contiene dentro de sus características la infracción a la voluntad del titular, como sucede por ejemplo en los delitos

²⁷⁴ Como es el caso de la Ley holandesa sobre la materia, la cual contempla como posibilidad que “Si el paciente de sesenta años o mayor no es capaz de expresar su voluntad, pero con anterioridad a esa situación tenía una apreciación razonable de su situación y de sus intereses y había dejado por escrito un pedido de terminación de su vida, el médico puede cumplir con su voluntad”, como asimismo, “Si el paciente menor ha alcanzado una edad de entre dieciséis y dieciocho y se podría decir que tiene una apreciación razonable de su situación y de sus intereses, el médico puede cumplir con su voluntad, luego de que sus padres o aquellos que ejerzan la patria potestad se hayan involucrado en el proceso de decisión... Si el paciente menor tiene entre doce y dieciséis años, y se podría decir que tiene una apreciación razonable de su situación y de sus intereses, el médico puede cumplir con su voluntad, siempre que sus padres o aquellos que ejerzan la patria potestad presten su conformidad con esa decisión”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

sexuales o en el delito de hurto, no se vislumbra que en el caso eutanásico el consentimiento pudiera excluir la tipicidad y más bien se puede considerar que sería motivo de reflexión si más bien el ánimo humanitario del autor es el que, eventualmente, podría excluir al dolo, si ubicamos a este último en el tipo.

ii. “Consentimiento” como elemento excluyente de la antijuridicidad

A diferencia del caso anterior, el efecto del “consentimiento” sobre la antijuridicidad sería eliminar del acto el disvalor que normalmente le acompaña, por lo cual se exige que la víctima tenga la capacidad de consentir, conociendo claramente los componentes que podrían significar la reprochabilidad jurídica de la conducta: “el consentimiento siempre operaría excluyendo la lesión del bien jurídico individual en cuestión, incluso si se trata de la propia vida, la cual constituye el bien jurídico “indisponible” por excelencia²⁷⁵

d.4. El criterio del consentimiento respecto de la eutanasia. Los parámetros jurídicos chilenos

Si tenemos presente que la postura relativa al delito consentido es ya discutida a propósito del ordenamiento chileno, cabe entonces preguntarse sobre su aplicabilidad a la figura del homicidio para luego proyectarla al tipo de la eutanasia.

Sin duda que uno de los grandes pilares del tratamiento de la eutanasia como figura justificada o al menos atenuada es precisamente que se cuenta en una gran cantidad de casos ya sea con el consentimiento del paciente, con el de su familia o, incluso, con una cierta posibilidad de presumir dicho consentimiento, sobre la base de lo que hubiera querido de la víctima analizando elementos tales como su

²⁷⁵ Vid. MICHAEL MARX: *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut” Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre* (Heymanns, 1972).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

actual calidad de vida o *el mejor interés* de ésta. De allí, entonces, que la falta de inclusión expresa de la específica causal del consentimiento en el Derecho Penal Chileno significa un serio revés para las posibilidades de abrir la compuerta al tratamiento de la eutanasia como un delito de naturaleza distinta a la del homicidio. Por otro lado, considerar que la eutanasia es equiparable al homicidio nos pone en la dificultad de tener que ajustar dos figuras que de suyo, según ya se ha explicado, son atentados contra el bien jurídico vida pero con importantes diferencias entre sí.

Ahora bien, si llegáramos a considerar al consentimiento como la mencionada causal de justificación supralegal a la que alude la doctrina, sería menester responder al interrogante de si la eutanasia debiera responder al tratamiento de una figura no consentida, de suyo consentida o que admite ambas variables.

La duda, obviamente, estriba en el hecho que al carecer de un tipo particular de eutanasia en la ley chilena debe utilizarse para intentar regularlo la figura del matar a otro propia del homicidio, asimilación que no es del todo afortunada, ya que impide establecer claramente ciertos parámetros de vital importancia. En efecto, si la eutanasia se castiga como homicidio, es decir, sin referencia alguna en el tipo a la manifestación de voluntad de la víctima, la existencia de tal voluntad en orden a declinar el bien jurídico protegido podría ser entendida como manifestación de la voluntad de la víctima en cuanto a privar a la conducta de tipicidad. Sin embargo, como ya se explicó, la tendencia de la doctrina es entender que el consentimiento hace, desde el punto de vista de los fines de la ley penal, a la conducta como justificada, pues si bien es típica (matar a otro), su aquiescencia significaría la liberación de la reprochabilidad y del disvalor implícito. Pero la interpretación sobre el consentimiento en países en que existe un tipo penal de eutanasia a veces es diversa, pues éste puede estar construido sobre la base de la aceptación de la víctima, la cual lo convertiría en un delito atenuado o de menor sanción que el homicidio y sus figuras afines. En estos casos, la aceptación de la

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

víctima no excluiría ni la tipicidad ni la antijuridicidad, precisamente por ser parte integrante de este tipo específico, de tratamiento menos severo que el homicidio.

Por último, si estamos en presencia de una definición de eutanasia como la que nos ha ilustrado durante este trabajo, el consentimiento de la víctima podría o no ser relevante de acuerdo a las circunstancias en las que ella se encuentre, pero nunca podría considerarse como excluyente de la tipicidad, por no ser parte integrante del tipo ni la existencia del consentimiento ni actuar en contra de éste.

C.3. Una causal de agravación de la responsabilidad penal por el vínculo que une a la víctima con el agente: el caso del parricidio y del femicidio

El Derecho chileno, ha considerado especialmente reprobable los delitos de parricidio y de femicidio sancionados en el artículo 390 y les impone una pena considerablemente mayor que la del homicidio, castigándolos con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Las características de esta figura agravada son las siguientes:

a) Al parecer, estaríamos en presencia de una conducta especialmente repugnante al ordenamiento jurídico, ya que al matar a otro se estarían ignorando profundas relaciones de familia que unen a la víctima con el hechor y que debieran operar en sentido exactamente contrario, de salvaguarda y protección entre quienes comparten dichos lazos: “importa no sólo una violación del deber general de respetar la vida humana (no matar a otro), sino específicamente un atentado contra los vínculos de sangre que unen a los individuos por el hecho biológico de la paternidad, o contra el vínculo creado por el matrimonio”²⁷⁶.

²⁷⁶ GUSTAVO LABATUT GLENA: Ob. Cit, p. 293. A lo que se deben agregar vínculos afectivos si bien no legales, en caso de convivencia.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

b) En atención a que el tipo exige que el autor “conozca las relaciones” que lo ligan a la víctima, hay cierto sector de autores que en su oportunidad estimó que estaríamos frente a un dolo específico, tendencia que en la actualidad se ha desechado²⁷⁷, reemplazándola por la consideración que esta frase corresponde más bien al hecho que no puede darse un delito culposo de parricidio: “el énfasis puesto en este elemento cognoscitivo revela claramente el propósito del legislador de establecer un tratamiento especial para el que *quiere realizar la muerte* del unido a él por parentesco o matrimonio. Por otra parte, en toda conducta culposa, por su propia índole, no hay un destinatario determinado. La mira perseguida por el agente no es nunca la realización del tipo y en ese sentido la individualidad de la víctima es indiferente”²⁷⁸.

c) La particular situación de indefensión que presenta la víctima ante quien es su cónyuge, conviviente o pariente, fundamentalmente por razones de confianza, queda subsumida en la creación de esta figura, la que de otra forma podría considerarse como un homicidio calificado por dicha circunstancia.

Sin embargo, todos aquellos elementos que en los casos normales explican la elevada sanción que recibe este delito pueden operar como un elemento morigerado de responsabilidad en el caso de la eutanasia: “Evidentemente, podría cometerse homicidio en la persona de un pariente, pero frente a ellos es precisamente cuando podría presentarse con mayor intensidad el sentimiento de piedad, razón y fundamento del tipo atenuado de homicidio (en el Derecho Penal colombiano, v.g.). Un mismo hecho no podría tenerse en cuenta simultáneamente para agravar y atenuar la sanción. Lo mismo podría decirse de la situación de

²⁷⁷ Vid. SERGIO POLITOFF ET AL: Ob. Cit, p. 89.

²⁷⁸ *Idem*, p. 90.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

indefensión de la víctima, pues ese hecho es casi indispensable para la comisión del homicidio piadoso”²⁷⁹.

Por esta causa, así como encontramos situaciones paradójales en el homicidio calificado, en orden a que se eleva la pena en circunstancias que, a propósito de la eutanasia, no hacen más que sumarse a las razones humanitarias que mueven al sujeto, también en este caso se impone una especial sanción a quien da muerte a sus parientes más próximos o a su cónyuge, ignorándose que precisamente por piedad podría ser el primer llamado a darles muerte en el caso de la eutanasia, actuando el vínculo que los une como una fuerte razón de actuar y no como especial fuente de desprecio al sistema jurídico.

C.4. La curiosa atenuación de la pena en el infanticidio. Su relación con la eutanasia

Más curioso resulta aún decir que si confrontamos esta figura con la del infanticidio podremos concluir que para el Derecho Penal chileno aun el dar muerte a un pariente o al cónyuge por una razón piadosa no hace de suyo que tal circunstancia morigere la pena, pero sí ocurre esto²⁸⁰ cuando los padres o ascendientes dan muerte al niño dentro de las cuarenta y ocho horas de nacido, lo que aparece cuando menos paradójal: “Llama la atención la absoluta objetividad de nuestro legislador en la construcción de la figura del infanticidio. En efecto, no hay ninguna alusión, en el texto legal, a factores subjetivos (móviles, fines, etc.) por parte de los responsables del delito. ¿Por qué se considera de menor gravedad dar muerte a un hijo o descendiente dentro del plazo de cuarenta y ocho horas después del parto, y tanto más grave darle muerte un instante después?”²⁸¹.

²⁷⁹ FRANCISCO FARFÁN M.: *Eutanasia, Derechos Humanos y Ley Penal* (Santa Fé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996) p. 79.

²⁸⁰ La pena del infanticidio es idéntica a la del homicidio e inferior a la del parricidio.

²⁸¹ ALFREDO ETCHEBERRY: *III Derecho Penal* (citado) p. 76.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Desde el punto de vista de los antecedentes de este delito, debemos decir que en el Código Español de 1848 se señalaba expresamente como móvil del infanticidio el que la madre o los padres de ésta cometieran el delito buscando “ocultar la deshonra” de la primera. Fuera de estos casos, correspondía castigar la figura ya fuera como parricidio o como homicidio calificado, según las circunstancias. Si bien la determinación de tiempo era arbitraria, “tenía su fundamento en el hecho de que el móvil de honor es verosímil en la desaparición de una criatura cuya existencia aún no es conocida por la generalidad de las personas, lo que de ordinario no ocurre con las criaturas ya crecidas”²⁸².

El hecho de que en la redacción de nuestro Código se suprimiera la mención del honor y se abriera la posibilidad de cometer el delito a ambos padres y a los ascendientes sin distinción, indica que no es ésta la causa por la cual el legislador ha considerado esta figura como privilegiada en comparación con el homicidio calificado. De allí, entonces, que resulte igualmente castigado este tipo de homicidio, sin hacer consideración al móvil que ha movido al autor, el cual puede ser cubrir la afrenta al honor, como otro puramente económico o también, la piedad, por ejemplo, ante la malformación o enfermedad del recién nacido.

Dicha postura jurídica, que no se compadece con criterios lógicos, en lo que a la eutanasia respecta tendrá los siguientes efectos:

a) El móvil humanitario resulta totalmente indiferente al delito, como así también ocurre con un objetivo más vil o egoísta.

b) Si equiparamos a la eutanasia con los delitos de matar a otro, tendremos que concluir que, cuando se aplique al cónyuge, conviviente o a los parientes, será más reprobable que cuando se cometa con individuos que no tienen tal vínculo

²⁸² *Idem*, p. 77.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

con el agente, salvo que se trate de niños dentro de las cuarenta y ocho horas de nacidos que sean respecto de éste hijos o descendientes. Tal cosa deriva en que la eutanasia activa directa del médico respecto de su paciente tendrá la misma pena que la eutanasia activa directa de la madre hacia su hijo recién nacido, pero que si la madre espera a que el niño tenga algunos días para decidirse a cometer con él un homicidio piadoso, la pena resultará considerablemente agravada.

C.5. La piedad como condición atenuante de responsabilidad que podría ser aplicable a la eutanasia

Si bien se ha dicho que, de acuerdo al Derecho chileno positivo, la piedad o las razones humanitarias propias del acto eutanásico no son consideradas como elementos que reconocidamente eximan a la conducta de tipicidad o de antijuridicidad, para algún sector de la doctrina podrían tener el efecto de transformar la culpabilidad del sujeto, actuando como una atenuante de responsabilidad, en la medida que el dolor ajeno ocasiona en algunas circunstancias una profunda perturbación psíquica en el individuo.

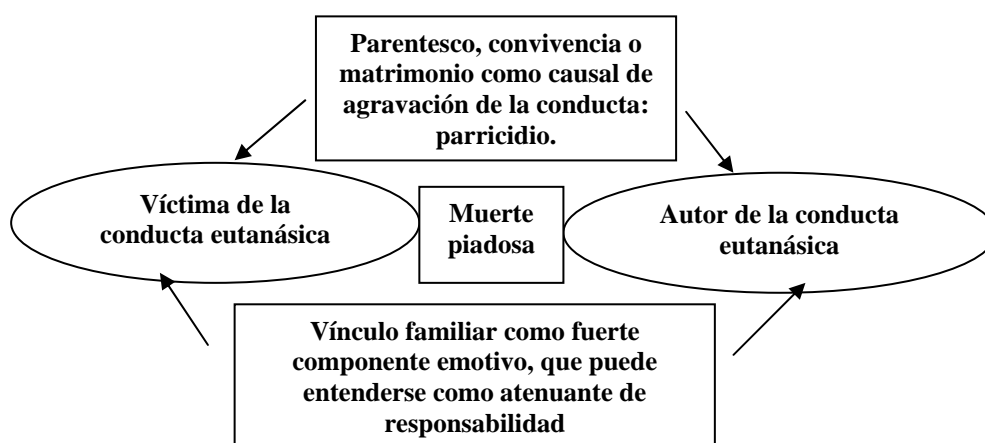
En efecto, así como en el Derecho Comparado procede el perdón judicial cuando concurren en el sujeto activo dichos móviles de piedad²⁸³, se ha estimado que dicho móvil podría en el Derecho Chileno ser equiparado a la circunstancia atenuante del artículo 11 n° 1 en relación con el artículo 10 n° 1 del mismo Código, ya que podría entenderse que los grandes padecimientos de un ser que sufre o la desesperada insistencia de un individuo que se le dé muerte pueden ocasionar en quien es destinatario de estas solicitudes un impacto emocional de tal envergadura, que lo prive parcialmente de razón.

²⁸³ ENRIQUE DÍAZ ARANDA: *Dogmática del suicidio y del homicidio consentido* (Madrid, Universidad Complutense, 1995) p. 210.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

En esta “eximente incompleta” se constata que “existen condiciones de salud mental en las cuales el entendimiento y dominio de los propios actos no aparecen enteramente ausentes, pero sí disminuidas”²⁸⁴, entre las que se pueden contar los trastornos ocasionados por traumatismos psíquicos, los cuales en algunos casos pueden conducir al arrebato y la obcecación, y en otros a considerar que se ha procedido de una manera irracional, motivada por un estado de extrema afectación, como puede ser una situación de dolor de tal envergadura que comprometa el poder de decisión del sujeto.

De esta forma, podría entenderse que si bien la piedad como tal no atenúa la pena, sí puede producirse ese efecto a partir del profundo impacto que ciertas situaciones de dolor y de intenso dramatismo producen en determinadas personas, particularmente cuando guardan estrecha relación con la víctima, lo cual implica un movimiento penal en sentido contrario a la agravación propia del parricidio para estas mismas circunstancias²⁸⁵:



²⁸⁴ ALFREDO ETCHEBERRY: II *Derecho Penal* (citado) p.17.

²⁸⁵ El sentido de las flechas indica que, a la vez, respecto de víctima y autor de la conducta eutanásica concurren dos tratamientos prácticamente contrapuestos. En la normativa ordinaria, el parentesco o relación con la víctima importa una agravación de la conducta y una mayor reprochabilidad de ésta; en el caso de la eutanasia, este vínculo puede explicar los componentes emotivos que lo llevan a actuar.

D. La culpabilidad en el delito de homicidio y su aplicabilidad a la eutanasia

La culpabilidad consiste en la reprochabilidad de la conducta cometida por una persona imputable y responsable que ha tenido la posibilidad de evitación de la acción o de ejecutar aquello que omitió y sin embargo no lo hizo, por lo cual se le declara merecedor de una pena.

El concepto de culpabilidad ha sido fundamentalmente desarrollado por la teoría normativa del delito, la cual se caracteriza porque no sólo mira a la faz psicológica del sujeto, sino que representa, también, un elemento valorativo, que corresponde al juez apreciar. Es lo que los autores denominan "*reproche*" y que se basa en motivaciones y en el carácter del individuo, dirigidos a ponderar la voluntad del que ejecutó un acto, en condiciones que podía exigírsele un comportamiento conforme a derecho²⁸⁶.

Ello sin embargo no está exento de discusiones doctrinarias, pues se discute exhaustivamente respecto de qué es exactamente lo que se reprocha al sujeto activo. Se ha tendido a considerar que lo que se reprocha es actuar pese a haber tenido la capacidad de *reacción normativa*²⁸⁷.

Según Hans Welzel "la culpabilidad hace al autor el reproche personal por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haberla podido omitir"²⁸⁸, lo cual en el delito de homicidio se traduce en matar a otro o dejarlo morir habiendo podido hacer lo contrario.

²⁸⁶ RAFAEL FONTECILLA: Los problemas de la culpabilidad" en *Anales de la Facultad de Derecho* Cuarta Época - Vol. III - Años 1961 a 1963 - N° 3.

²⁸⁷ CLAUS ROXIN: *Allgemeiner Teil I*, 1994, § 19, N° marg. 3.

²⁸⁸ HANS WELZEL: *Derecho Penal*. Parte General (citado), p. 147.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Para que exista, sin embargo, tal reprochabilidad no basta que el sujeto no haya desarrollado una conducta distinta, objetivamente posible, de hacer o de omitir, según el caso, en términos abstractos, sino que se requiere que el autor presente “una autodeterminabilidad libre, adecuada al sentido del autor: su capacidad de culpa o de imputación”²⁸⁹, esto es, que en la realidad material de la circunstancia el sujeto haya podido autodeterminarse, lo cual implica sin duda un análisis no sólo de su estado mental e imputabilidad relacionada con la capacidad/competencia, sino una observación de los recursos, circunstancias y situaciones a las que se vio enfrentado.

“Sólo así, y examinando, según corresponda, el medio empleado para producir dicho resultado, móviles, motivos determinantes, la personalidad del autor, en sus múltiples facetas, lo pertinente a la causalidad, etc., podremos determinar si la voluntad del hechor coincide con el resultado que se propuso (dolo directo) o si se representó como posible un resultado no querido; pero que aceptó y ratificó el evento en el momento de obrar (dolo eventual) o si obró en situación de no poder prever el resultado (caso fortuito), o bien si se representó el resultado como posible, pero confiado en que no se produciría ejecutó el hecho (culpa con previsión) o bien si el hecho no pudo ser previsto (caso fortuito)... Sólo así podremos tener también la oportunidad de resolver los problemas de la preterintención: a) en cuanto se produjo, además del resultado que se quería causar, otro a la vez punible; pero que el delincuente estuvo en la imposibilidad de prever (conurrencia de dolo punible y de un caso fortuito, que excluye la culpabilidad), b) en cuanto el sujeto se excedió en el resultado querido y realizó otro no previsto; pero que debió o estuvo en situación de prever (concurso de dolo y culpa)”²⁹⁰.

²⁸⁹ Idem, p. 168.

²⁹⁰ RAFAEL FONTECILLA: Ob. Cit.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Determinada la autonomía material del sujeto para actuar, resultará muy importante conocer si ha tenido real conocimiento de la ilicitud de la conducta que cometa, lo cual alude a sus posibilidades de error –negligente real o inadmisibles, como podría ser el error de derecho– y si han coincidido con su ejecución ciertas circunstancias que podrían haberlo llevado a la inexigibilidad de otra conducta, no por impedimento físico para realizar otra, sino porque se ha visto de tal modo determinado que ello resulte imposible, ello por ejemplo ha deducirse en referencia al carácter irresistible o insuperable de la fuerza o al miedo que afecta al sujeto, lo cual incluye la fuerza moral, tema relevante asociado con la conducta eutanásica.

D.1. Culpabilidad bajo consideraciones objetivas

En muchas circunstancias, aplicar los criterios de culpabilidad al acto eutanásico se traduce en considerar más bien situaciones objetivas de imputabilidad y conocimiento de la acción u omisión matadora y sus efectos. Sin embargo, la exigibilidad de otra conducta se analiza insuficientemente, ya que se hace depender más de la relevancia que puede tener para el autor la solicitud eutanásica de una determinada persona que sus propias convicciones acerca de la necesidad de dar una salida humanitaria o piadosa a una situación que para él representa la inexigibilidad de otra conducta.

D.2. La autoconciencia de culpabilidad

Precisamente por esta causa, se ha considerado en algunas soluciones jurisprudenciales, asociadas fundamentalmente con la valoración del propio sujeto sobre la necesidad de actuar y la valoración de tal decisión que, cuando menos, la eutanasia se ha de configurar en un modelo de culpabilidad reducida: “El homicidio es una realidad disentida y aquí se toma en cuenta el consentimiento de la víctima, lo cual crea un contenido criminal de menor significación; después está todo el proceso motivacional a la vista de la enfermedad grave que conduciría

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

necesariamente a la muerte, etcétera, que habla también de una culpabilidad reducida. Es decir, la línea objetiva en virtud del consentimiento aparece reducida. La situación motivacional lleva a hablar de una culpabilidad limitada, compatible con las hipótesis de trastorno mental transitorio, por ejemplo, del familiar, etcétera, que, sin duda, conducirían a la absolución”²⁹¹.

II. Otras figuras relacionadas con la disposición de la vida en el Derecho chileno

1. El auxilio al suicida

Una de las figuras que en nuestro Derecho han servido para hacer ciertas inducciones sobre el tratamiento que habría de tener la eutanasia es la figura del auxilio al suicida, la cual se encuentra penalizada en el artículo 393 como “el que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide”, la cual se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo, si se efectúa la muerte.

Los requisitos de esta figura punible son los siguientes:

A. No se ajusta al tipo matar a otro. Se trata de la muerte que la misma persona se da

Aunque aparece conjuntamente con los tipos de “matar a otro” que hemos descrito, el auxilio al suicidio difiere sustancialmente de ellos, porque el autor del delito no mata a otro, sino que ayuda a una persona a que se suicide, es decir, a que se mate a sí misma.

²⁹¹ ANGEL TORIO LÓPEZ: Intervención en la Comisión Especial sobre el estudio de la Eutanasia, 20 de Septiembre 1999, VI Legislatura 1999, Comisiones N° 471, Diario del Senado, España.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Sin embargo, la doctrina no ha sido unánime en la definición de “suicidio”, ya que mientras para un sector tradicional se trata de “causarse a sí mismo la muerte”, para otros consiste en “la muerte querida de una persona imputable”²⁹². La diferencia entre las dos propuestas radica en que, para la primera, la determinación de lo que es suicidio depende de quién ejecute el acto y, en consecuencia, es suicidio matarse uno mismo; mientras que en la segunda, lo más relevante es el dominio del acto y, de esta forma, también se puede mirar como suicidio la muerte que un individuo quiere y que solicita a otro que le suministre²⁹³.

Debemos señalar también que el término “querida” respecto de la muerte del suicida también alude a la verdadera voluntad del suicida, por lo cual se ha considerado que si se trata de una conducta de autopuesta en peligro o de una puesta en peligro consentida, como el caso del paciente que acepta una intervención médica con grandes porcentajes de riesgo para su vida, o si se practica un deporte de suyo peligroso, no se está en presencia de una acción suicida y, por ello, tampoco la colaboración a dicho actuar debe ser mirada como auxilio al suicida.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene puntualizar que, de acuerdo a los conceptos proporcionados al inicio de este trabajo, entenderemos suicidio en la óptica

²⁹² C. CARMONA SALGADO ET AL: *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial) (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991) p. 91.

²⁹³ La figura que parece compatible con esta idea es la del artículo 143 del Código Penal español de 1995, la cual dispone dentro de las conductas de participación en el suicidio de otro, la siguiente: “Será castigado con la pena de prisión de 6 a 10 años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Sobre esta figura, se ha considerado que “cuando la cooperación llega al punto de que quien auxilia o instiga ejecuta él mismo la muerte, el homicidio consentido por la víctima sí constituye una forma de homicidio consentido, aunque atenuado en consideración no sólo a la solicitud sino al consentimiento de la víctima”: BENIGNO LICEA GONZALEZ, “El delito de auxilio e inducción en el suicidio: Homicidio con consentimiento de la víctima”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/172/21.pdf>, sitio consultado en febrero de 2012. Vid. También CARMEN TOMAS VALIENTE LANUZA: *La cooperación al suicidio y eutanasia en el Nuevo C.P. Art. 143* (Valencia, Tirant, 2000).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

tradicional, es decir, en cuanto representa el acto de matarse uno mismo, sin perjuicio de tener presente la otra interpretación ya descrita.

B. Se requiere que el acto suicida sea válido

Tal validez hace referencia a que el acto del suicida corresponda verdaderamente a su libre voluntad –de otra manera, estaríamos más bien en presencia de casos de inducción al suicidio, que algunos tratadistas consideran asimilables a la autoría intelectual del homicidio-, para lo cual el suicida no debe ser menor de edad, ni incapaz, ni puede su decisión estar basada en violencia, intimidación o engaño²⁹⁴.

De no mediar estos requisitos, como se ha dicho, podemos estar en presencia de un homicidio, de un homicidio calificado o de un parricidio con autoría mediata.

C. Se requiere que el suicida consiga su propósito: que se produzca su muerte

La exigencia es hecha por el propio tipo penal: sólo se sancionará el auxilio del suicida cuando se produzca la muerte.

Sin embargo, los autores consideran que la muerte del suicida no es parte del tipo, porque el que auxilia no tiene el dominio del acto ni tampoco sabe si éste efectivamente se realizará, sino que más bien corresponde al grupo de situaciones típicas equiparables a una condición objetiva de punibilidad, es decir, a ciertos elementos que no son parte de la tipificación de la conducta, pero que por ser

²⁹⁴ *Ibidem*. Aunque la ley chilena no trata específicamente la inducción al suicidio, sí lo hace la ley española en la primera figura del mencionado artículo 143: “El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años”. La ausencia de una referencia expresa en nuestro país ha dividido a la doctrina entre quienes piensan que el auxilio puede derivar en la inducción y quienes consideran que esta última transforma al autor más bien en el autor intelectual de la muerte de otro.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

abarcados por el dolo del autor, se transforman en condicionante jurídica del castigo de su acto: “corresponde a la consideración jurídico penal del deber del Estado de favorecimiento de la vida”²⁹⁵.

Si el suicida no consigue su propósito por cualquier causa, la figura tanto para él mismo como para quien lo auxiliaba— se transforma en atípica. Ello ha motivado una serie de interpretaciones acerca de la aparente injusticia que derivaría de la sanción penal de quien ayuda a un suicida, cuando el suicidio mismo es impune. Sin embargo, ese argumento parte de un presupuesto falso: no es que el suicidio sea impune, es que se verifica la imposibilidad de sancionar a su autor si éste ha consumado su propósito²⁹⁶, de allí que la figura consumada sea imposible de penar para su autor pero posible de sancionar para quien lo auxilió.

La pregunta, más bien, debe consistir en cuál es la causa que el suicidio tentado o frustrado sea tan impune para quien lo intentó cometer como para quien prestó su ayuda a él, siendo que los dos estaban dispuestos al resultado de muerte y existía dolo que lo incluía. Al respecto, en la materia, debemos señalar que las tendencias de la política criminal moderna se han inclinado por no castigar al que ha intentado suicidarse y no lo ha conseguido por las siguientes razones:

C.1 Se considera al suicidio como una acción moralmente reprochable, pero no penalmente sancionable.

C.2 La pena que se impondría al que ha intentado suicidarse sería inútil, pues él ya se había impuesto a sí mismo la de mayor envergadura, la muerte.

C.3 La pena no tendría ningún efecto disuasivo, sino más bien importaría darle otra justificación más al suicida para desear morir.

²⁹⁵ JUAN BUSTOS: *Manual de Derecho Penal* (citado) p. 47.

²⁹⁶ ALFREDO ETCHEBERRY: *III Derecho Penal* (citado) p. 83.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Estas circunstancias, sin embargo, no son comunicables a quien ha auxiliado el fallido intento de suicidio, por lo cual cabe preguntarnos entonces por qué él, entonces, sólo es castigado en el caso del suicidio consumado. Nos parece que tal decisión del legislador no corresponde precisamente a un criterio valorativo, sino que más bien a estimar que no existiría facultad del Derecho de sancionar a una persona por ayudar a otra a actuar contra sí misma, cuando el resultado querido no se obtuvo, ya que no habría delito ni víctima.²⁹⁷

D. Se trata de auxiliar al que se suicida

Aunque es un tema discutido, parece ser que sólo se considera como tal a aquella que puede ser considerada como cooperación necesaria²⁹⁸, es decir, con las exigencias que el Derecho Penal hace a los cómplices de un delito, pero sin embargo la ayuda no puede llegar hasta ejecutar materialmente la muerte, ya que ello transformaría al acto en alguna de las formas de homicidio o –si hubiera un

²⁹⁷ Lo que sin duda importa una innegable opción de carácter liberal: la conducta no tendría víctima porque se estimaría que el suicidio sólo afecta a quien lo consume, desconociendo el impacto social y la trascendencia que tiene la postura de considerar a la vida como un bien jurídicamente disponible: “En una época en la cual ningún programa de derecho natural obliga ya a los hombres al perfeccionamiento ético, y en la cual las obligaciones religiosas tradicionales encuentran todavía un residuo, a lo sumo, en el ámbito privado, el sentido de la vida humana ya no es un tema público. Correspondientemente, los proyectos de derechos humanos más recientes (también los análogos a la religión) se concentran en la calidad de vida del hombre, provista de sentido, en todo caso en el ámbito privado. Nadie puede imaginarse que alguien postulase un derecho fundamental ¡a que el Estado ofrezca un sentido! ... un ámbito privado libre de vinculaciones y un sentido de la vida público no combinan entre sí”: GÜNTER JAKOBS, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, Cuadernos de Conferencias y artículos N° 4) p. 26

²⁹⁸ “La cooperación necesaria se da cuando el sujeto pone una condición que suprimida mentalmente no se produciría el resultado, dicho de otra forma, sin la cooperación el resultado no se produciría. También hay que añadir que la cooperación necesaria no es necesariamente una conducta propia: el propio nomen iuris cooperación es suficientemente expresivo. En cuanto a la admisión o no de la conducta omisiva en la cooperación necesaria hay diferentes posturas doctrinales, aunque la mayoría sustentan la posición de que no cabe la modalidad omisiva”: JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, “Suicidio y eutanasia en el Código Penal de 1995”, en JUAN LUIS GOMEZ COLOMER Y OTRO editores, *La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann* (Castello de la Plana, Universitat Jaume I, 1997) pp. 183 y ss.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

tipo especial reconocido para ella– en eutanasia, según el caso: “El auxilio ejecutivo al suicidio no puede confundirse con el llamado homicidio consentido ni con la eutanasia, ya que estas dos formas abarcan casos en que no se trata de un auxilio, sino de una autoría”²⁹⁹.

En consecuencia con ello, el auxilio consistirá en una cooperación, no en la ejecución de la muerte, y podrá tratarse de un auxilio material o intelectual, por ejemplo, la explicación específica de cómo opera un veneno para que el suicida sepa cómo ingerirlo,

En este punto existen ciertas disquisiciones que conviene abordar:

D.1. Admisibilidad del auxilio por omisión

La simple pasividad al no impedir un suicidio, aun pudiendo hacerlo o mediando concierto para ello, no constituye auxilio, ya que el suicida no ha requerido ayuda o colaboración para suicidarse, para ciertos autores³⁰⁰. Sin embargo, otros han estimado que sí es perfectamente posible el auxilio omisivo al suicidio: “en el suicidio, la ayuda activa se presenta con menos frecuencia que en otros hechos que lesionan el bien jurídico vida, mientras que en la realidad puede darse fácilmente un comportamiento consistente, no en un hacer cooperador que por lo general el suicida para nada necesita, sino en la abstención de intervenir para evitar la muerte que un sujeto va a causarse a sí mismo”³⁰¹.

En lo que existe bastante coincidencia por parte de las diversas interpretaciones que surgen sobre este tema es que omitir tratar de disuadir o de salvar a un

²⁹⁹ JUAN BUSTOS: Ob. Cit, p. 49.

³⁰⁰ Por ejemplo, lo ha considerado así sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de Octubre de 1927.

³⁰¹ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: “Inducción y auxilio al suicidio” en *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile, 1972) p. Cfr. JESÚS R. TOLEDANO TOLEDANO: Ob. Cit, pp. 197 – 204.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

suicidio tiene un resultado específico y no es indiferente respecto de la consumación del hecho: “La abstención de disuadir al suicida, el presenciar sin intervenir cómo otro prepara y lleva a cabo su muerte voluntaria, sirve de estímulo a la voluntad del suicida para consumir su designio y constituye un auxilio moral”³⁰². Aún más, también puede entenderse que auxilia al suicida quien favorece al suicida “en cuanto que no remueve un obstáculo que habría salvado la vida del suicida”.

Sin embargo, como estas figuras resultan muy difíciles de penalizar, particularmente teniendo presente que el suicidio mismo no es un delito, hay quienes consideran que sería más conveniente castigar la conducta omisiva simplemente como omisión al deber de socorro: La diferencia entre la figura del auxilio por omisión y la de esta última, estaría constituida porque en el primer caso el autor estaría en posición de garante respecto de la vida del que se suicida: “se responde de un auxilio en comisión por omisión –y no por una mera omisión del deber de socorro– cuando el que no impide el suicidio está vinculado con la víctima por una relación de garante, por ejemplo, cuando el marido no evítale suicidio de la esposa”³⁰³.

Tal argumento no se encuentra exento de dificultades, pues podría abrirse la posibilidad que en los casos en que exista tal deber de garante, pudiéramos estar en presencia de un parricidio o de un homicidio por omisión, como también de una eutanasia pasiva de existir penalmente esa figura, pues debiendo impedir la muerte de la persona y pudiendo hacerlo, ello no se hizo, independientemente que la acción matadora haya provenido de sí misma. Al efecto, tendrá gran importancia si consideramos o no que las figuras del *matar a otro* alcanzan

³⁰² *Idem*, en p. 24, siguiendo a QUINTANO RIPOLLÉS.

³⁰³ *Idem*, p. 26.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

también al homicidio consentido, pues si no fuera así esta tesis se descartaría por sí sola.

Tampoco estimamos que la consideración de esta conducta pudiera equipararse, en la ley chilena, a la omisión de socorro, pues en nuestro Código Penal se trata simplemente de una falta y no de un delito, exige que el afectado se encuentre en deshabitado y alude a circunstancias de la víctima que más bien parecen resultado de un accidente o de la acción de terceros, pero que difícilmente podrían interpretarse como resultados de una acción suicida.

Nosotros preferimos considerar que habrá auxilio al suicida cuando la intencionada omisión le facilite darse muerte a sí mismo, mientras que la omisión de socorro corresponderá a no impedir que el individuo sea víctima de un mal que no se ha procurado voluntariamente a sí mismo.

D.2. Diferencia entre el auxilio omisivo al suicidio y la eutanasia pasiva consentida

Habíamos adelantado que podía darse la duda acerca de cuándo estamos en presencia de una situación u otra: ¿sería eutanasia o auxilio al suicida que un médico no impida que un paciente, por su voluntad, deje de ingerir comida y bebida?; ¿o que evite someterse a un tratamiento que le mantendrá con vida?

Consideramos que, si bien la diferencia entre una figura y otra es fina, existen sin embargo distinciones:

a) En la eutanasia pasiva consentida, se identifican dos elementos trascendentes: primero, el garante, es decir, quien tiene a su cargo el cuidado de la persona, no aplica o suspende la aplicación de medidas que son necesarias para su subsistencia y toma esa decisión en razón de considerarlo una medida humanitaria; segundo, el paciente competente ha solicitado que el garante adopte

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

esa conducta omisiva. Esta situación, como es evidente, se transforma en una aceptación médica del rechazo de tratamientos o medidas terapéuticas del paciente que sufre o que está en condiciones de calificársele de terminal y no es una eutanasia punible allí donde el rechazo de tratamientos se encuentra jurídicamente bien adoptado y comprendido. Ello no evita, sin embargo, que en países donde ese desarrollo es parcial o no tiene la adecuada solidez se prefiera que en este caso el paciente pida el alta voluntaria para ahorrar eventuales responsabilidades que se pudieran hacer valer sobre el médico³⁰⁴.

b) Por el contrario, el auxilio al suicidio por omisión importa que el garante, sin mediar necesariamente una intención humanitaria sino por las más diversas razones, participa en el suicidio de otro con la omisión de la conducta que le es debida de acuerdo a su deber de garante y, desde luego, con la voluntad de colaborar a la muerte que el otro se infringe. Sin embargo, y como lo han advertido algunos autores y de acuerdo al marco normativo correspondiente, esta omisión puede finalmente penalizarse ya no como auxilio al suicida sino como omisión del deber de socorro.

Precisamente, en la eutanasia pasiva o en el homicidio por omisión la falta de actuación corresponde jurídicamente a “provocar la muerte”, mientras que en el caso del auxilio omisivo al suicida debe equipararse esa situación al prestar colaboración, es decir, a “facilitar la muerte”.

E. Se requiere dolo para que haya auxilio al suicida

La figura requiere que el autor participe como auxiliador dolosamente en el acto suicida, es decir, queriendo que se produzca la muerte del auxiliado. No se admite, en consecuencia, el auxilio al suicida culposo o cuasidelictual, lo cual se

³⁰⁴ Como se verá, tal cosa sucede actualmente en Chile.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

ve remarcado por el hecho que la ley exige expresamente que se actúe “con conocimiento de causa”.

F. Recapitulación. No es posible subsumir la figura eutanásica en el auxilio al suicida

Ya algo hemos adelantado, pero conviene pormenorizar las diferencias existentes entre la figura del artículo 393 y la eutanasia.

F.1. Naturaleza de la conducta

La eutanasia consiste en una acción de suyo matadora o en una omisión con las mismas características, por lo cual hay una relación causal, necesaria e inevitable entre ella y la muerte de la víctima. En el caso del auxilio al suicida, la cooperación no es de suyo matadora³⁰⁵, ni tampoco indispensable para que el resultado se produzca, consiste en una facilitación.

F.2. Solicitud del que muere

En la eutanasia puede o no darse el consentimiento de la víctima, en el auxilio al suicida no es posible configurar el tipo sin manifestación de voluntad y solicitud expresa de auxilio en su propósito.

F.3. Decisión final y control del acto

En la eutanasia corresponde siempre al autor, en el auxilio al suicida, se encuentra en manos de este último.

³⁰⁵ Según la redacción de la norma chilena, pues como ya hemos visto el artículo 143.3 del Código Penal español de 1995 cuenta con un hipótesis de suicidio-homicidio.

F.4. Situación del que muere

En la eutanasia se trata de una persona que se encuentra aquejada de dolores, enfermedades, privación de sus capacidades relacionales, etc. En el caso del suicidio asistido, las razones o características personales que han inducido al individuo a decidir matarse no son relevantes, salvo tratándose de un suicidio inducido que alguna de ellas tenga una influencia tan poderosa en el sujeto que actúa auxiliando que pudiera llegarse a considerar una atenuante de responsabilidad penal a su respecto o que se trate de una figura de suicidio médicamente asistido prevista en la legislación, lo que no ocurre en el caso chileno³⁰⁶.

F.5. Causa humanitaria

En la eutanasia es un elemento sustancial de la conducta, en el suicidio asistido puede o no estar presente.

A la luz de estas diferencias, consideramos que el auxilio al suicida es más bien equiparable a la figura del suicidio asistido ya revisada en su oportunidad, aunque conviene hacer presente que en la primera no media una exigencia de actuar por razones humanitarias, mientras que en el caso del suicidio asistido, se equipara las razones que motivan el actuar con las que tiene quien comete una conducta eutanásica, por un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia comparada.

³⁰⁶ Sí en el español, pues el artículo 143.4 del Código Penal de 1995 prevé una figura en este sentido: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”. Ésta es la pena más baja de las aplicadas a las hipótesis de auxilio al suicidio contempladas en el artículo 143.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

2. Omisión de socorro

Esta figura se encuentra sancionada en el artículo 494 n° 14 del Código Penal: “El que no socorriere o auxiliare a una persona que se encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer” será sancionado con pena de prisión en sus grados medio a máximo o multa de uno a cinco sueldos vitales.

A diferencia de lo que sucede en legislaciones comparadas, en Chile la omisión de socorro solamente es una falta, sancionable con prisión o con multa, que exige la concurrencia de los siguientes elementos:

A. Se trata de una conducta omisiva: se omite auxiliar o socorrer a una persona.

B. El responsable de ella no tiene específicamente un deber de garante, el cual, de existir, podría hacerlo configurar un homicidio o una de las figuras de abandono que se tratan en el numeral siguiente y que son constitutivas de delito y no de falta³⁰⁷.

C. La situación ha de producirse en despoblado, de allí que se haga acento en que no es producto ni de un concierto previo ni de una figura suicida, sino más bien producto de un accidente o de una agresión de terceros que no ha sido esperada.

D. La víctima debe hallarse herida, maltratada o “en peligro de perecer”, lo cual asimismo enfatiza la idea de que no se ha puesto en tal situación por su voluntad ni se deja de auxiliarla o de socorrerla a pedido suyo: “no implica necesariamente que la persona esté gravemente herida... en dicha expresión se señala únicamente la calidad de la situación de peligro que le da la subjetividad a la figura”³⁰⁸.

³⁰⁷ Hay ausencia de la obligación específica de actuar, la cual precisamente importa un brusco descenso de la penalidad, precisamente porque la posición de garante implica una exigibilidad muy diversa.

³⁰⁸ SERGIO POLITOFF ET AL: Ob. Cit, p. 277.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

De estas características, podemos concluir que la figura de la eutanasia o aun la del suicidio asistido no son equiparables a esta conducta, la que precisamente se castiga como falta por la imprevisión que lleva aparejada y por no haber habido responsabilidad ni del autor ni de la víctima respecto de la situación en la cual ésta se halla: “La existencia o inexistencia del dolo en el agente permite desplazar la omisión de una figura a otra (del homicidio por omisión a la omisión de socorro), refiriendo este dolo al resultado mortal”³⁰⁹, ya que en el caso del homicidio por omisión –o de la eutanasia– el autor busca y quiere la muerte como consecuencia de su abstención de actuar, mientras que en la omisión de socorro el autor no busca ni quiere ese resultado; simplemente no interviene por desidia u otras causas, sin tener interés en la producción del resultado.

3. Abandono de personas desvalidas

Esta figura abarca una generalidad de casos contemplados en los artículos 346 y siguientes, relativos al abandono de niños en lugares solitarios o no solitarios, señalándose ciertas agravaciones cuando los que lo abandonan son parientes próximos de él. Sin embargo, la figura que nos interesa, por la eventual vinculación que puede establecerse con la eutanasia, es la señalada en el artículo 352: “El que abandonare a su cónyuge o un ascendiente o descendiente, enfermo o imposibilitado, si el abandonado sufriere lesiones graves o muriere a consecuencia del abandono, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo”.

Esta figura cuenta con los siguientes requisitos de procedencia:

A. Existe necesariamente una relación de matrimonio o de parentesco entre el hechor y la víctima, luego, no puede ser aplicada a la generalidad de los casos.

³⁰⁹ *Idem*, p. 278.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

B. La víctima debe tener la calidad de “enferma” o de “imposibilitada”, sin que la ley pormenore la gravedad o entidad de sus padecimientos.

C. La conducta consiste en el “abandono”, en el dejar sola a la víctima. En consecuencia, no se trata de una omisión controlada, como puede ser la suspensión de un tratamiento o el retiro de una medida de soporte vital, ni debe concurrir un dolo homicida, que podría quedar de manifiesto con el ocultamiento del abandono o el tomar una serie de medidas que refuercen sus efectos.

D. A consecuencia del abandono, debe producirse la muerte de la víctima, por lo cual existe relación causal entre ambas figuras: “aunque la penalidad esté condicionada al resultado, no deja de ser estructuralmente este tipo penal una figura de peligro, en la índole material de la acción y en la subjetividad. El resultado sólo es condición objetiva de punibilidad”³¹⁰.

Estimamos que tampoco esta figura puede ser equiparada a la eutanasia pasiva – resulta innecesario explicar por qué no coincide con el auxilio al suicida– ya que el abandono no resulta ni de un concierto previo, ni de la búsqueda específica de un resultado matador, como en el caso de la omisión dolosa. Por otra parte, el concepto de “buena muerte” o de “muerte piadosa” tampoco puede entenderse compatible con el abandono de una persona enferma o desvalida a su suerte, la que normalmente morirá sufriendo al menos la desatención de la que es objeto, sin ninguna paliación del dolor y a veces víctima de mayores padecimientos que los que tenía originalmente.

³¹⁰ *Idem*, p. 273.

III. El Anteproyecto de reforma del Código Penal y sus aproximaciones a la eutanasia u “homicidio piadoso”

Con fecha 18 de Diciembre de 2005 fue presentado al entonces Presidente de la República de Chile don Ricardo Lagos Escobar el texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005, proponiendo un nuevo texto del Código Penal Chileno. Aunque dicho texto no se ha transformado hasta la fecha en un proyecto de ley presentado al Congreso Nacional, se ha querido consignar algunas referencias en él a la materia que nos ocupa, las cuales, más que un antecedente legislativo, resultan una atractiva mirada a la doctrina penal actual en Chile sobre la disposición de la vida.

1. Una figura delictiva nueva

Se introduce una nueva figura en el artículo 83 como forma atenuada de homicidio: “El que por motivos piadosos mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo”.

En esta figura coinciden dos elementos esenciales: la motivación del autor (la piedad) e inequívoco consentimiento de la víctima, cuyo objeto, al ser éste la aceptación de un acto punible y una renuncia a la protección que confiere el derecho, es la disposición del bien jurídico tutelado, esto es, la vida. Ello no obsta a que el interesado pueda delimitar fácticamente su consentimiento restringiendo así al destinatario a la realización de determinados comportamientos.

El consentimiento sólo puede darse hasta el tiempo de ejecutarse el hecho típico y el que ha sido prestado oportunamente (consentimiento) puede libremente

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

revocarse hasta el momento del hecho; siendo la revocación posterior siempre irrelevante³¹¹.

Esta nueva figura de homicidio piadoso o pietístico, a diferencia de la figura colombiana ya citada en este estudio, requiere del consentimiento de la víctima. Sin embargo, tal consentimiento no opera como causal de justificación o de despenalización de la conducta, sino simplemente como un elemento de atenuación, asociado y con el mismo valor que la piedad que desarrolla el autor del homicidio. De esta manera, si faltara cualquiera de los dos requisitos exigidos (piedad y consentimiento), estaremos ante un homicidio simple que podrá ser objeto de atenuación de responsabilidad por las causales generales, pero no objeto de una figura penal especial.

2. Estado de necesidad justificante

En el Artículo 6° el proyecto introduce una figura más amplia de estado de necesidad justificante: “5°. El que obra para evitar un mal grave, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

Cuarta. Que la situación de necesidad no la haya provocado intencionalmente.

Los fundamentos que constan en las actas del Foro para modificar esta figura y dejarla como queda son los siguientes: “B. Fundamento La propuesta pretende superar la principal crítica al actual 10 N° 7 Cp, y que es compartida por la doctrina mayoritaria: su reducción a los daños a la propiedad ajena como único bien (derecho) sacrificable, habiendo acuerdo en la admisibilidad de una justificación más amplia, que permita sopesar otros bienes y derechos, como de

³¹¹ JAIME RÍOS: “El consentimiento en materia penal”, *Polít. crim.* n° 1, 2006. A6, p. 1-37.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

hecho lo hace la propia ley en el actual art. 145 Cp. Además, siguiendo la tendencia legislativa que inaugurara entre nosotros el art. 155 del Código Aeronáutico, al permitir el resarcimiento de daños en casos de aterrizajes forzosos de aeronaves, y el parecer de un sector de la doctrina, se establece una regla que permita la indemnización de los daños, aunque limitada estrictamente a los directos que se causen para evitar el mal. Finalmente, no se propone una regulación especial del llamado *estado de necesidad exculpante*, cuyos supuestos parecen encontrar regulación en la amplia causal de *miedo insuperable o fuerza irresistible*, por una parte; y por otra, porque las regulaciones existentes en la materia (art. 20 N° 5 CPE98; § 35 StGB99, y 54 Código italiano) no han resultado del todo satisfactorias, particularmente por la inclusión en ellas de un importante número de limitaciones y, en particular, del supuesto “deber de afrontar el peligro”, como circunstancia que impide aplicar la eximente, deber no reconocido mayoritariamente entre nosotros”,³¹².

3. Auxilio al suicida

Se modifica la figura de auxilio al suicida, que queda como sigue: “Art. 84. El que induzca a otro a suicidarse sufrirá la pena de reclusión menor en su grado máximo./ El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio./ Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si se efectúa la muerte del suicida”.

³¹² El estado de necesidad descrito al final de este comentario ha sido consagrado en el numeral 11 del artículo 10 del Código Penal, ya descrito, con posterioridad al trabajo del Foro Penal, pero como se ha explicado, no incide en la conducta eutanásica, si bien su construcción se equipara en mayor medida a la forma de reflexionar sobre la colisión de valores o bienes jurídicos que la temática de la eutanasia contiene.

4. Atenuación por conducta piadosa

En el Artículo 7°, entre las circunstancias atenuantes, el proyecto introduce la siguiente: “2ª. Obrar por motivos altruistas o piadosos o por estímulos que le hayan provocado una importante perturbación emocional o limitado considerablemente su capacidad de controlar sus actos”.

Dicha circunstancia es utilizable para una atenuación de responsabilidad en el caso del homicidio cometido por razones piadosas, pero sin consentimiento de la víctima.

IV. Proyectos de ley presentados hasta la fecha en el Congreso Nacional sobre decisiones de disposición de la vida en el ámbito médico

Los proyectos presentados hasta la fecha de cierre de la presente investigación³¹³ al Congreso Nacional, por iniciativa parlamentaria, son los siguientes:

1.- Proyecto de ley contenido en Boletín nº 3690-11 Regula la aplicación de la eutanasia en los casos que indica, presentado por el Senador don Nelson Ávila el 5 de Octubre de 2004³¹⁴. Este proyecto se encuentra archivado y proponía las siguientes líneas legislativas:

a) Definía eutanasia como “la acción u omisión de un médico que por su naturaleza o intención provoque la muerte de un paciente que, cumpliendo los requisitos y manifestando su consentimiento en los términos que esta ley señala,

³¹³ Si bien ninguno de estos proyectos ha llegado a ser ley ni a tener una activa tramitación legislativa, los consignamos a fin de dejar constancia del estado del arte en materia parlamentaria sobre eutanasia en Chile, sin perjuicio que en el capítulo siguiente comentaremos la normativa complementaria a los derechos del paciente ya dictada.

³¹⁴ El proyecto completo puede ser consultado en http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/sil?num=3690-11, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ha expresado la firme voluntad de poner término a su vida por razones humanitarias”.

b) Se establecía como eutanasia pasiva al “derecho de todo paciente terminal otorgar o denegar su consentimiento a cualquier procedimiento médico que estime invasivo, complejo o innecesario cuando:

1. Se trate de un paciente en estado terminal, esto es, que padezca un precario estado de salud, debido a una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida.
2. Que los cuidados que se le puedan brindar al paciente sean innecesarios, en cuanto éstos solo persigan prolongar su agonía”.

c) “Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles tratamientos. Esto se hará en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal.”.

d) “En caso de pacientes “cuyo estado impidiera obtener su consentimiento, pero se presume que prontamente podrá prestarlo de forma libre y espontánea, se entenderá que acepta el tratamiento hasta que su voluntad pueda ser conocida.”

e) “La voluntad del paciente podrá manifestarse verbalmente pero de ésta deberá quedar siempre constancia por escrito. El consentimiento deberá prestarse a lo menos ante dos testigos, siendo uno de éstos el cónyuge, ascendiente o descendiente mayor de edad del paciente. En caso de encontrarse el paciente internado en un recinto hospitalario oficiará de ministro de fe el director del establecimiento o quien le subrogue. El consentimiento siempre podrá prestarse

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

ante Notario Público. En caso de no existir el cónyuge, ascendientes o descendientes mayores de edad, o bien ante negativa de éstos, el consentimiento deberá prestarse a lo menos ante cinco testigos”.

f) “Si la voluntad del paciente o de los llamados por la esta ley a suplirle es no someterle a los tratamientos indicados en el numeral 2° del artículo 3 ésta deberá ser acatada”.

g) “Todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar podrá solicitar por razones humanitarias, y de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano./ Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles tratamientos. Esto se hará en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal”. Las reglas de expresión del consentimiento son las mismas señaladas en los epígrafes anteriores.

h) “En los casos señalados precedentemente no existirá responsabilidad administrativa, penal ni civil para los médicos o para el establecimiento asistencial que haya atendido al paciente, derivada de la aplicación de procedimientos eutanásicos.

i) Se propone agregar al artículo 10° del Código Penal³¹⁵ el siguiente numeral 14: “El médico cirujano que practique eutanasia en los casos expresamente previstos por la ley”.

³¹⁵ Referido a las causales de justificación.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

2.- Proyecto de ley contenido en Boletín n° 4201-11 Establece regulación legal de la eutanasia, presentado por los diputados Fulvio Rossi y Juan Bustos con fecha 11 de mayo de 2006³¹⁶, el cual se encuentra asimismo archivado y contenía las siguientes ideas fundamentales:

a) Define eutanasia como “la terminación de la vida que lleva a cabo un médico a petición del paciente, cumpliendo los requisitos y manifestando su consentimiento en los términos que se señala en los siguientes artículos”.

b) Define eutanasia pasiva en términos muy similares al proyecto Ávila: “Es derecho de todo paciente terminal otorgar o denegar su consentimiento a cualquier procedimiento médico que estime invasivo, complejo o innecesario cuando: Se trate de un paciente en estado terminal, esto es, que padezca un precario estado de salud, debido a una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida./Que los cuidados que se le puedan brindar al paciente sean innecesarios, en cuanto éstos solo persigan prolongar su agonía”. La manifestación del consentimiento se regula de modo idéntico al proyecto Ávila.

c) Define eutanasia activa del mismo modo que el proyecto Ávila: “Todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar podrá solicitar por razones humanitarias, y de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano./Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles

³¹⁶ El proyecto completo puede encontrarse en http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/sil?num=4201-11, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

tratamientos. Esto se hará en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal”.

d) Propone sustituir el art. 393 del Código Penal en el siguiente sentido: “Art. 393. El que quitare la vida a otra, según el deseo expreso y serio de la misma será castigado con pena de presidio mayor en su grado mínimo./El que induzca a otro a suicidarse sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo/El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio./Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si se efectúa la muerte del suicida./El supuesto al que se refiere los incisos anteriores no será punible en el caso de que haya sido cometido por médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el título VI del Código Sanitario y se lo haya comunicado a la comisión ética de comprobación”.

3.- Proyecto de ley contenido en Boletín n° 4270-11, Proyecto de ley sobre derechos de los pacientes, presentado por el Senador Guido Girardi en conjunto con los senadores Gómez, Navarro, Ominami y Ruiz-Esquide con fecha 23 de Junio de 2006³¹⁷. Este proyecto, que se encuentra archivado, refería a varias materias, entre ellas la eutanasia, sobre la cual esgrimía los criterios siguientes:

a) Contempla, entre los derechos relativos a la dignidad del paciente, el derecho “a que se evite el dolor del paciente y se adopten las medidas técnicamente apropiadas y disponibles con los medios tecnológicos existentes para minimizar, aplacar y atender el dolor. No sólo debe atenderse el dolor físico sino que también el emocional o espiritual” y “El derecho a morir dignamente, comprendiendo en él, al menos, el derecho a que se respete la voluntad del paciente a tener una muerte natural y en paz, evitando adelantarla o retardarla artificialmente”.

³¹⁷ El proyecto completo puede encontrarse en http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/sil?num=4270-11, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

b) Se reconoce al paciente “el derecho a rechazar el o los tratamientos que se le ofrezcan a su propio riesgo y cuenta. Con todo este derecho no puede en ningún caso llegar al extremo de comprometer la vida del propio paciente”.

c) Se consagra la solicitud de alta voluntaria: “El paciente es responsable de sus acciones si rehúsa recibir tratamiento o si no sigue las instrucciones del médico responsable. En caso de no acatar las recomendaciones médicas tiene el deber de firmar su alta voluntaria o los documentos que dejen constancia de su decisión”.

4.- Proyecto de ley contenido en Boletín n° 4271-11, Proyecto de ley que establece el derecho a la muerte digna, presentado por el Senador Guido Girardi en conjunto con los senadores Gómez, Navarro, Ominami y Ruiz-Esquide con fecha 23 de Junio de 2006, el cual se archivó, fue desarchivado y se volvió a archivar en enero de 2012³¹⁸, conteniendo las ideas siguientes:

a) Se reconoce a toda persona “el derecho a una muerte digna que incluya la libertad para determinar las terapias a las que desea ser sometido ante la proximidad de su muerte, el derecho a no padecer males o dolores innecesarios y a evitar la prolongación artificial de su vida.

b) “Toda persona mayor de edad tiene la libertad y el derecho a definir los cuidados y tratamientos a los que desea o no someterse ante la proximidad de su muerte./Dicha manifestación de voluntad deberá constar por escrito y otorgarse ante cualquier ministro de fe”.

³¹⁸ El proyecto completo puede consultarse en http://www.bcn.cl/carpetas/temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/sil?num=4271-11, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

- c) "... para cumplir su voluntad sobre las condiciones en que desea finalizar su vida, toda persona puede designar un curador especial, en conformidad a las reglas establecidas en el Título XIX y siguientes del Libro I del Código Civil".
- d) "Estando en una situación de enfermedad que pueda desencadenar en la muerte, toda persona puede manifestar directamente su voluntad o nombrar el curador especial, por cualquier medio que exprese inequívocamente su consentimiento./En este caso, bastará la presencia y fe otorgada por el Director del establecimiento de salud y del representante legal o pariente más próximo".
- e) "Fuera de las circunstancias anteriores, esto es, bajo la imposibilidad de prestar consentimiento de cualquier forma, los facultativos médicos consultarán, en todo caso la voluntad de los parientes más próximos".

Al revisar la estadística de los proyectos referidos notaremos lo siguiente. Dos de ellos refieren expresamente al concepto de eutanasia y lo definen sobre los dos ejes tratados en esta investigación: consentimiento y razones humanitarias. Sin embargo, el concepto de consentimiento es amplio, pues incluye la representación general de intereses como asimismo, en un caso, el consentimiento presunto. Los mismos proyectos identifican eutanasia pasiva con rechazo de tratamientos médicos y uno de ellos considera como causal de justificación la práctica de la eutanasia por un médico en los casos previstos por la ley, mientras el otro establece la despenalización del suicidio asistido cuando esta conducta sea cometida por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el título VI del Código Sanitario y se lo haya comunicado a la comisión ética de comprobación. En el caso de los otros dos proyectos, el de derechos de los pacientes³¹⁹ no se refiere a la eutanasia e incluso limita el rechazo de tratamientos a no poderse, por esta vía, afectar la vida, disponiendo además un sistema de alta

³¹⁹ No confundir con la ley vigente en Chile sobre derechos y deberes de las personas en salud, el cual se comenta más adelante en este trabajo.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

voluntaria; el relativo a la muerte digna, por su parte, la define en términos de poder elegir si se quiere o no mantener o disponer la aplicación de un tratamiento, no verse forzado a soportar dolores y males innecesarios y a evitar la prolongación artificial de su vida y establece la posibilidad de nombramiento de un curador especial para las decisiones del final de la vida.

V. Recapitulación

En este capítulo se ha buscado presentar, del modo más preciso posible, la inserción de una eventual figura de eutanasia dentro del ordenamiento positivo chileno, teniendo a la vista que, si bien se ha pretendido legislar sobre ello aún sin resultados concretos, la ley vigente no contempla figuras de eutanasia o de suicidio médicamente asistido, tampoco de homicidio piadoso, por lo cual la eutanasia se asocia con el homicidio como figura residual del Código Penal y se trata, asimismo, la situación del tipo penal de auxilio al suicida, que comparte algunas reflexiones con la figura de la eutanasia.

Se detallan los diversos elementos de la figura eutanásica a la luz del tipo “matar a otro” y se analizan tanto sus aspectos objetivos como subjetivos, destacándose los debates y controversias que algunos de estos elementos suscitan allí donde el legislador no ha hecho definiciones. En algunos casos, la tendencia del país se acerca más al modelo anglosajón que al modelo europeo, particularmente el español, que es bastante más proclive a privilegiar la autonomía del paciente, aspecto que en nuestro país ha sido de un desarrollo considerablemente más lento.

El escenario legislativo descrito explica por qué el derecho positivo ha de interrogar a la Constitución y a sus grandes principios, particularmente asociados con los derechos fundamentales de las personas, acerca de la eventual cabida de las figuras eutanásicas y de otras formas de disposición de la vida en el Derecho chileno, lo cual analizaremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

I. Aspectos preliminares

La Constitución Chilena de 1980, aprobada por referéndum de la ciudadanía en dicho año y que entró en vigencia el 11 de marzo de 1981, es la primera Carta Fundamental del país que hace referencia al derecho a la vida. Su antecesora, la Carta de 1925, si bien contemplaba un catálogo de garantías constitucionales, no incluía este derecho aunque sí menciones importantes a la protección de las personas.

En efecto, la anterior constitución chilena consideraba a la “sociedad organizada en el Estado [...] un agente activo preocupado de facilitarla y de velar por el interés de todos y particularmente del de quienes están más desprovistos de medios”, contemplaba el novedoso y sustancioso N° 14 del art. 10, el cual, a través de sus afirmaciones más expresivas, aseguraba "la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización". Más adelante el mismo precepto reconocía que "es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país"³²⁰.

³²⁰ ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN y MARÍA PÍA SILVA GALLINATO: “Artículos de doctrina. Derechos Humanos en la Constitución de 1925”, *Ius et Praxis*, 2003, vol.9, no.1, p.245-257.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

El hecho que la Constitución de 1980 fuera la que iniciara en nuestro país un tratamiento constitucional directo acerca del derecho a la vida importó, sin lugar a dudas, la discusión de una serie de materias bioéticas y biojurídicas en sede constitucional: primero, a través de los recursos de protección deducidos ante los tribunales ordinarios de justicia y, con posterioridad, fuera por el control de constitucionalidad preventivo de la ley o por las facultades de conocer sobre objeciones de constitucionalidad a posteriori, en relación con los fallos del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional chilena de los primeros catorce años de vigencia de la Carta no fue demasiado fluida en relación con los aspectos finales del derecho a la vida, fundamentalmente asociados con la disposición de ésta. Sobre dicha materia han de destacarse las sentencias de las Cortes de Apelaciones de: Santiago de 9 de Agosto de 1984 sobre huelguistas de hambre; y las de Copiapó de fecha 24 de Marzo de 1992 y Rancagua de fecha 22 de Agosto de 1995 ambos sobre negativa por razones religiosas a que se practique transfusión de sangre ³²¹, en atención a tres aspectos diversos. Primeramente, que

³²¹ El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de Agosto de 1984 sobre huelguistas de hambre de la Parroquia de San Roque en sus considerandos 9º y 10º expresa: “9º- Que el atentado contra la vida y la integridad física que están realizando los ayunantes es un hecho ilegal e ilegítimo que si bien no está penado por la ley infringe todo nuestro sistema social y jurídico que impide y sanciona todo atentado contra la vida, ya sea bajo la forma del homicidio o de la colaboración al suicidio. Como expresa Etcheberry en el tomo III de su *Derecho Penal*, la uniformidad del suicidio debido a la imposibilidad de sancionar a su autor, si éste ha consumado su propósito, no legitima de ningún modo el hecho aludido. Donde se aprecia claramente la ilegalidad en que están inmersos la tentativa de suicidio y el suicidio, es en la sanción que se emite el cooperador de este acto ilícito; 10º- Que en todo caso, los huelguistas y el Padre Wheelan, quien estaba al momento de la interposición del presente recurso, prestándoles albergue para la realización de su propósito, han procedido con arbitrariedad, esto es, contrariando a la razón y a la justicia, pues es de derecho natural que el derecho a la vida es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra, - pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos, sino en la facultad de exigir de los otros, la inviolabilidad de ella. Es lo que expresa don Rafael Fernández Concha en el Tomo III de su obra sobre Filosofía del Derecho, al insistir en que el derecho de vida, "no consiste ni se funda en dominio directo sobre la vida, por cuanto tal dominio no lo tiene ningún hombre, respecto de la propia". En efecto, el dominio importa necesariamente una relación entre un sujeto y un objeto diferente, en tanto que el hombre y su vida, se identifican y son una misma cosa” (el texto completo del fallo se encuentra en *Gaceta Jurídica*, 50, Santiago, 1984, pp. 76-79). Por su parte, el

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

la jurisprudencia en cuestión se generó en un entorno de decisiones biomédicas diversas a las que propiamente aluden a la eutanasia o propiamente a la disposición de la vida como decisión autónoma, esto es, huelgas de hambre realizadas durante un período de gobierno autoritario y rechazo de tratamientos médicos por razones religiosas; en segundo lugar, porque en los referidos fallos se abordó nuestra temática fundamentalmente en la perspectiva de una presunta jerarquización de derechos, lo que evitó un pronunciamiento realmente sustantivo y, en tercer lugar, porque en ninguno de ellos se recogió el desarrollo constitucional habido en esta materia, lo que impidió en ellos discutir líneas argumentales contemporáneas.

fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 24 de Marzo de 1992 sobre negativa por razones religiosas a que se practique transfusión de sangre estimó en su considerando 6º que “*Sexto*: Que si bien es cierto, nuestra Constitución, en el artículo 19 N° 6, asegura a todos los habitantes la libertad de conciencia, la manifestación de todas la creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, en este caso, habiendo conducido doña Luzmenia Bravo Bravo a su hijo al Hospital Regional para ser atendido por el grave estado en que se encontraba, lo que se puede deducir de los antecedentes, el cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados, porque la recurrida solicitó la atención médica para su hijo, a fin de preservar su salud y conservar su vida, disponiendo el hospital de los elementos humanos y materiales para que el paciente recuperara la salud y mantuviera la vida, proporcionándosele al enfermo los auxilios médicos necesarios, entre ellos la transfusión de sangre, que lo han llevado a su recuperación. Que, por otra parte, el juramento y rol profesional del médico lo obligan a preservar la vida” (texto completo del fallo se encuentra en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX (1992), N° 2 (Mayo-Agosto), Sección 5; el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 22 de Agosto de 1995 expresa en sus considerandos séptimo y octavo: “*Séptimo*: Que constituye una obligación de los Médicos tratantes de la persona en cuyo favor se ha recurrido, el procurar por todos los medios y técnicas que integran la *lex artis* médica el mantener la vida de sus pacientes utilizando la transfusión de sangre cuando ello fuere necesario, aun contra la voluntad del paciente y de sus familiares que por motivos religiosos se niegan a aceptar tal tratamiento, en razón de que debe primar la preservación de la salud y la vida de las personas sobre cualquiera otra consideración, aunque sea de índole religiosa que ponga en riesgo innecesariamente la vida del enfermo; *Octavo*: Que el ordenamiento jurídico nacional consagra en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona, garantía protegida especialmente por el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Carta Fundamental, de modo que ninguna persona pueda sufrir por causa de actos u omisiones arbitrarios e ilegales privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del referido derecho, siendo deber imperativo especialmente de las autoridades públicas velar por la salud y la vida de las personas que conforman la sociedad” (el texto completo del fallo se encuentra en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII (1995) N° 3 (Septiembre-Diciembre), Sección 5).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Ello varió luego del año 1996, con una visión más sustantiva del derecho a la vida y basada más en una ponderación de intereses que en una jerarquización de derechos³²², pero sin embargo la temática se mantenía alejada de la esencia misma de la disposición de la vida por razones asociadas con la autonomía y se evidenciaba la carencia de una mayor discusión argumental.

En ese entendido, los fallos sobre el derecho a la vida que se podrían destacar en aspectos de fondo más bien se ha pronunciado en torno a tres aspectos que no constituyen precisamente nuestra discusión: el momento en el cual se ha considerar protegida la vida humana en sus inicios, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las conductas que ponen en riesgo la vida o la integridad del embrión humano y la extensión del llamado principio precautorio en favor de la vida humana³²³.

³²² El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago Autos Rol N° 806-96 Hospital San José con Jorge Cazorla rechazó el recurso de protección interpuesto por dicho Hospital para forzar al paciente a someterse a una transfusión sanguínea estimando que “el recurso de protección invocado tiene por objeto amparar la vida de una persona que se encuentra perturbada o amenazada por la acción de un tercero, pero no puede perseguir el amparo ante la omisión voluntaria de aquella para conservarla, pues nadie puede ser forzado a defender su propio derecho”. Por su parte, el año 2001 la Corte de Apelaciones de Talca en autos Rol N° 60069-01, declaró inadmisibles un recurso de protección en el mismo tenor, estimando que “del mérito de los antecedentes se desprende que la persona a favor y en contra de quien se recurre es la misma, de declara inadmisibles el recurso deducido”. Ambos fallos han sido comentados en AVELINO RETAMALES: “Autonomía del paciente: Los testigos de Jehová y las alternativas a la transfusión”, *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 2006, 71 (4), pp. 280-287.

³²³ Se sugiere, al respecto, consultar RODRIGO BARCIA: “Fallos y comentario a los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema sobre recurso de protección, interpuesto por la distribución de laboratorios de la denominada píldora del día después a adolescentes (menores mayores de catorce años)”, *Ius Et Praxis* Año 13 - N° 2 (Talca, 2007) pp. 409 y ss; ARTURO FERMANDOIS: “La píldora del día después: aspectos normativos”, *Estudios Públicos*, 95, 2004, pp. 91 y ss; RODOLFO FIGUEROA: “Concepto de Persona, titularidad del derecho a la vida y aborto”, *Revista de Derecho*, Volumen XX N° 2, 2007, pp. 95-130; GASTÓN GÓMEZ: *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005) p. 310, HUMBERTO NOGUEIRA: “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el Decreto Supremo que regula la distribución de la píldora del día después (levonorgestrel 0.75 mg)”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, pp. 361-372 y ANGELA VIVANCO: “La píldora del día después” (citado) pp. 543-577.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Las fuentes de este modo generadas sin duda han sido fundamentales, como veremos, para perfilar el derecho a la vida en la Constitución de 1980, pero no han tenido la capacidad de resolver las grandes dudas constitucionales que pueden surgir en torno a la disposición de la vida, por lo cual es dable pensar que la situación chilena más bien se debe enfocar, en la materia, con la interpretación doctrinal más que con las resoluciones de los tribunales, no obstante exista un diferente valor normativo de la jurisprudencia y de la doctrina.

Ello nos demanda revisar los criterios de interpretación de la Constitución utilizados en dichos análisis doctrinales, ya que la realidad propia de la Carta de 1980 no es la de ser una carta pactada entre los diversos sectores de la sociedad nacional –como puede predicarse de la Constitución española de 1978– sino la de ser una Constitución otorgada por un gobierno militar a la ciudadanía, legitimada con posterioridad de un modo democrático a través de numerosas reformas, muchas de ellas gestadas ya en un país que ha retornado a la democracia y en el que operan los poderes constituyentes derivados más comunes.

Surgen, de este modo, algunas dudas sustanciales acerca de la mirada que debemos dar a la Ley Fundamental de Chile: ¿Podemos hacer una consideración de ella en la clave valorativa en la que fue creada o debemos escindir el texto mismo de la Carta de dicha clave? ¿Ha de estimarse el trasfondo valorativo de la sociedad chilena, aun examinándolo al día de hoy, como un elemento necesario para interpretar la Constitución? ¿Puede un orden público así configurado limitar o impedir la ejecución de decisiones autónomas relativas a la propia vida o ello sólo es posible si la Constitución lo manifiesta expresamente? ¿Proporciona la Constitución chilena alguna fórmula de resolución de los eventuales o reales conflictos de derechos que se generan a propósito de la disposición de la vida?

En forma adicional a lo anterior, se deben revisar algunos antecedentes legislativos de los últimos años que, si bien no han influido directamente en el marco constitucional sobre el derecho a la vida, de algún modo nos muestran una

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

tendencia en la interpretación y aplicación de la Carta Fundamental a estos aspectos.

II. Algunas precisiones históricas sobre la generación de la Carta de 1980 y las consecuencias de ese modo de generación

El día 11 de septiembre de 1973, con el derrocamiento del gobierno del Presidente Salvador Allende y el advenimiento de uno compuesto por una Junta Militar integrada por cuatro miembros (el Comandante en Jefe de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros), comenzó un proceso de análisis y estudio respecto de las diversas instituciones existentes en el país, avanzándose por un camino que se basaría en la revisión crítica de las bases sobre las cuales se cimentaba el Estado chileno hasta esa fecha, todo lo cual culminaría con el objetivo de crear lo que dio en llamarse una “nueva institucionalidad” para Chile.

Con anterioridad a esa fecha, el Constituyente de nuestro país consagró como Cartas Fundamentales el Reglamento Constitucional de 1812 (proyecto aprobado por una comisión integrada por Manuel de Salas, Francisco Antonio Pérez, el padre Camilo Henríquez, Francisco de la Lastra, Hipólito de Villegas, Jaime Zudáñez y el cónsul norteamericano Joel Robert Poinsett, bajo el gobierno de José Miguel Carrera), el Reglamento Constitucional de 1814 (propio de los vaivenes de guerra que libraba Chile y promulgado bajo el gobierno de una Junta integrada por Eyzaguirre, Infante y Pérez), la Constitución provisoria de 1818 (aprobada por un plebiscito bajo el gobierno de Bernardo O’Higgins y propia de una situación de emergencia), la Constitución de 1822 (cuyo texto y estructura se ciñó casi en su totalidad a la Constitución española promulgada en 1812 en las Cortes de Cádiz, tomando algunas disposiciones de la provisoria de 1818, promulgada bajo el gobierno de Bernardo O’Higgins), la Constitución de 1828 (redactada por José Joaquín de Mora basándose, también, en la citada Constitución española de 1812

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

y en el proyecto federal que, años antes, propiciara José Miguel Infante; aprobada por el Congreso), la de 1833 (al parecer redactada por Andrés Bello, Manuel José Gandarillas y Mariano Egaña, aprobada por una Gran Convención creada al efecto y promulgada bajo el gobierno de Joaquín Prieto) y la Constitución de 1925 (aprobada por plebiscito y promulgada bajo el gobierno de Arturo Alessandri). Lo anterior, sin considerar proyectos menores que no tuvieron la importancia o la trascendencia para ser considerados, propiamente, Constituciones Políticas.

Al asumir la conducción de la nación el gobierno militar, ese mismo día 11 de septiembre de 1973 emitió un pronunciamiento conocido como “Bando n° 5”³²⁴, en el que acusa al gobierno destruido de haber desconocido derechos fundamentales, omitido acatar el Derecho, concentrado en sí gran parte del poder político y económico, puesto en peligro la seguridad interna y externa del país y en suma, haber quebrantado la unidad nacional. Por esta razón, se instituye no sólo un nuevo gobierno sino una entidad generadora de normas, las que habrán de ser acatadas considerando que “de la legitimidad de estas normas se colige su obligatoriedad para la ciudadanía, las que deberán ser acatadas y cumplidas por todo el país y especialmente por las autoridades”.

El día 12 de Septiembre de 1973, el Presidente de la Excelentísima Corte Suprema, don Enrique Urrutia M., emitió una declaración manifestando su complacencia en nombre de la Administración de Justicia de Chile por el pronunciamiento militar. Al día siguiente se reunió el pleno de la Excelentísima Corte Suprema y se acuerda hacer un llamado a todos los Tribunales del país para que "continúen cumpliendo sus labores ante la certeza de que la Autoridad Administrativa respectiva les prestará la garantía necesaria en el desempeño normal de sus funciones".

³²⁴ El texto completo puede encontrarse en <http://www.udesarrollo.cl/cursos/scl/CODSCL/2sem/LOD116/seccion2/lecturas/044.pdf>, en sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A partir de entonces, la Junta de Gobierno plasmó los lineamientos de su gobierno mediante Decretos Leyes, unas veces referidos a leyes propiamente tales y otras a normas de carácter constitucional, sin hacer distingo entre unas y otras. Precisamente, mediante el Decreto Ley n° 1, la Junta de Gobierno asumiría el Mando Supremo de la Nación, Posteriormente a través del Decreto Ley No. 128 de 16 de Noviembre de 1973, aclarando el Decreto Ley No. 1 recién dictado se señala que " la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973, el ejercicio de los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo. El Poder Judicial ejercerá funciones en la forma y con la independencia y facultades que señale la Constitución Política del Estado".

Sin embargo, mediante el Decreto Ley n° 788 (4 de diciembre de 1974) se estableció que para ejercer el Poder Constituyente, es decir, para dictar normas que recayeran en un ámbito propio de la Constitución, la Junta de Gobierno debía declararlo expresamente. Así fue como comenzaron a surgir las llamadas Actas Constitucionales, normas cuyo propósito era modificar, en lo pertinente, el contenido de la Carta Fundamental de 1925, fuera derogando artículos o capítulos completos, fuera creando y reglando nuevos órganos o instituciones, cuyos contenidos tendrían vigencia hasta la entrada en vigencia de la nueva Constitución y en algunos casos aún después, una vez incorporadas por la Comisión Constituyente en el texto constitucional que habría de aprobarse con posterioridad³²⁵.

³²⁵ Las Actas Constitucionales son decretos leyes dictados por la Junta de Gobierno en el ejercicio de su Potestad Constituyente, que tratan materias determinadas, con un carácter más orgánico y que presentan la particularidad de modificar expresamente el texto vigente de la Carta del año 1925, ya sea derogando capítulos completos de la Constitución o creando una nueva institución. En el diario El Mercurio de fecha 27 de Septiembre de 1976 el presidente de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, don Enrique Ortúzar Escobar señaló que estas Actas Constitucionales eran cuerpos jurídicos orgánicos destinados a ir proyectando en el marco constitucional lo fundamental de la realidad política y económica del país, en la medida en que se vaya conformando, y que en determinadas materias constituirán capítulos de la futura Carta". Por su parte, la Junta de Gobierno estimó en 1977 que el país se encontraba en plena etapa de recuperación y en condiciones de pasar a la etapa de transición. En una reunión que se celebró en el Cerro Chacarillas el 9 de Julio, el general Pinochet expresó: "Durante el período que falta de la

**1. La Constitución de 1980 y el Gobierno Militar Chileno en el período
1973-1980: Proceso de generación**

El día 25 de octubre de 1973, mediante Decreto Supremo n° 1.064, del Ministerio de Justicia, la Junta de Gobierno encomendó a una Comisión la confección de un anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado, Comisión que fue presidida por don Enrique Ortúzar Escobar y que fue llamada, por ello, “Comisión Ortúzar”, la que en un comienzo estuvo integrada además por los señores Sergio Díez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz y Jorge Ovalle Quiroz. Fue designado Secretario de la Comisión don Rafael Eyzaguirre Echeverría. Posteriormente, se incorporaron como miembros permanentes de la Comisión los señores Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lorca Rojas y Alejandro Silva Bascuñán.

Ya en la tercera sesión, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución redactó una minuta para presentar a la Junta de Gobierno, señalando las metas principales que se esperaba alcanzar con la nueva Carta Fundamental. Someramente, se decía que la misma debía ser nacionalista, buscando la integración de “las fuerzas vitales de la nación” y escapando de concepciones foráneas que fueran extrañas a nuestras costumbres e idiosincrasia; se señalaba también que aquella debía

etapa de recuperación, será necesario completar la dictación de Actas Constitucionales, en todas aquellas materias de rango constitucional aún no consideradas por ellas.... De esta manera quedará definitivamente derogada la Constitución de 1925, que en sustancia ya murió, pero que jurídicamente permanece vigente en algunas pequeñas partes, lo que no resulta aconsejable.... La culminación de todo este proceso de reaparición y promulgación de las Actas Constitucionales, que continuará desarrollándose progresivamente desde ahora estimo que deberá estar en todo caso terminada antes del 31 de diciembre de 1980, ya que la etapa de transición no deberá comenzar sino después de dicho año, coincidiendo su inicio con la plena vigencia de todas las instituciones jurídicas que las Actas cumplen..... Simultáneamente con lo anterior, que implicará el paso de la etapa de transición a la de consolidación, corresponderá aprobar y promulgar la nueva Constitución Política del Estado, única y completa, recogiendo como base la experiencia que arroje la aplicación de las Actas Constitucionales. La etapa de transición servirá así para culminar los estudios del proyecto de la nueva carta fundamental": Texto recogido en http://www.justicia.cl/proyecto_1/marco.html, sitio consultado en febrero de 2012. Debe tenerse presente que se usa, en esta oportunidad, una fuente de prensa, pues dada la época, no hay fuentes institucionales o formales que detallen este aspecto.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

propender a un régimen democrático estable, regulando de buena forma los partidos políticos, creando conciencia cívica en pro de la democracia, evitando toda forma en que alguno de los poderes del Estado pudiera tomar el control político de los medios de comunicación social y, en fin, creando un sistema de segunda vuelta para las elecciones presidenciales; además, la Constitución debía expresar el reconocimiento y respeto a las garantías individuales y sociales, sin dejar de mencionar los correlativos deberes; debía establecer medios efectivos de participación para los diversos estamentos que conforman la sociedad chilena, amén de una descentralización regional; debía, también, sentar las bases para un adecuado desarrollo económico del país; y respecto de los órganos del Estado, debía regular en forma adecuada principalmente el Poder Judicial y la Contraloría General de la República. Mención especial se hizo a las Fuerzas Armadas, las que en razón de su papel de velar por la seguridad interna y externa del país debían ser objeto de normas expresas.

En 1977, por severas discrepancias con el Gobierno militar, renunciaron los miembros Alejandro Silva Bascuñán, Jorge Ovalle Quiroz y Enrique Evans de la Cuadra, siendo reemplazados el 9 de Junio de ese año por la señora Luz Bulnes Aldunate y los señores Raúl Bertelsen Repetto y Juan de Dios Carmona Peralta como miembros de la Comisión. En dicho acto de integración se da lectura a un discurso del General Augusto Pinochet como Presidente de la Junta de Gobierno, que señala: “Distinguidos miembros de la Comisión de Estudio de la Constitución, podéis tener la convicción de que el Gobierno tiene conciencia de que su deber no sólo es lograr la plena reconstrucción moral y material de la Patria, sino también asegurar el futuro de ella, dándole un ordenamiento jurídico fundamental, sólido y perdurable, capaz de garantizar la independencia y soberanía de la Nación y el derecho de su pueblo a vivir en un régimen de libertad

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

y con la seguridad necesaria para que en paz y tranquilidad pueda alcanzar la prosperidad y felicidad a que tiene derecho”³²⁶.

El resultado del trabajo de la Comisión se plasmó en un anteproyecto, el cual fue entregado en 1978 para su revisión. Este anteproyecto constitucional fue revisado primero por el Consejo de Estado, el cual efectuó un llamamiento a la opinión pública, abierto, para que el que se interesare por hacerlo hiciese sus sugerencias, comentarios o críticas al anteproyecto presentado por la Comisión Ortúzar (el que, previamente, había sido difundido por la prensa). Tras vencer el término dispuesto para lo anterior (el día 15 de diciembre de 1978), haber escuchado, también, las voces de diversas personalidades y efectuado las correcciones y alcances que estimó pertinentes, el Consejo de Estado, por medio de su presidente don Jorge Alessandri Rodríguez, entregó al Presidente Augusto Pinochet el anteproyecto constitucional el día 8 de julio de 1980.

Luego, una segunda revisión fue efectuada por la Junta de Gobierno, encabezada por el General Augusto Pinochet. Después de efectuadas estas revisiones por parte del gobierno, en las cuales se introdujeron cambios y supresiones al anteproyecto original, se dio finalmente por aprobado un texto de 120 artículos permanentes y 29 transitorios,

2. El proyecto sometido a votación popular

El proyecto Constitucional fue sometido a plebiscito el 11 de Septiembre de 1980, encontrándose el país en Estado de Sitio, otorgándosele un “SÍ” de apoyo del 65,71% de los votantes que concurrieron a las urnas, o sea, 4.121.067 votos, y los

³²⁶ Transcripción del acta N° 296 de 9 de Junio de 1977, ver su texto completo en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IX_Comision_Ortuzar.pdf, sitio consultado en Enero de 2009.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

que votaron que “NO” la apoyaban tuvieron un 30,19% de los votantes, con 1.893.420 votos³²⁷.

El plebiscito fue duramente criticado por varias razones: se realizó sin registros electorales, por lo cual se votaba con cédula de identidad y no con inscripción electoral; sin acceso de la oposición a los medios de comunicación y sin control de ningún tipo sobre este acto. Adicionalmente, ha de tenerse presente que los votos nulos y blancos se agregaban a la opción ganadora.

Con todo, la nueva Constitución fue promulgada con fecha 21 de Octubre de 1980, publicándose el día 24 en el Diario Oficial. Sin embargo, sólo entraría en vigencia 6 meses después de su aprobación plebiscitaria, vale decir, el 11 de Marzo de 1981.

3. La Constitución de 1980 ya vigente: “Dos Constituciones”

El texto constitucional tenía, en realidad, dos partes: Una que constituía la Constitución definitiva –en la que se encontraban, por ejemplo, los derechos y deberes constitucionales- y otra que resultaba ser un conjunto de artículos transitorios, que en muchas materias regían sobre la Constitución permanente, al punto de hablarse durante un prolongado espacio de tiempo de “dos constituciones”: “*Su estructura es dual*, pues el texto tuvo -y conserva aún- dos Constituciones. Enuncio a continuación algunas razones en apoyo de tal aseveración. A. Hubo y quedan todavía preceptos de una *Constitución*

³²⁷ “Que la H. Junta de Gobierno aprobó una nueva constitución política de la República de Chile sometiendo su texto a ratificación plebiscitaria, para tal efecto la H. Junta de Gobierno convocó a la Nación toda a plebiscito para el día 11 de septiembre de 1980; que la voluntad soberana nacional mayoritariamente manifestara en un acto libre, secreto e informado, se pronunció aprobando la carta Fundamental que le fuera propuesta; que el colegio Escrutador Nacional ha remitido el Acta de escrutinio general de la República que contiene el resultado oficial y definitivo del plebiscito y en que consta la aprobación mayoritaria del pueblo de Chile al nuevo texto Constitucional”: Decreto Supremo N° 1150 de 1980.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Transitoria, que rigió desde el 11 de marzo de 1981 al 10 de marzo de 1990. B. Una *Constitución Permanente*, llamada a regir indefinidamente, lo cual sucedió en plenitud desde el 11 de marzo de 1990. A ella se refiere todo el articulado del Código Político, desde el 1° al final. Importante es destacar, a propósito de la característica recién expuesta, que ambas Cartas Fundamentales son sustancial y formalmente *distintas*, sobre todo en cuanto a la distribución del ejercicio del Poder entre los órganos estatales, al control y responsabilidad de tal ejercicio, y a las facultades extraordinarias de aquellos órganos ante las restricciones -o incluso violaciones- a los derechos humanos. Efectivamente, la Constitución Transitoria se caracterizaba por una *concentración fuerte del Poder en el Presidente de la República y la Junta de Gobierno*, a la par que la Constitución Permanente corresponde al *Principio de Separación de las Funciones Estatales* en órganos independientes, aunque relacionados y recíprocamente controlados, con claro desequilibrio formal, es cierto, en favor del Primer Mandatario. Desprenda (...) las consecuencias que lo expuesto tiene en ligamen con el Estado de Derecho y la Democracia Constitucional. Pregúntese, además, si los denominados *enclaves autoritarios* obedecen a la idea de mantener ciertos rasgos de la Constitución Transitoria para prevenir dificultades surgidas de los casos de violaciones recién aludidos”³²⁸

Como lo expresa la cita antes mencionada, esa dualidad se extendió por nueve años y aún después de 1990 y de la aplicación de las elecciones democráticas en Chile varias disposiciones transitorias mantuvieron vigencia, y ello debió ir siendo subsanado mediante varias reformas constitucionales.

Si bien esta dualidad no refiere expresamente al derecho a la vida, reviste sin embargo importancia por tres aspectos que es menester consignar: primeramente, evidencia una profunda escisión en el régimen constitucional chileno, que se

³²⁸ JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: “Fisonomía histórica y prospectiva de la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho*, Vol. VI, diciembre 1995 (Valdivia, Universidad Austral) pp. 7-27.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

prolonga durante largo tiempo y que pone en jaque el consenso y la conciencia constitucional en torno a la Carta, como lo veremos en las páginas siguientes; muchas de las garantías contempladas quedan tuteladas durante un largo tiempo por un modelo autoritario, que se manifiesta por ejemplo en una forzada jerarquización de derechos o en el concepto de derechos–deberes asociado no sólo al derecho a la vida sino a las garantías electorales; y, finalmente, las herramientas de protección de derechos previstas en la propia Constitución no siempre operaron en ese entendido, sino a veces en un espacio muy reducido frente a la aplicación durante varios años de estados de excepción constitucional o a la consideración que estas herramientas podían aplicarse para proteger derechos en la perspectiva de deberes, incluso más allá de la voluntad de sus titulares, como ya se ha revisado en la jurisprudencia del derecho a la vida anterior a 1996.

4. Las reformas constitucionales y el cuestionamiento de la Constitución

A partir del año 1989 la Carta Fundamental ha sufrido varias modificaciones, a saber: Ley n° 18.825 de 17 de agosto de 1989³²⁹; Ley n° 19.055 de 01 de abril de 1991³³⁰; Ley n° 19.097 de 12 de noviembre de 1991; Ley n° 19.295 de 04 de marzo de 1994; Ley n° 19.519 de 16 de septiembre de 1997; Ley n° 19.526 de 17 de noviembre de 1997; Ley n° 19.541 de 22 de diciembre de 1997; Ley n° 19.597 de 14 enero de 1999; Ley n° 19.611 de 16 de junio de 1999; Ley n° 19.634 de 2 de octubre de 1999; Ley n° 19.643 de 5 de noviembre de 1999; Ley n° 19.671 de 29 de abril de 2000; Ley n° 19.672 de 28 de abril de 2000; Ley n° 19.742 de 25 de agosto de 2001, Ley n° 19.876 de 22 de mayo de 2003; Ley n° 20.050 de 26 de

³²⁹ En esa oportunidad se hicieron 54 reformas a la Constitución, orientadas principalmente a establecer el pluralismo político, aumentar el número de civiles en el Consejo de Seguridad Nacional, dar mayor relevancia a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico del país, limitar el poder del Ejecutivo sobre algunas libertades personales y definir en cuatro años el período presidencial de quien resultara electo en los comicios de diciembre de 1989.

³³⁰ Este segundo paquete de reformas fue conocido como "leyes Cumplido", que eliminaron la negativa constitucional de dar indultos y libertades provisionales a procesados por delitos terroristas al transformar ese tipo de ilícitos en delitos comunes.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Agosto de 2005³³¹; Ley n° 20.162 de 16 de febrero de 2007; Ley n° 20.193 de 30 de julio de 2007; Ley n° 20.245 de 10 de enero de 2008; Ley N° 20.337 de abril de 2009; Ley N° 20.346 de 15 de mayo de 2009; Ley n° 20.352 de 30 de mayo de 2009; Ley n° 20.354 de 12 de junio de 2009; Ley n° 20.390 de 28 de octubre de 2009; Ley n° 20.415 de 4 de enero de 2010; Ley n° 20.503 de 27 de abril de 2011; Ley n° 20.515 de 4 de julio de 2011; Ley n° 20.516 de 11 de julio de 2011; y Ley n° 20.573 de 6 de marzo de 2012³³².

Si bien la cantidad de leyes de reforma constitucional que han sido dictadas parecieran dar cuenta de la imperfección de la Carta Fundamental de 1980, más importante es destacar que la Carta ha sido capaz de ir ajustándose con dinamismo a las exigencias jurídicas y sociales de una comunidad que opera a más de treinta años de la dictación de la Constitución.

Sin embargo, debe tenerse presente que el origen de la Constitución ha sido un elemento clave en su cuestionamiento en cuanto a dos aspectos que son directamente atingentes a nuestra investigación: la consideración de las actas de la Comisión de Estudios de la Carta de 1980 en la interpretación de ésta y el establecimiento de un modelo constitucional en la perspectiva valórica. Analicemos, pues, ambos aspectos.

³³¹ Este otro importante paquete de reformas constitucionales comenzó su tramitación el año 2000, que fue favorecida por el logro de mayores acuerdos políticos y por un cambio en la conformación de los senadores designados, lo que inclinó la balanza a favor de los opositores al texto original de la Constitución: Augusto Pinochet había renunciado a su sillón senatorial vitalicio tras su arresto en Londres y las fuerzas democráticas buscaban un avance institucional necesario. Estas reformas, cuyo objetivo era dar un cierre definitivo al período llamado "de transición" tras el gobierno militar, fueron aprobadas por el Congreso Pleno el 16 de agosto de 2005, por 150 votos a favor, tres en contra y una abstención. Inmediatamente después se trataron 25 vetos o modificaciones que envió el Poder Ejecutivo en materias como la referencia a los delitos de difamación y a la protección de la vida pública, la suspensión del derecho de sufragio, la vacancia parlamentaria, entrada en vigencia de los tratados internacionales, fuero parlamentario y conformación del Tribunal Constitucional. La aprobación de estos vetos, etapa final de la discusión parlamentaria, ocurrió el 17 de agosto de 2005.

³³² Este listado se ha actualizado a octubre de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A. La consideración de las actas de la Comisión de Estudios de la Carta de 1980 en la interpretación de ésta

Es claro que la génesis de la Carta de 1980 en Chile no fue el producto de una gran asamblea constituyente ni contó con el aporte doctrinario de todas las tendencias existentes en la Nación, pues la consideración de los criterios con que se iba a otorgar una nueva Constitución para Chile emanados del gobierno militar ya se oponía sustancialmente a una concepción pluralista como aquélla. Ello no impidió sin embargo que dentro de la Comisión se dieran diferentes percepciones y sensibilidades, pues si bien se trataba de un grupo ideológicamente acotado, no por ello era totalmente homogéneo, al menos en la época en que los temas relacionados con el derecho a la vida fueron tratados.

Tales diferencias se traducían en opciones religiosas diferentes, pertenencia a grupos políticos distintos y visiones constitucionales propias, particularmente en el caso de aquellos comisionados con experiencia real en el área. Sin embargo, tales circunstancias fueron poco consideradas en el tiempo, ya que a los detractores del modo de generación de la Constitución finalmente les resultó más determinante la circunstancia real que cada uno de los comisionados había sido elegido y había contado con el beneplácito del gobierno militar y cada uno de ellos, mientras se mantuvo en la Comisión, lo hizo conscientemente de que estaba participando en la generación de una nueva Constitución en un entorno no democrático.

Como es obvio, para algunos ese entorno no era óbice para participar en el procedimiento respectivo. Para otros, precisamente participar en el procedimiento podía generar los cauces que permitieran el retorno a la democracia, como sucedería años después. Sea como sea, la actuación misma de este grupo se situó históricamente en un período que los juristas constitucionales de hoy consideran un intermedio en la historia constitucional chilena.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Dado lo anterior y el hecho que algunos de los temas introducidos en la Carta no tenían un tratamiento constitucional anterior en el país, como era precisamente el caso de la conceptualización de la garantía constitucional asociada con el derecho a la vida, ha surgido los últimos años en el país un interesante debate acerca de si las actas de la Comisión de Estudios en las que este tema se abordó y que son muy ricas en contenido, particularmente en cómo se consideró a la persona humana y cuánto se estimó que debía ser preservada su vida, no sólo en el entorno social sino en su propia esfera de autocuidado, pueden ser consideradas elementos calificables para la interpretación de la Carta y, en consecuencia, fuente directa de sus preceptos.

Los criterios que estiman que las Actas de la Comisión de Estudios no pueden ser consideradas elemento interpretativo de la Constitución o cuando menos no uno de carácter prevalente son los siguientes:

a) Quienes invocan las Actas quieren fijar el signo de la Constitución de acuerdo a su propio pensamiento o al de quienes no querían la democracia: “Aunque es bueno advertir que todavía creo posible explicar la Constitución chilena en su mejor versión, sin hacer referencia a las actas. Esta persistencia de las actas y las referencias a la Comisión Ortúzar se explica porque en el Tribunal Constitucional y en muchos profesores hay un solipsismo constitucional. El solipsismo constitucional implica el grado de subjetivismo más extremo, y eso tenemos cada vez que los ministros se citan a sí mismos o cuando citan las opiniones de los que no querían la democracia para explicar la constitución chilena”³³³. En ese mismo sentido, se cuestiona la legitimidad de las deliberaciones de una Comisión no representativa y no democrática: “en tanto que fuente de interpretación de la Constitución, estas deliberaciones carecen de toda legitimidad, tanto desde el

³³³ PABLO RUIZ.TAGLE: “Chile debe tener una nueva Constitución” en <http://www.pablorig-tagle.cl/blog/2008/10/08/chile-debe-tener-una-nueva-constitucion-seminario-universidad-central-25-de-agosto-2008/>, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

punto de vista de la representatividad política de la Comisión Ortúzar como desde la teoría constitucional propiamente tal”, ya que “el constante recurso al trabajo de la Comisión sólo ha logrado perpetuar una concepción minoritaria y no democrática de la Carta, concepción que ni es representativa de la sociedad... ni mucho menos consensuada... las opciones políticas propias de quienes promulgaron la Constitución en 1980 no pueden ser impuestas en futuras interpretaciones y aplicaciones de la norma, más aun considerando que ellas no fueron consensuadas en su origen por la comunidad”³³⁴.

b) La interpretación de la Constitución debe orientarse en las claves que han contribuido a legitimarla dentro del proceso democrático, las que se alejan de su germen: “... desde que esta institucionalidad se ha incorporado plenamente en la regulación de la vida cívica del país se ha ido desprendiendo de su voluntad originaria, la cual aparece en una continua adaptación a las nuevas realidades de un régimen democrático. Esta adaptación se realiza básicamente de dos formas: con la introducción de reformas a la Carta Constitucional y con nuevas concepciones interpretativas de la Constitución en un sentido más dinámico, sistemático y finalista de sus contenidos. La imbricación de estas dos formas de cambio es indivisible. Una determina a la otra. La reforma constitucional se constituye en una nueva guía interpretativa. Por ende, ella no sólo es un mandato al legislador para la readecuación del nuevo marco normativo, sino, por sobre todas las cosas, es una exigencia al intérprete para que, desde el espíritu del cambio, conciba formas más sistemáticas de entender el ordenamiento jurídico. Este desafío debiera ser la tarea permanente del intérprete, la cual lejos de desnaturalizar la Constitución, reafirma su vigencia social./ Una concepción sistemática y finalista de la interpretación constitucional se opone a las interpretaciones literalistas u originalistas. Esta destaca la idea de la Constitución

³³⁴ JAIME MERCADO BASSA: *El Estado Constitucional de Derecho: efectos sobre la Constitución vigente y derechos sociales* (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2008) pp. 109 y ss.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

como un sistema, en donde las distintas partes deben guardar relación y armonía entre sí. Esta contextualización permite determinar la ubicación de la norma dentro del ordenamiento, para después desentrañar su finalidad, la cual debe tender a la solución efectiva de la cuestión, sin que su resultado pugne con las bases fundamentales de la Constitución y sin afectar los derechos básicos en su esencia”³³⁵.

c) Aun sin criticar el modo en que se gestaron las Actas, sin duda el elemento histórico representa ciertas dificultades interpretativas, por lo cual conviene reservarlo como elemento secundario de análisis: “la interpretación de carácter histórico dirigida fundamentalmente a conocer la voluntad del poder constituyente no puede utilizarse de forma prevalente frente a otros métodos hermenéuticos; esto es importante ya que ha existido una cierta corriente interpretativa en nuestros tribunales según la cual lo importante no es lo que realmente dicen las normas, si no “lo que quisieron decir” sus autores. Si se acepta este punto de vista (privilegiando la supuesta *voluntas legis* por encima del propio texto) se abre la puerta a cualquier tipo de excesos y arbitrariedades, dando lugar con ello, como lo demuestran una cantidad considerable de tesis jurisprudenciales de nuestro pasado reciente, a la aplicación sesgada e incluso corrupta de la Constitución y de las leyes. En otras palabras, por ningún motivo se puede sustituir la letra de la ley (o de la Constitución) por el supuesto significado del “espíritu” de la norma o por la intención que tuvieron sus autores”³³⁶.

De este modo, la consideración del elemento histórico, aun si no existieren dudas acerca del Poder Constituyente ejercido, amerita la conjunción de varios elementos que se traducen en métodos diversos: “Estos métodos determinan si una proposición es constitucional o no, o, en definitiva, si es verdadera o no, si es

³³⁵ GONZALO GARCÍA: “Una interpretación democrática de las normas militares de la Constitución de 1980”, FASOC Vol. VIII, N° 1, p. 2.

³³⁶ MIGUEL CARBONELL: “La interpretación de los derechos fundamentales”, Revista *Ius et Praxis* Año 10 N° 1, 2004, pp. 409- 417.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

legítima. Tradicionalmente, seis son los elementos, a saber: historia (intenciones originales del constituyente), texto (significado de las palabras como lo significarían a un ciudadano común o *average person*), estructura (regla sistemática que ve a la constitución como un todo), doctrina (se fija en los precedentes y a las reglas establecidas), ethos (que mira las reglas morales y políticas obligadas que se traducen en un punto de partida general) y, por último, prudencia (que tiende a observar los costos y beneficios de la decisión)³³⁷.

Sin perjuicio de que, necesariamente, algunas precisiones de las efectuadas implican un juzgamiento ético de las conductas más que un criterio constitucional estricto, coincidimos en que las Actas de la Constitución no pueden ser consideradas un modo prevalente de interpretar ésta, habida consideración no sólo de la conformación y propósitos de la Comisión de Estudios, sino otros elementos a nuestro juicio más poderosos. En primer término, muchas de las situaciones controversiales en materia bioética que se plantean hoy de un modo acuciante no pudieron siquiera ser imaginadas por quienes discutieron el texto de la Constitución en los años setenta, no sólo porque muchos de esos conflictos aún no se habían recepcionado en América del Sur sino porque una parte considerable de los avances científicos que les dieron origen aún no se habían producido, por lo cual el tratamiento del derecho a la vida que se hace en actas, si bien es muy ilustrativo en ciertas materias, en otros es necesariamente deficitario; en segundo término, las alusiones y conceptos tratados en la discusión constitucional de la época han variado en su contenido y sus alcances desde hace mucho tiempo, por lo cual aun las palabras con que se construyeron las normas que hoy aplicamos han sido objeto de numerosas correcciones, modificaciones y deconstrucciones en virtud de los tratamientos doctrinarios y jurisprudenciales que se han hecho de ellos; y, en último término, los criterios vertidos en las actas sin duda refieren a un modelo constitucional que sí debe considerarse nuclear en la Constitución de 1980

³³⁷ Vid. PHILIP BOBBIT: *Constitutional Interpretation* (Cambridge, Blackwell, 1991).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

y que está definido en grandes principios inalterados a través de los años y que no han sido reformados sino en muy contados casos y para darles una mayor fuerza: la dignidad y la libertad humanas, la servicialidad del Estado, el respeto y protección de los derechos fundamentales, la igualdad como principio constitucional y sin duda, la democracia, más que como régimen de gobierno, como modo de vida.

Por tal causa, si bien nuestro tratamiento del derecho a la vida en la Constitución de 1980 incluirá referencias a las actas constitucionales, nuestras interpretaciones sobre los contenidos de ese derecho y de qué modo afectan o aluden a la problemática de la disposición de la vida, recogerán otros muchos criterios, particularmente los vinculados a los grandes principios que, presentes en nuestra Carta Fundamental, se encuentran hoy también en la base de todas las constituciones democráticas iberoamericanas.

B. Establecimiento de un modelo constitucional en la perspectiva valorativa

Una de las temáticas más complejas del constitucionalismo moderno versa acerca de si el modelo constitucional, inextricablemente asociado con los derechos humanos, ha de considerarse o no un modelo valorativo y, de ser así, a qué tipo de valores ha de atender específicamente. La naturaleza misma de las constituciones y su estructuración y contexto llevan a tales disquisiciones: “Contrariamente a la mayoría de las leyes ordinarias, las Constituciones -y en el seno de éstas, las declaraciones de derechos concretamente- son necesariamente sintéticas, vagas, alusivas; sus preceptos se expresan con frecuencia en términos a la vez ambiguos y cargados de valores, tales como la libertad, la democracia, la justicia, la dignidad, la igualdad; verdaderamente, su fin radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos, más en la descripción de programas que en la definición de poderes. Incluso cuando fijan realmente (o parecen fijar) procedimientos y deberes, lo hacen por medio de amplios conceptos

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

de valor, tales como “igualdad de trato”, “formas y garantías del proceso” (*due process*) o “reglas del proceso de “justicia natural” (*rules of natural justice*)”³³⁸.

De este modo, una de las características de la Carta Fundamental, adicionalmente al hecho de ser suprema dentro del ámbito normativo del Estado y a definir de este modo al resto de las fuentes que conforman el ordenamiento jurídico de ese Estado, es su capacidad para determinar la validez de dichas normas en conformidad al cuadro de valores y de limitaciones al poder que la propia Carta contempla³³⁹.

Así, las grandes claves de la Constitución se remarcan como el principio de dignidad y los derechos fundamentales, pasando a ser la Carta Fundamental un modelo de valores que materializa el Estado de Derecho, y “resulta omnipresente en toda la operación y creación del Derecho”, el cual a la vez se confronta con los límites que importan “tres contra-valores: los valores individuales de “los otros” semejantes, el valor ético de “la ley moral” y el valor social del “orden constitucional”³⁴⁰.

Este enfoque de del Derecho Constitucional tiene su punto de partida en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán; concretamente, en la sentencia Lüth de 1958, “donde se establecen los conceptos centrales de valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistema de valores en los que se apoyará posteriormente”³⁴¹. La importancia de esta sentencia

³³⁸ Vid. LOUIS JOSEPH FAVOREU *et al.*: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1984), pp. 618 y 619.

³³⁹ Vid. EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas, 1985) pp. 49 y ss.

³⁴⁰ LUIS M. CRUZ: *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, (Granada, Comares, 2005) pp. 4 y 27.

³⁴¹ LUIS M. CRUZ; *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos* (citado) p. 9. La sentencia referida importa la siguiente doctrina: “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

radica en su consideración como norma objetiva de los principios y la decisión axiológica de los llamados “Derechos Fundamentales”, que pasan de ese modo a informar a todo el sistema jurídico, actuando “como principio de interpretación”³⁴². Este proceso se ve apoyado también desde la doctrina, a través de los trabajos de Günther Dürig y Otto Bachof³⁴³, desarrollándose una precisión importante sobre el pensamiento de éstos y otros autores alemanes: “Que el Derecho esté sujeto a un orden de valores que es anterior a él no significa que aquél se deduzca de dicho orden, como si se tratara de un sistema racional o de Derecho natural cerrado. La sujeción ha de entenderse en el sentido de la inamovible fuerza vinculante que tienen los valores últimos de la justicia, a los que pertenecen, fundamentalmente, la personalidad y autonomía del ser humano y la interdicción de la arbitrariedad, así como la unión con el prójimo y la

derecho. 2. En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye ante todo disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales. 3. El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVer-GG), cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal examina las sentencias de los tribunales civiles sólo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores de derecho. 4. Por disposiciones de derecho civil también pueden entenderse las “leyes generales” en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión. 5. Las “leyes generales” para el Estado democrático libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión. 6. El derecho fundamental del Art. 5 de la Ley Fundamental protege no sólo la expresión de una opinión como tal, sino también, los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión. 7. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola, necesariamente las buenas costumbres en el sentido del §826 BGB; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso”: Comentario a esta sentencia y enunciado de su doctrina puede encontrarse en <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>, sitio consultado en febrero de 2012.

³⁴²LUIS M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos* (citado), p. 16.

³⁴³ “De los comentarios recogidos en este libro resultaron de capital importancia los escritos por DÜRIG y, en concreto, su comentario al artículo primero de la Ley Fundamental, el cual ha de ser leído como un trabajo sobre el fundamento de los fundamentos. En él, DÜRIG defendió el concepto de Constitución como sistema de valores, así como su alcance normativo en el conjunto del ordenamiento jurídico. En esta misma línea, Otto BACHOF, en su discurso pronunciado en mayo de 1959 al tomar posesión del cargo de rector de la Eberhard-Karl-Universität Tübingen, defendió el carácter axiológico de la Constitución y la posición del Tribunal Constitucional como su principal guardián”: LUIS M. CRUZ, “la Constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, 2009, Universidad de La Sabana, disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1541/2111>, sitio consultado en febrero de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

responsabilidad dentro de la comunidad. Por otro lado, este carácter preceptivo del orden de valores no se puede probar con una evidencia racional, sino que su afirmación es, según BACHOF, una creencia y una confesión que abarcan lo que se entiende bajo el nombre de *Cultura occidental*³⁴⁴.

Si reconocemos entonces, no sólo de modo formal sino sustantivo, la existencia de valores como un contenido necesario del modelo constitucional, debemos entonces reconocer que la dificultad de definir precisamente ese modelo se traslada a determinar cuáles serán esos valores y de qué modo podrán hacerse valer respecto del ordenamiento o incluso hacer más rígida la Constitución en sí misma, sobre todo reconociendo, en el caso particular de la Constitución de 1980, que no es una constitución neutra: “No es una Constitución *neutra*, sino que dotada de *nítida orientación axiológica*, claramente comprometida o cimentada sobre ciertos valores, los cuales resultan determinantes al momento de interpretar y aplicar, con lealtad o de buena fe, la Carta Fundamental para llevarla a la práctica. He aquí una de las *huellas* más profundas que el tiempo dejó en quienes redactaron los sucesivos textos que *culminaron* en la Carta Fundamental hoy en vigor. Por ejemplo, aparecen expresamente mencionadas *la dignidad de la persona* y los *derechos naturales* o innatos de ella; otro tanto ocurre con la *seguridad nacional*, el *bien común* y la *separación de lo político y lo social*; debe también ser mencionada la *subsidiariedad del Estado*, principalmente aunque no sólo en el ámbito empresarial; en fin, no puedo silenciar la mayor *autonomía* de las organizaciones sociales o instituciones privadas frente al gobierno... Comprueben ustedes lo dicho revisando el artículo 1° en sus incisos 1°, 2°, 4° y

³⁴⁴ OTTO BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Mohr, 1959. Existe traducción al castellano, *Jueces y Constitución*, T. R. Fernández (prólogo), Madrid, Civitas, trad. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 1985. Sobre la libertad y justicia como horizonte de los derechos fundamentales, véase GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil* (Madrid, Trotta, 1995).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

5°; el artículo 5° inciso 2°; el artículo 23° inciso 1°; el artículo 19° en sus Nos 11° y 21°; por último, el artículo 1° inciso 3° en nexa con el artículo 23° inciso 2°³⁴⁵.

Sin embargo, no basta a estos efectos el reconocimiento de la condición axiológica de la Constitución, sino que se hace necesario examinar cualitativamente el modelo valorativo al cual la Carta remite y confrontarlo con los contenidos que pueden considerarse propios de las democracias modernas y pluralistas: ¿son los mismos? ¿Puede una constitución generada durante un proceso no democrático adherir a un ethos democrático? ¿Pende ello de las autoridades intervinientes, de las posteriores valoraciones de referéndum, de las reformas constitucionales o de la interpretación jurisprudencial que se ha dado a sus preceptos?

Al efecto, sostenemos en este punto tres premisas que estimamos fundamentales para la valoración del marco constitucional del derecho a la vida y, por ende, para ser aplicadas en el examen de otras fuentes que aborden este derecho.

a) Si bien la Constitución de 1980 puede ser considerada, en la perspectiva de su texto, como una obra cuya autoría no corresponde a los procedimientos habituales en que se manifiesta el constituyente en sistemas democráticos sanos, la Carta Fundamental ha adquirido legitimidad más que por el referéndum inicial con que fue aprobada gracias a tres manifestaciones en torno a ella que sí pueden ser calificadas de democráticas en su esencia:

a.1) Las numerosas reformas constitucionales de que ha sido objeto, las cuales han introducido en ella no sólo ajustes normativos sino la impronta de la participación de los poderes constituidos en los que se representa la diversidad del país, reformas que es menester recordarlo, han dejado prácticamente indemne el estatuto de las garantías constitucionales salvo por los perfeccionamientos

³⁴⁵ JOSE LUIS CEA EGAÑA: “Fisonomía histórica y prospectiva de la Constitución de 1980”, *citado*, pp. 7-27.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

efectuados en torno a la igualdad ante la ley, la protección de la privacidad, las garantías asociadas con el proceso penal, el derecho a la educación y la libertad de expresión, incluida la artística.

a.2) La invocación de la Constitución en su calidad de gran carta de derechos fundamentales por parte de entes públicos y privados, personas naturales y jurídicas, organizaciones y asociaciones de diverso signo, ideología y creencias, haciéndola justiciable ante los tribunales ordinarios de justicia como ante los tribunales especiales previstos por ella misma, como es el caso del Tribunal Constitucional³⁴⁶, lo cual obviamente demuestra, en sentido weberiano, que para sus destinatarios la Constitución es efectivamente un instrumento eficaz de reconocimiento y salvaguarda de derechos³⁴⁷.

a.3) La innegable capacidad que ha esgrimido el sistema constitucional chileno para la creación de adecuadas interfaces con el ordenamiento constitucional comparado, presentando un modelo moderno, perfectamente compatible incluso con el generado en cartas constitucionales más actuales y proclive a una creciente pero gradual internacionalización, particularmente en la perspectiva de la incorporación como constitución material de numerosos tratados de derechos humanos suscritos por Chile, la que no han evitado ciertos desajustes respecto de su aplicación frente a la Constitución vigente, pero se ha logrado una adecuada

³⁴⁶ A este efecto, se sugiere consultar el interesante trabajo de ANDRES BORDALI SALAMANCA: "El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica en *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. XVIII - N° 1 - Julio 2005 (Valdivia, Universidad Austral) pp. 89-117.

³⁴⁷ MAX WEBER: *Economía y Sociedad* (México, F.C.E, 1944) pp. 196-197. T. 1. El alude a la sociología del poder, en razón que se respeta u obedece un determinado mandato no sólo en virtud de la fuerza de la coerción que con lleva sino de la convicción de que debe ser obedecido, así, aplicado ello a la Constitución, ésta se instituye en el gran pacto social y no sólo en una carta otorgada en la medida de las convicción de sus destinatarios acerca de ser para ellos un instrumento de protección y reconocimiento de derechos.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

cohabitación en la mayoría de los casos³⁴⁸, basándose en la continuidad existente entre los derechos, la necesidad de interpretar éstos en una perspectiva armoniosa y las búsqueda de la solución más proclive a la protección de las personas.

b) El marco constitucional del derecho a la vida alude directamente a la protección de la persona humana en sus distintos grados de desarrollo³⁴⁹ y a la evitación, al aplicar los criterios protectores, de efectuar discriminaciones arbitrarias entre los individuos, considerando sus vidas más protegibles o más merecedoras de ser protegidas que otras, lo cual es plenamente compatible con el panorama internacional de los derechos humanos y con el énfasis en la no admisibilidad de la subvaloración de vidas humanas³⁵⁰. Esta opción no puede calificarse como apartada de las reflexiones constitucionales de las democracias

³⁴⁸ “Es necesario tener presente que en materia de Derechos Humanos, mientras se encuentre vigente el artículo 5° inciso 2°, no es posible eliminar los derechos humanos y sus garantías ya incorporados al ordenamiento jurídico, de acuerdo a las diversas fuentes del Derecho Internacional, ya que tales derechos limitan la soberanía del Estado, vale decir, la potestad constituyente derivada y los poderes constituidos, como lo ha sostenido la jurisprudencia uniforme de la Excma. Corte Suprema de Justicia. Obviamente, los derechos entrados por vía del derecho internacional de los derechos humanos no modifica ni altera el contenido de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, sino que sólo los complementa, fortalece o aumenta su nivel de garantías”: HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA, “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales” en Estudios Constitucionales, junio, año/volumen 5 N° 1 (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, 2007) p. 73.

³⁴⁹ Específicamente, la Ley n° 20.120 sobre Investigación científica en seres humanos, su genoma y prohibición de clonación, en sus artículos 1° y 2° dispone “Artículo 1°.- Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas./ Artículo 2°.- La libertad para llevar a cabo actividades de investigación científica biomédica en seres humanos tiene como límite el respeto a los derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos tanto por la Constitución Política de la República como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta específica protección importa una extensiva protección a la vida del ser humano en sus inicios precisamente en una materia en que sufre numerosos atentados, que es precisamente la investigación científica.

³⁵⁰ A modo ejemplar, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006), la cual, junto a su protocolo facultativo, fue ratificada por Chile en septiembre de 2008, establece en su artículo 10 sobre Derecho a la vida que “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

modernas y no sólo remite al texto constitucional mismo, sino a producción legislativa y jurisprudencial muy actual.

c) Si bien la Comisión de Estudios de la Constitución presentó las dificultades ya conocidas respecto de su conformación y operatoria, los principios por ella invocados se correspondieron a una pretensión constitucional que iba mucho más allá de las fronteras históricas o autojustificaciones que quisiera esgrimir un gobierno militar, principios que se encuentran reflejados en las Bases de la Institucionalidad en términos prácticamente inmutables hasta la fecha y que han sido reconocidos transversalmente como una importante fuente de interpretación de la propia Carta, precisamente por su vinculación directa con el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo. Por esta causa, la lectura de estas Bases y del propio artículo 19 N° 1 que garantiza la protección del derecho a la vida no puede hacerse en la clave del pasado histórico autoritario promovido por la Junta de Gobierno, sino en la perspectiva de una carta evolucionada, que si bien recoge los grandes lineamientos de la civilización cristiana occidental no lo hace de forma excluyente sino basada en principios de alto orden constitucional, como la igualdad y no discriminación, la dignidad del ser humano, la servicialidad del Estado y la libertad de la persona³⁵¹.

³⁵¹ “En esta Parte de toda Constitución se halla la declaración de los derechos y deberes inherentes a la persona por su dignidad de tal, así como las acciones o garantías deducibles para infundirles eficacia y hacerlos respetar. Esta Parte de la Carta Fundamental de 1980 fue la más acuciosa, visionaria y francamente elaborada. Esta circunstancia explica por qué la Parte Dogmática está consolidada, prueba de lo cual son los proyectos, sólo puntuales, que buscan reformarla. Aquí, en suma, la Constitución se ha arraigado en los destinatarios de sus preceptos, aplicándose a diario en la convivencia. Presenciamos, de nuevo, un hecho sin precedentes en nuestro constitucionalismo y que, como es obvio, se erige en sólido cimiento de su continuidad./ El proceso referido transcurre imperceptiblemente, pero una vez asentado vivifica a la Constitución en cuanto es vivida. Creo que nunca, como he dicho, se había llegado a esta identificación de la población con la Parte Dogmática de la Carta Fundamental. Cuanto más constantemente es invocada, en idéntica magnitud se demuestra que, al amparo de sus preceptos, ciertos conflictos sociales han quedado resueltos, o contando con ella la gente progresa en su bienestar espiritual y material. Ello robustece la confianza en el Código Político, incrementándose el compromiso por la paz con justicia y la seguridad jurídica”: JOSE LUIS CEA EGAÑA, “La Constitución de 1980 veinte años después”, en *Revista de Derecho*, Vol. XI, diciembre 2000 (Valdivia, Universidad Austral) pp. 127-132.

III. Los criterios de interpretación de la Carta de 1980

1. Criterios generales de interpretación

La interpretación constitucional no sólo resulta un procedimiento para desvelar, como es obvio, el sentido y alcance de la Carta Fundamental, sino que importa una herramienta efectiva para dar materialidad y aplicación concreta a la ésta, la cual, de este modo, “se comporta como una norma jurídica, es decir, como un precepto ordenador de conductas”, con lo que adquiere sentido la frase de Charles Evans Hughes, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América entre los años 1909 y 1914, en cuanto a que “*la Constitución es lo que los jueces dicen que es*”³⁵². En ese entendido, la necesidad de interpretar la Constitución no refiere a la oscuridad o dificultad que demuestren sus preceptos, sino a la genuina voluntad de conocerlos y de ser capaz de invocarlos directamente en las más diversas situaciones, como emana claramente de la visión de la doctrina a este respecto³⁵³.

Por esta causa, aunque no se efectúe reflexivamente lo que podríamos llamar “proceso interpretativo”, cada vez que se aplica o invoca la Constitución se está realizando en realidad un acto de interpretación. La duda surge entonces, más que en la ocasión, en el método que se utiliza al efecto. A este respecto, el Tribunal Constitucional Chileno ha estimado lo siguiente³⁵⁴: “...los criterios de

³⁵² Esta frase la pronunció Charles Evans Hughes en sus *Addresses* (p. 139), a la sazón Gobernador de Nueva York en 1908 y posteriormente Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, cit. por Ogg and Ray. *Introduction to American Government*, N.York & London, 1945 pp. 54-55. Vid. VICTOR MANUEL AVILES: “Interpretación constitucional” en https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D123A0209/2/material_docente/objeto/197723, sitio consultado en febrero de 2012.

³⁵³ Cfr. LUZ BULNES ALDUNATE: “Interpretación Constitucional” en *Revista de Derecho Público*, Vol. 64, 2002, asimismo CARLOS SENSEE RIMASSA: “Interpretación Constitucional; Distingo entre situación de comprensión y situación de interpretación, como base para una noción crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista de Derecho Público*. Volumen 67, 2005.

³⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 31 de Enero de 2006 en autos Rol n° 464-01-006.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

interpretación para lograr tal propósito son varios, de los cuales merecen ser mencionados los siguientes: la “interpretación axiológica” que exige que la Constitución sea interpretada conforme a los principios y valores en que descansa; el que previene sobre la insuficiencia de recurrir sólo a las normas de interpretación de la ley, inaptas por sí solas para determinar el sentido y alcance de los preceptos de la Constitución³⁵⁵; el “finalista o teleológico” que postula que sobre el tenor literal de una disposición debe predominar la “finalidad” del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance, puesto que las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de las normas tiene su “ratio legis” y su propia finalidad³⁵⁶, y en fin, entre otros muchos, “el de la unidad de la Constitución”...³⁵⁷.

³⁵⁵ Resulta muy ilustrativo el pensamiento del profesor JOSE LUIS CEA EGAÑA sobre tales valores en su trabajo “Perfil axiológico, independencia y responsabilidad del juez constitucional” en *Ius et Praxis* Año 9 N° 2 2003: “Nuestra Constitución contiene numerosos valores. Menciono, sin ser exhaustivo, la igualdad y la libertad, desde el nacimiento, que corresponde a hombres y mujeres; la familia como núcleo fundamental de la sociedad, recayendo sobre el Estado los deberes de protegerla y fortalecerla; la servicialidad del Estado y el bien común como objetivo o finalidad del Estado y de la comunidad nacional, en cuya consecución debe avanzarse con pleno respeto de los derechos y garantías fundamentales; la democracia como tipo de gobierno republicano legítimo; la soberanía limitada por el respeto de los atributos inalienables de la persona humana; la separación de poderes con frenos y contrapesos entre los órganos públicos; la supremacía, formal y sustantivamente entendida, de la Constitución; el pluralismo político; y, por último, el desarrollo territorial armónico y equitativo, unido a la solidaridad entre las regiones/Los mencionados son valores jurídicos que rigen al Juez Constitucional en el desempeño de sus funciones. Por supuesto, el recorrido por los demás artículos de la Constitución permite adicionar otro elenco de valores análogamente imperativos para ese Juez, pero no me detendré aquí en ellos ni siquiera para nombrarlos. /Ostensible es, sin embargo, la ausencia de determinados valores superiores, al menos en cuanto no aparecen proclamados en texto expreso de la Constitución. Tal es el caso de la seguridad jurídica. Semejante comentario merecen los valores que han quedado reunidos en los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Conviene observar, sin embargo, que por su relevancia, la reforma constitucional ya aludida contempla incorporar, como nuevo artículo 8 de la Constitución, una disposición general en el tema./Pues bien, se nos pregunta en la Convocatoria si son suficientes tales valores. Creo que nunca será posible responder afirmativamente esa interrogante, porque el ideal que singulariza a los valores y compele a realizarlos queda, sin excepción, distante de su concreción plena en la práctica. Los valores son, entonces, metas u objetivos, alcanzables y no quiméricos, pero insusceptibles de consumarse en términos completos o exhaustivos, porque van renovándose, se presentan con nuevas facetas o demandan tareas adicionales para que sean implementados”.

³⁵⁶ En algunos ordenamientos, como el colombiano, la propia Constitución impone esta modalidad interpretativa, lo que puede ser muy conveniente: “Al hacer el ejercicio sistemático de

2. Criterios de interpretación asociados con el derecho a la vida: duda razonable y principio *pro homine*

Los criterios generales de interpretación constitucional han sido complementados por el propio Tribunal Constitucional, que agregará dos criterios que se relacionan directamente con el derecho a la vida en su sentencia de 18 de abril de 2008 sobre la llamada “píldora del día después”³⁵⁸ y que a la vez se enlazan en el propio fallo: la duda razonable asociada con el principio *pro homine*, que conducen a adoptar el principio precautorio sobre el derecho a la vida.

interpretación constitucional, debe tomarse en cuenta el artículo 228 de la Constitución que consagra el principio constitucional de la primacía del derecho sustancial sobre el formal. La Constitución, al consagrar dicho principio, hace imperativo el reconocimiento de la finalidad de las normas constitucionales al momento de decidir –con base en este principio de primacía de la sustancia sobre la forma- sobre si las normas de inferior jerarquía se ajustan o no a la Carta”: Informe en derecho vertido a la Corte Constitucional de Colombia según oficio No. 899 de 2007, texto completo en http://www.acj.org.co/conceptos/concep_d-6814-2007.htm, sitio consultado en febrero de 2009.

³⁵⁷ Dicho criterio de hermenéutica constitucional ha sido expresado por ese Tribunal, desde el 24 de septiembre de 1985, hasta hoy en día, reiteradamente, en los siguientes términos: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”. Asimismo lo consideró la Corte Suprema en su fallo de 1° de julio de 2002 en que dicta el sobreseimiento definitivo de la causa seguida contra el General en Retiro Augusto Pinochet: “el principio de la supremacía constitucional y de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, que ha sido esgrimido por la defensa y que se desprende de las disposiciones constitucionales recién indicadas en este fallo, obliga al órgano jurisdiccional a interpretar las normas legales en conformidad a la Constitución y a utilizar en tal labor la consideración de que ella es un todo en que cada precepto adquiere su valor pleno y sentido en función del conjunto. Pero, además, la interpretación debe realizarse con pleno respeto del principio de conservación de la norma para cuidar la voluntad del legislador, de quien es posible presumir que al dictar las disposiciones legales, elige aquellas que sean acordes con la Constitución. De otra manera no sería posible contar con la seguridad jurídica necesaria para la propia realización del derecho (Derecho Constitucional, Tomo I. Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Héctor Noguera. Ed. Jurídica de Chile, 1994, Pág. 132)”.

³⁵⁸ Cuyo texto completo se encuentra en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914>, sitio consultado en febrero de 2012. Las cursivas y negritas transcritas son del original.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A. Duda razonable

Analicemos, pues, lo que dice el fallo, primeramente, sobre la duda razonable: “en su informe *“La duda razonable en la prohibición del Levonorgestrel 0,75 mg. Análisis lógico y jurídico”*, del Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada de la Universidad Católica de Chile, acompañado a este proceso, se precisa que “existe duda cuando el entendimiento no es capaz de asentir o negar un enunciado en ausencia de una causa suficiente que lo determine en uno u otro sentido. Se produce equivalencia en la suficiencia de motivos en favor y en contra del enunciado: hay igualdad, tanto en calidad como en cantidad, entre las razones que afirman o niegan el aserto” (p. 6)” (considerando 64).

Esta declaración de duda razonable respecto del eventual efecto dañoso del levonorgestrel sobre el no nacido es sin embargo criticado por un sector de la doctrina, lo cual corresponde consignar antes de examinar el segundo criterio interpretativo, que se aplica teniendo a la vista el primero:

“El Tribunal parece entender que la inocuidad de dichos fármacos debe ser probada *más allá de toda duda razonable*, pues postula que la sola persistencia de una duda razonable sobre los posibles efectos nocivos del levonorgestrel es suficiente para estimar constitucionalmente inaceptable su distribución. Por consiguiente, desde esta perspectiva, bastaría que las evidencias científicas disponibles permitieran fundar una duda razonable sobre los efectos nocivos de los fármacos en cuestión para descartar la inocuidad y acoger el requerimiento. El punto es que a la misma conclusión se debiera haber llegado si el voto de mayoría, en lugar de sostener erróneamente que debía probarse la inocuidad del fármaco, hubiera reconocido que lo que debía probarse eran los riesgos que éste implicaba para el embrión. Si el Tribunal Constitucional hubiera definido correctamente los hechos a probar en esos términos, la coherencia con su conclusión normativa sobre la exclusión de cualquier riesgo para el embrión como constitucionalmente inaceptable hubiera debido llevarle a considerar suficiente que las pruebas disponibles permitieran fundar una duda razonable

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

sobre dichos riesgos, para estimarlos probados y acoger el requerimiento de inconstitucionalidad. Por consiguiente, con independencia de la asignación correcta o incorrecta de la carga de la prueba, la cuestión central (dadas las demás premisas de la decisión del Tribunal Constitucional) resultaba, en todo caso, la posibilidad de fundar en los elementos de juicio disponibles una duda razonable sobre los efectos nocivos de los anticonceptivos de emergencia.... A pesar de su inicial tono subjetivista –usual por lo demás cuando se recurre a la noción de duda razonable para definir el estándar de prueba, como ha ocurrido en el contexto del proceso penal esa definición acierta al referir la noción a la evaluación de las razones a favor y en contra, de acuerdo con parámetros que posean validez intersubjetiva (“calidad” y “cantidad”)... La aplicación que el voto de mayoría hace de esa definición echa por tierra, sin embargo, esa alusión a una evaluación racional del peso de las razones en conflicto y considera que, con respecto a los efectos nocivos de la anticoncepción de emergencia para el embrión, puede darse por establecida una duda porque “las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes a esta causa, ya sea a favor o en contra de que [sic] la “píldora del día después”, en su versión de progestina pura de 0.75 mg. o en el método combinado o de Yuzpe, *son equivalentes en cuanto ambas sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista*”... Basta, por consiguiente, de acuerdo al voto de mayoría, el solo contraste entre las opiniones de los expertos que aportaron informes al proceso, con independencia de las evidencias científicas que las respalden, para dar por establecida la existencia de una duda razonable. En lugar de la “cantidad” y la “calidad” de las razones que sustentan cada posición, lo único que se evalúa es el “vigor y convicción” con que ellas son sostenidas. De hecho, el Tribunal renuncia explícitamente a valorar el fundamento científico de esas opiniones, cuando afirma que la duda en cuestión es razonable “puesto que no se puede cuestionar, por este juzgador, el raciocinio de quienes son expertos en la ciencia médica”... Si el mismo criterio fuera adoptado por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, entonces, cada vez que se aportaran, por la acusación y por la defensa, declaraciones periciales divergentes o contradictorios, se debiera omitir todo intento de valorarlas y proceder de inmediato a la absolución por no satisfacerse el estándar de prueba de la acusación más allá de toda duda razonable... Tal como ocurre con esos tribunales, también del Tribunal Constitucional se habría

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

esperado una ponderación cuidadosa de los informes en contraste, lo que suponía, en este caso, evaluar su apoyo efectivo en los estudios científicos públicamente accesibles a los que unos y otros informes hacían constante referencia. Así lo entiende el voto de minoría de los Ministros Correa Sutil y Fernández Fredes, quienes expresan, en relación a esos estudios, que “nos ha parecido que es nuestra obligación analizarlos. Si hemos sostenido que sólo la evidencia científica es capaz de sustentar o descartar la duda razonable, y que ello sólo le corresponde al Tribunal, no nos parece posible otra alternativa”... A falta de ese análisis, no puede considerarse suficientemente justificada la conclusión que rechaza tener por probada la inocuidad de los anticonceptivos de emergencia”³⁵⁹.

B. Principio *pro homine*

Ante tal duda razonable, en la materia, el Tribunal acude al principio *pro homine*:

“Que, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudirse a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésa la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece indeludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985)” (considerando 68)... Finalmente, reconociendo la existencia de una duda razonable se aplica, en concordancia con el principio *pro homine*, el principio precautorio a favor del derecho a la vida: “Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden

³⁵⁹ DANIELA ACCATTINO SCAGLIOTTI: “Una duda nada razonable” en “Sentencia sobre inconstitucionalidad del decreto supremo n° 48 del ministerio de salud en la parte que autoriza la distribución de la “píldora del día después” en el sistema público de salud (tribunal constitucional), *Revista de Derecho*, Vol. XXI - N° 1 - Julio 2008, Páginas 155-170.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer, y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud. En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad...” (considerando 69).

No trataremos ahora la mecánica interpretativa ni las dificultades o conveniencias que tienen estos criterios propuestos por el Tribunal Constitucional chileno, reservándolos para la exégesis precisa de las normas constitucionales que hemos de revisar. Sin embargo, hemos de puntualizar a efectos prácticos que la interpretación de la Constitución que haga el propio constituyente, el legislador o el juez de algún modo implicará interpretar en tal clave al resto del ordenamiento, ya sea en su generación o en su aplicación: “en toda interpretación jurídica está presente, de manera más o menos directa, la totalidad del sistema jurídico, incluida su norma superior... (porque) el Estado contemporáneo es fundamentalmente Estado de Derecho o Estado Constitucional, (y) la teoría de la interpretación jurídica aparece como una dimensión inescindible y principal de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional”³⁶⁰.

Sin embargo, el establecimiento por el propio Tribunal Constitucional de criterios valorativos para interpretar la Carta Fundamental, lo cual es coincidente con la

³⁶⁰ PABLO DERMIZAKY PEREDO: “La interpretación constitucional”, en Revista N° 1 del Tribunal Constitucional, Noviembre de 1999, Sucre, Bolivia, p.3, citando a RODOLFO VIGO.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

visión que al respecto se encuentra en el Derecho Comparado, importa ciertas dificultades, pues no es extraño que este tipo de interpretación pueda ser calificado de político y no jurídico, lo que exige entonces establecer una cierta objetivación del criterio interpretativo, a fin de alejarse de una situación identificable con el mero arbitrio del juez: “Interpretar es «concretizar», para lo que es preciso «comprender» (Hesse), es decir, comprender la norma dentro de un sistema no sólo normativo sino también de categorías teóricas que le dan significado, que le prestan coherencia. No es posible concretizar, no es posible interpretar la norma constitucional (norma abierta, en muchas ocasiones, y que expresa, también en otras, valores sustantivos) sin una previa teoría de la Constitución (Hesse, Dworkin). El intérprete, necesariamente, ha de contar con el bagaje teórico que le facilite la tarea de extraer del precepto jurídico su significado «constitucionalmente adecuado» o de convertir en principios jurídicos los valores enunciados por la norma o de establecer las conexiones pertinentes entre unos y otros principios que concurran en el caso concreto de aplicación. Y esa teoría de la Constitución, tan relevante para la interpretación, no puede ser otra que la que descansa en un concepto de Constitución auténtica, esto es, de Constitución democrática, concepto que no puede ser invalidado por el fácil expediente de tacharlo de «político»”³⁶¹.

Tal Teoría de la Constitución no sólo debe ser coherente con la propia Constitución en su contexto, sino evitar transformarse, por parte del intérprete constitucional, en un modo de usurpación del propio espíritu de la Carta, lo cual importa a su respecto un análisis profundo del texto, la evitación de la introducción de criterios políticos y la observación de una solución justa pero a la vez compatible con el sistema jurídico normativizado a través de la Carta: “Una teoría de la interpretación que descansa en una teoría constitucional «adecuada»

³⁶¹ MANUEL ARAGON: “La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 6. Núm. 17. Mayo-Agosto 1986, p.127.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

debe evitar esa ilegítima usurpación, que no sería sólo contraria al orden constitucional sino también a la seguridad jurídica”³⁶².

En esa perspectiva, resulta, en la Constitución de 1980, especialmente relevante la existencia del Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad y el III sobre Derechos y Garantías Constitucionales, expresamente destinados a ser fuente de interpretación constitucional y al enunciado de los más importantes principios que infunden a todo su texto y que se transforman en una guía o parámetro para el juez constitucional, combinado adecuadamente su protección con el adecuado funcionamiento del estado democrático de derecho, lo cual implica la necesaria armonización de estos valores y derechos, como más adelante lo veremos: “Que toda interpretación constitucional debe tender, por una parte, al máximo respeto y promoción de los derechos y libertades fundamentales, en consideración al principio *favor libertatis*, derivado de que éstos son anteriores al Estado, pero igualmente garantizar el adecuado funcionamiento del Estado democrático de Derecho, constituido precisamente para su resguardo y legítimo ejercicio”³⁶³.

C. Interpretación de la Constitución a través de elementos no nacionales

C.1. Normas de Derecho público

“Ha sido recurrente la identificación de una tendencia general de internacionalización de los ordenamientos nacionales que se manifiesta a partir de dos conjuntos de factores. El primero consiste en la presencia de cláusulas constitucionales expresas que establezcan vínculos entre el derecho nacional y el derecho internacional. Se trata de decisiones políticas fundamentales que ora autorizan la incorporación inmediata del derecho internacional en el plano interno; ora confieren predominio o preponderancia de las normas de derecho

³⁶² *Idem*, p. 128.

³⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno de fecha 19 de Mayo de 2009, autos Rol N° 1.191-2008-INA.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

internacional en caso de conflicto con normas internas; ora fijan reglas de interpretación de las cláusulas internas “en conformidad con el derecho internacional”. El segundo se refiere a la promulgación de la Convención de Viena que fija una importante regla de interpretación de las obligaciones internacionales de los Estados. Frente al art. 27 de aquella convención, los Estados no pueden invocar la existencia de óbices en el derecho interno para excusarse de inobservancia de la obligación internacionalmente asumida, incluso tratándose de normas constitucionales”³⁶⁴

En el caso chileno, no existe una norma de incorporación inmediata de los tratados de Derechos Humanos en la Constitución. La referencia a las vinculaciones sustantivas entre el orden interno y el internacional se encuentran previstas en el artículo 5° de la Carta de 1980, el cual establece: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio./ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”³⁶⁵.

Si bien la norma transcrita hace referencia expresa a los tratados internacionales como fuente de reconocimiento de los derechos fundamentales y, a la vez, se

³⁶⁴ LUIS MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR: “Utilización del Derecho Constitucional Comparado en la interpretación constitucional: Nuevos retos a la teoría constitucional”, *Estudios Constitucionales* Año 5, N° 2, 2007, pp. 457-466 p. 259

³⁶⁵ El último párrafo fue introducido en este precepto por la gran reforma constitucional que tuvo la Constitución el año 1989, contenida en la Ley n° 18.825, de 17 de agosto de ese año, en vísperas de las elecciones que permitieron que el gobierno fuera asumido por civiles el año 1990, tras diecisiete años de gobierno militar.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

especifica la calidad de éstos como instancia de límite de la soberanía, su aplicación se produce en un ámbito que ha presentado sustantivas variaciones a lo largo del tiempo y que en los años anteriores a 1989 presentaba una postura jurisprudencial muy marcada hacia privilegiar el orden interno respecto del internacional: El Tribunal Constitucional, por sentencia de 21 de diciembre de 1987, expresó que “las normas constitucionales en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones de los tratados internacionales y la ley” y la Corte Suprema, por sentencia de 19 de julio de 1988, declaró que “el ejercicio de un recurso jurisdiccional de carácter constitucional, como es el de Protección, no puede quedar sin aplicación respecto de funcionarios diplomáticos, atendido que lo dispuesto en la Carta Fundamental prevalece respecto de prerrogativas establecidas en tratados internacionales que conforman el ordenamiento jurídico regular”³⁶⁶.

Luego de 1989 un sector de la doctrina chilena estimó que la redacción que desde entonces presentó el artículo 5° permitía considerar a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales como “Constitución material”: “...con la reforma de 1989 del artículo 5° de la Constitución se quiso incorporar con rango constitucional los derechos sustantivos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En todo tratado es posible distinguir las normas sustantivas del derecho humano de las organizacionales y las de procedimiento, la intención no fue darle rango constitucional a todo el tratado, sino exclusivamente a los derechos humanos del tratado”³⁶⁷. Ello significaría que si bien los tratados internacionales tendrían ordinariamente rango legal, dado que se tramitan como leyes y sus preceptos se aprueban, de acuerdo a su naturaleza, con los quórum de

³⁶⁶ Estos fallos se encuentran citados en: SANTIAGO BENADAVA, *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, 3ª edición), pp. 75 y 76.

³⁶⁷ FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA: “Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, n°s 2 y 3, Tomo I (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996), pp. 257 y 258.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ley, los relativos a derechos humanos “son, afirmativamente dicho, Derecho Constitucional Material, pues se trata de principios y normas que la Constitución declara, en el artículo 5° inciso 2°, incorporadas a ella, con tanto o más supremacía que cualquier otro artículo de la Carta Fundamental”³⁶⁸.

Sin embargo, dicha calidad no permitió fácilmente su utilización interpretativa de cara a la Constitución, pues subsistieron algunas dificultades, como por ejemplo definir cómo había de solucionarse una controversia entre los tratados internacionales y las normas legales internas del Estado, muchas de ellas complementarias y necesarias para en realidad conocer los parámetros de la aplicación de la Constitución, como asimismo definir cómo se ha de resolver el conflicto entre las normas formalmente incluidas en el texto constitucional y aquellas que se consideran “Constitución material”.

Respecto de la primera materia, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, lenta pero invariablemente, ha ido privilegiando la aplicación de los tratados por sobre la ley interna:

“(…) en la doctrina más contemporánea acerca de la preminencia del derecho internacional sobre los derechos humanos, respecto a las legislaciones internas – aun de carácter constitucional– de tal manera que la tutela de los derechos de la persona humana quede en definitiva entregada a la humanidad o comunidad universal, más allá de lo que cada Estado nacional haya establecido como normativa, aun de carácter básico”³⁶⁹.

³⁶⁸ JOSÉ LUÍS CEA EGAÑA: I *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002) p. 228.

³⁶⁹ Considerando 3° del voto disidente de los Ministros señores Cerda y Paillas respecto de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el día 4 de junio de 1991 en el cual rechaza el recurso de amparo impuesto, rol n° 525 - 91.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

"Se exime al reo de la caución establecida en el artículo 44° de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques por considerar que dicho artículo 44° se encuentra en pugna, en la parte que exige la caución de un depósito de dinero por el total de los cheques, intereses y costas, con lo prevenido en el artículo 5° inciso final de la Constitución Política antes citada, en relación con el artículo 7° N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto San José de Costa Rica, (...) en atención a que la naturaleza de dicha caución y el objetivo primordial que persigue, constituyen un entorpecimiento que hace de la prolongación de la prisión preventiva, más allá de su concesión por la autoridad judicial, una verdadera prisión por deudas"³⁷⁰.

"...para la doctrina nacional los Tratados o Convenios Internacionales están ubicados necesariamente en una jerarquía superior a la ley, en la medida que el Estado al incorporar el tratado a su ordenamiento interno, de acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución, quiere que sus órganos cumplan los tratados mientras no exista voluntad de denunciarlos; que en tal sentido, se expresaron en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en su sesión el 20 de junio de 1974, los comisionados Alejandro Silva Bascañán y Jaime Guzmán Errázuriz, sin que la comisión llegara a establecer una norma expresa que determinara la jerarquía de los tratados en la Constitución"³⁷¹.

"La Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que 'es un principio de Derecho de Gentes, generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado' y que 'un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone

³⁷⁰ Fallo del 5 de febrero de 1991 de La Corte de Apelaciones de Santiago, citado el trabajo de MIRIAM LORENA HENRÍQUEZ VIÑAS: "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, pp. 73-119.

³⁷¹ Considerando 9° letra e) de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago (5° sala) el día 26 de septiembre de 1994, rol n° 13.597 - 94, p. 6. Redactado por el Abogado Integrante señor Humberto Nogueira Alcalá.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

el Derecho Internacional a los Tratados vigentes' Criterios interpretativos que esta corte comparte ampliamente"³⁷².

"Que, de acuerdo con el artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental, los derechos asegurados en los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y enciende jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos, y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos/ ...de lo expuesto, cabe concluir que el Pacto de San José de Costa Rica tiene una jerarquía superior a la ley 17.322, y que, por lo demás, al haber sido esta ley publicada en 1970, fue derogada tácitamente por el pacto, cuya publicación en el Diario Oficial es posterior".³⁷³

Además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencia -conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos".³⁷⁴

En el otro orden de materias tratado, esto es, la capacidad de los tratados de ubicarse jerárquicamente por sobre la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido proclive a la prevalencia del orden constitucional interno:

³⁷² Considerando 10º letra d) de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago (5º sala) el día 26 de septiembre de 1994, rol n° 13.597 - 94, p. 11. Redactado por el Abogado Integrante señor Humberto Nogueira Alcalá.

³⁷³ Corte Suprema. Handel Sepúlveda Tapia con Carlos Iván Gutiérrez Zavala Juez Letrado Titular del Primer Juzgado Civil de Temuco; Segundo Juzgado Civil de Temuco; Tercer Juzgado Civil de Temuco (2004).

³⁷⁴ Ministro de Fuego. Luis Vidal Riquelme Norambuena con Claudio Abdón Lecaros Carrasco; José Basilio Muñoz Pozo; Ornar Antonio Mella Lillo (2005)

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

“La prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto al establecido”³⁷⁵.

Sin embargo, en esta materia, el fallo que resultó realmente trascendente fue el dictado por dicho Tribunal con fecha 8 de abril de 2002, relativo al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diputados de la República en contra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁷⁶. En dicho fallo se sostiene, sustantivamente, lo siguiente respecto de la reforma del artículo 5° de la Constitución en su voto de mayoría:

“62°. Que, en este aspecto, es relevante recordar que, aunque aparezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental;

63°. Que, la historia fidedigna de la norma corrobora el aserto anterior. En el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, se dejó expresa constancia que: “En virtud de este número se agrega una oración final al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que dice: ‘Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Esta disposición reafirma el concepto de que el Estado está al servicio de la persona humana y que, por tanto, el ejercicio de la soberanía no puede vulnerar los derechos esenciales que emanan de su naturaleza.

A la autoridad le corresponde, también, la promoción de los derechos humanos,

³⁷⁵ Rol n° 46 en Larraín Cruz, Rafael (recopilador), Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 73.

³⁷⁶ Nuestra opinión sobre dicho estatuto puede ser consultada en la monografía “Alcances constitucionales, en relación con la Carta Fundamental de la República de Chile de 1980, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” en *Ius publicum* n° 5 (Santiago, Universidad Santo Tomás, 2000), pp. 115 - 128. Debe destacarse que, como consecuencia del referido fallo, se ha introducido en 2009 una reforma a la Carta de 1980 permitiendo la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual ha sido entonces aprobado en el Congreso Nacional y la respectiva convención ratificada por Chile el 30 de Junio de 2009.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

los que, emanando de la naturaleza de la persona, no son establecidos por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlos y a describirlos, pudiendo las leyes y los tratados desarrollarlos sin afectar su esencia. En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales. Lo anterior nos permite afirmar que no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado. Comentando este Informe, el profesor Raúl Bertelsen, en su trabajo “Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno” (*Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 2 y 3, Tomo I, p. 219), dice: “¿Cabe, entonces, alguna duda que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables? Nada se innovó en 1989, por consiguiente, en la solución tradicional chilena sobre la superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales.”;

69°. Que, sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control previo de constitucionalidad de los tratados (artículo 82, N° 2, de la Constitución) y el control a posteriori (artículo 80, de la Constitución) ¿pues qué sentido tendrían estos controles si las normas del tratado sobre derechos humanos tuvieran el mismo rango jerárquico que la Constitución?;

70°. Que, igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley Fundamental sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto. Llegaríamos al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Carta Política que exige el quórum de tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma...”

“...74°. Que, en suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional;”

Por su parte, en voto en contra de este fallo redactado por el ministro Marcos Libedinsky, el cual estuvo por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra del Estatuto de Roma, se sostuvo sustancialmente lo siguiente en la específica materia que nos ocupa:

“Que, como es sabido, el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política establece que: ‘El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.’ ¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado ‘derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’? ¿En otras palabras, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?”.

El estado del arte en el país evidencia, de este modo, la ausencia de un sistema operativo acerca de una sistemática efectiva del modo en que han de protegerse los derechos que la Constitución no contempla o que incluso se alejan del marco

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

constitucional, por lo cual el fallo de mayoría aparece evidentemente más práctico y demanda, como parte de la responsabilidad del Estado de Chile, promover reformas constitucionales en aquellas materias en que pretenda aprobar tratados internacionales que no se ajustan a la Carta Fundamental, a menos que se introduzca en la Constitución una norma de incorporación inmediata de la que hoy carecemos.

C.2. Derecho comparado

Muchas veces, y precisamente la eutanasia como temática es un ejemplo de ello, los tratados internacionales no aportan una suficiente normativa que pueda ilustrar interpretativamente una Constitución que no hace referencia expresa a tal situación, aunque sin duda su conocimiento y estudio permite la fijación de un adecuado contexto de los derechos fundamentales y de las responsabilidades del Estado de Chile en torno a una forma de mirar tales derechos, como asimismo a los procesos de protección de éstos.

Por ello, en la búsqueda de fuentes más específicas, es dable al juez constitucional examinar la jurisprudencia y la legislación comparadas que aluden a esta temática, a fin de establecer una cierta transversalidad en los casos planteados y en sus formas de solución, procurando así abordar la realidad nacional.

En esa perspectiva, es indudable que se ha permeado la situación de otros países en relación a temas altamente controversiales, como la eutanasia, al caso chileno, pero el recurso a las sentencias extranjeras, aun de cortes constitucionales, a cortes internacionales, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o a legislaciones de otros países no deja de presentar ciertas dificultades de extrapolación. En efecto, se presentan al menos cinco dificultades en tal proceso que interfieren en la consideración de la validez de esta práctica:

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

1. La ambivalencia de ciertos conceptos jurídicos, los cuales, si bien pueden ser utilizados bajo un mismo término, pueden perfectamente significar cosas muy distintas, compartiendo el continente del lenguaje pero no el contenido, tras previas interpretaciones, evoluciones y mutaciones que no siempre nos son adecuadamente conocidas y que dependen sin duda de factores múltiples.
2. La identificación de procesos político-jurídicos que se encuentran tras las decisiones legislativas o judiciales de cada país y que aluden a una realidad, desenvolvimiento histórico y juego de intereses que pueden ser perfectamente diversos de aquéllos que se han evidenciado en el país que pretende aplicar una decisión similar.
3. El contexto constitucional puede ser marcadamente diverso de un país a otro aunque las cartas fundamentales de ambos compartan aspectos de cierta similitud y los apliquen en situaciones aparentemente equivalentes, de modo tal que los principios o ideas de trasfondo pueden diferir y hacer imposible en un modelo la importación del otro.
4. El planteamiento real de los casos, su prueba, antecedentes, referencias a legislación complementaria, etc., pueden quedar privados del conocimiento del intérprete, que recibe el fallo y sus referencias, pero que no tiene acceso directo a todo el proceso en el cual esa decisión se produjo.
5. Finalmente, el intérprete local ha de resolver la cuestión planteada buscando la solución más acorde con la Constitución propia y no siempre esa decisión puede haber sido siquiera considerada como viable en un modelo jurídico distinto, el cual puede perfectamente sobredimensionar ciertos aspectos de un caso que no son precisamente los que engarzan con la visión de la Constitución local y pretender utilizar esos criterios puede constituir una ensoñación más que una interpretación real de la Carta.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Dadas las situaciones anteriores, que pueden presentarse todas o algunas de acuerdo a la realidad particular, la utilización de legislación extranjera o jurisprudencia de cortes foráneas para interpretar la Constitución más bien se ha canalizado en dos vertientes de importancia: utilizar dicha jurisprudencia bajo la fórmula de una doctrina relevante, confrontada con otra multiplicidad de aportes, y desvelar a partir de ella las líneas argumentales y las bases de pensamiento que permiten al intérprete interrogar a la Constitución propia y establecer un listado de aquellos aspectos, variables o matices que debieran ser examinados e incluso respondidos en un determinado caso, lo cual, si bien no representa una metodología obligatoria, “coloca en marcha procesos e ideas que cuestionan conceptos clave y distinciones que constituyen el derecho constitucional a punto de haberse desarrollado la idea de indispensabilidad del análisis comparativo para el entendimiento adecuado de su propio sistema constitucional”³⁷⁷. Por otra parte, en el caso de la legislación, estudiar y citar aquella que, por razones culturales y por los modelos constitucionales a que responde, sea más próxima a las posibilidades de desarrollo legal local.

IV. Las Bases de la Institucionalidad y su referencia a la dignidad, derechos y protección de la persona humana

Los primeros tiempos de discusión acerca de la que habría de ser la nueva constitución del país, algunos comisionados consideraron la idea de establecer al inicio de la Carta un capítulo que fuera prólogo de ésta, destinado a las consideraciones valorativas que la inspiraban, lo cual finalmente se desechó considerando que la aplicación de tal prólogo o preámbulo implicaría algunas dificultades para los intérpretes y jueces constitucionales.

³⁷⁷ LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR: Ob. Cit, p. 274.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Sin embargo, no se renunció a establecer en la Constitución un capítulo relacionado con los elementos fundantes de la Institucionalidad del país, los que resultarían en un verdadero pacto social transversal desde el punto de vista de la adhesión de las personas y del importante posicionamiento que estos receptos consideraban para el ser humano, particularmente ante el Estado y el colectivo: Dicho Capítulo, con el que se inicia la Constitución de 1980, es el llamado “Bases de la Institucionalidad” y en él se buscó efectuar ciertas declaraciones trascendentes, entre las que se debe destacar expresamente la protección de la persona humana, su dignidad y derechos, evidenciando una evolución sobre la materia en el constitucionalismo chileno y, en general, en todo nuestro ordenamiento: “El vocablo "persona", en el ámbito jurídico, ha pasado por tres grandes etapas: la primera, aquella en la que no se le atribuye una peculiar significación jurídica; la segunda, la que se la concibe como un término técnico-formal, y la tercera, que lo destaca como la base institucional sobre la cual se puede edificar un orden jurídico respetuoso de la igual dignidad y derechos de todos los seres humanos sin discriminaciones”³⁷⁸.

Sin embargo, sería injusto considerar que las Bases de la Institucionalidad, como capítulo fundante de la Constitución, sólo se refieren a la protección de la persona, pues son muchos otros los principios incluidos en ellas, reconociendo sin embargo que podría decirse que tales principios no son otra cosa que la pormenorización del primero. Hecha la prevención anterior, cabe recordar que en el propio artículo 1° de la Constitución se trata, además de lo mencionado, la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, la autonomía y reconocimiento de los cuerpos intermedios asociado ello con la subsidiaridad del Estado, los

378 HERNÁN CORRAL TALCIANI: “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, 11 (1), 2005, pp. 37 – 53. Vid. también C. I. MASSINI Y PEDRO SERNA: *El derecho a la vida* (citado); ROBERT SPAEMANN: “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, N° 19 1988, pp. 13-33; D BEYLEVELD, R BROWNSWORD: “Human dignity in bioethics and biolaw”, *Journal of Medicine and Philosophy* Volume 35, Issue 2, 2001, pp.180-196

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

deberes del Estado, particularmente en referencia al bien común y el principio de participación en la sociedad civil de todo individuo. Luego, en otros artículos, encontremos referencias a los emblemas nacionales, la forma de Estado, la forma de gobierno, la soberanía del Estado y sus límites, el principio de supremacía constitucional, el principio de juridicidad, de transparencia y probidad, para cerrar el Capítulo con una justificada y severa proscripción del Terrorismo.

Tratemos, sin embargo, dentro este Capítulo tan rico en contenidos, aquellos aspectos expresamente atingentes a nuestro tema:

1. El concepto de persona humana y sus disquisiciones constitucionales

En el inciso 1° del artículo 1° de la Carta se afirma: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Este inciso fue reformado por la Ley n° 19.611, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 1999, la cual sustituyó la palabra “hombres”, que encabezaba el artículo originalmente concebido, por “personas”, como aparece actualmente en el texto constitucional. Dicha modificación tuvo por objeto reemplazar la palabra “hombres” por “personas” en el inciso 1° artículo 1° de la Carta e introducir una expresa mención a la igualdad de hombres y mujeres ante la ley en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

El proyecto original, el cual emanaba de un mensaje del ejecutivo, proponía sin embargo la agregación de los vocablos “y mujeres” en el mencionado inciso 1° del artículo 1°, pero dentro del debate parlamentario, se prefirió la utilización de la palabra “personas” por corresponder “a un lenguaje técnico jurídico neutro que comprende ambos sexos y que es, precisamente, el que la constitución utiliza tanto en el mismo precepto como en el artículo 19”³⁷⁹, el que, sin embargo, no

³⁷⁹ Senador Hamilton, en *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el Proyecto de Reforma Constitucional que establece la Igualdad de*

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

transformó sustantivamente a la constitución, ya que “la voz ‘los hombres’ siempre se ha entendido comprensiva de ambos sexos de la especie humana”³⁸⁰.

A. Identificación de “persona” con ser humano

Pese a que la enmienda constitucional de este inciso fue simbólica más que realmente útil, el hecho es que redundó en que en toda la Carta Fundamental apareciera la voz “personas” como el término utilizado para referirse al individuo de la especie humana, como se constata de la lectura de los incisos 1º, 4º y 5º del artículo 1º³⁸¹; artículo 12³⁸²; artículo 16 N° 2³⁸³; encabezado del artículo 19³⁸⁴ y expresamente mencionado además en sus numerales 1 inciso 1º³⁸⁵, 3º inciso 2º³⁸⁶, 4º en sus dos incisos³⁸⁷, 7º letras a) y c) inciso 2º³⁸⁸, 9º inciso final³⁸⁹, 10 inciso 2º³⁹⁰, 12 incisos 3º, 4º y 5º³⁹¹, 15 incisos 5º, 7º y 8º³⁹², 16 inciso 2º³⁹³; artículo 20 inciso 2º³⁹⁴ y artículo 21 en su inciso 3º³⁹⁵.

Oportunidades para Hombres y Mujeres (1579 – 07), Diario de Sesiones del Senado, Sesión 11ª, Legislatura Extraordinaria 1998 – 1999, p. 1231.

³⁸⁰ Apreciación del Senador Bombal, que compartimos, expresada en la discusión del proyecto: *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 16ª, Legislatura Extraordinaria 1998 – 1999, p. 1760. Asimismo lo confirma el artículo 25 del Código Civil.

³⁸¹ Sobre la persona ante el Estado y la Constitución.

³⁸² Acción cautelar sobre desconocimiento o pérdida de la nacionalidad chilena.

³⁸³ Sobre suspensión del derecho a sufragio.

³⁸⁴ “La Constitución asegura a todas las personas...”.

³⁸⁵ Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

³⁸⁶ Derecho a defensa jurídica.

³⁸⁷ Derecho a la honra y protección de la vida privada.

³⁸⁸ Libertad personal y seguridad individual.

³⁸⁹ Derecho a la protección de la salud.

³⁹⁰ Derecho a la educación.

³⁹¹ Libertad de opinión e información.

³⁹² Libertad de asociación y pluralismo político.

³⁹³ Libertad de trabajo.

³⁹⁴ Igual repartición de los tributos y demás cargas públicas.

³⁹⁵ Libertad de empresa.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A nuestro juicio, la clave de la identificación del concepto de “persona” con la pertenencia a la especie humana no radica en la pretensión de superponer categorías morales a los constructos jurídicos, sino en reconocer el inextricable lazo que existe entre la titularidad de los derechos fundamentales distintiva de la persona vista jurídicamente y la dignidad propia del ser humano, que justifica la protección y salvaguarda de tales derechos: “La dignidad de la persona humana en cuanto ligada a la condición humana no puede desconocer la dimensión comunitaria de la dignidad de cada y de toda persona, ya que convivimos y coexistimos con otras personas en sociedad, existiendo en un contexto de intersubjetividad que marcan las relaciones humanas y el reconocimiento de valores socialmente consagrados, donde los semejantes y la sociedad en su conjunto reconozcan y respeten tal dignidad”³⁹⁶.

De ese modo, la inclusión en el concepto de “persona” de todo ser humano, sin importar su grado de desarrollo, viabilidad u otros aspectos físicos, psicológicos, relacionales o materiales, no constituye una especie de declaración religiosa sino el modo de protección de ese ser humano y de sus derechos, más allá de las contingencias, de las mayorías, de las presiones sociales o estatales, de las conveniencias o de los recursos, y muy por el contrario de lo que podría pensarse inicialmente, el tema no revierte tan sólo a la inviolabilidad de la vida e integridad del *nasciturus*, sino que representa la cautela del estatuto del ser humano durante toda su vida e incluso en la proximidad o el momento de la muerte.

³⁹⁶HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA: “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina” en <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf> (sitio consultado en julio de 2009), citando a M.A. ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español* (Universidad de León, León, España, 1996) p. 19. Cfr. C.I. MASSINI y P. SERNA: *Derecho a la vida* (citado) y PEDRO SERNA BERMÚDEZ, “La dignidad humana en la Constitución Europea”, en *Comentarios a la Constitución Europea, Tratados* (Valencia, Tirant, 2004) pp. 199 y ss.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

De allí, entonces, que resulte particularmente importante dirigirnos al concepto constitucional de persona, en lo específico, cuando se refiere a “persona humana” –son los derechos de ella los protegidos constitucionalmente, son las personas las que gozan de libertad e igualdad–, ya que el concepto de “persona jurídica” no reviste dificultades, por ser directamente homologable con el que utiliza nuestro código civil. A *contrario sensu*, el concepto de “persona natural” del Código Civil no puede ser usado constitucionalmente sin realizar ciertas prevenciones, por dos razones fundamentales:

a) Porque el concepto civil de persona implica un principio de existencia aplicable al ámbito de los derechos y obligaciones civiles, pero no al constitucional. En efecto, las consideraciones sobre la protección de la persona humana presentes en la historia de la Constitución difieren abiertamente con el concepto proporcionado por el artículo 74 del Código Civil en cuanto a que “la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre” siempre que la criatura sobreviva a la separación “un momento siquiera”, lo que condiciona el ser persona al hecho de nacer y de hacerlo con una mínima viabilidad.

Sostener el criterio que, conceptualmente, sólo podemos hablar de persona desde el momento de la separación del niño nacido respecto de su madre, ha hecho afirmar, a nuestro juicio erróneamente, a autores como Alejandro Guzmán Brito que “por ‘personas’ se entiende, desde luego, a las naturales, en el sentido del artículo 55 CC, pero no al que está en el vientre de su madre, vale decir, el concebido pero que no ha nacido aún, porque no ha principiado a ser legalmente persona, en los términos del artículo 74 inciso 1 CC., y porque la norma aplica la igualdad a quienes ‘nacen’ y el ‘nasciturus’ no ha nacido todavía³⁹⁷. Tal

³⁹⁷ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO: *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001), p. 192.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

interpretación transforma al precepto constitucional claramente en discriminador respecto de la situación del que está por nacer, pues recordemos que el que nace no sólo es libre sino también igual a los otros en dignidad y en derechos. El individuo en gestación no tendría esa igualdad fundamental³⁹⁸.

b) La utilización del concepto civil de persona en otros ámbitos del Derecho, tales como el Derecho Penal, tratado del modo antes expresado, ha llevado a que por mucho tiempo no se considerara persona al niño no nacido o incluso nacido pero no separado de su madre aún y que se estimara que la protección de su vida era una cuestión de interés social pero no de vulneración del derecho a la vida de una persona, razón por la cual el título en el que se ubica el aborto en el Código Penal chileno corresponde a “los atentados contra el orden de las familias”, lo cual en los proyectos de reforma del señalado cuerpo legal se pretende cambiar.

De esta forma, la protección constitucional del individuo de la especie humana y el reconocimiento a su dignidad intrínseca, la cual es precisamente la que lo hace ser persona³⁹⁹ y considerar que el Estado está a su servicio, no se satisface con las definiciones civiles y no se circunscribe a interpretaciones penales sobre ellas.

En las actas de la Comisión de Estudios de la Constitución se aclaró, particularmente en lo relativo al derecho a la vida, que ésta es protegida por la Carta Fundamental desde el momento de la concepción, ya que a propósito del

³⁹⁸ De hecho, así lo afirma Guzmán Brito en ídem, p. 171: “las garantías de la persona, que de un modo u otro protegerían esos derechos y bienes de un ya nacido, que por ende es persona, no los protegerían respecto al no nacido aún”.

³⁹⁹ “El hombre es persona porque es substancia, es decir, existe en sí y no en otro como los accidentes o los accesorios, ni con otro, como la materia o la forma; porque es substancia individual porque no es una abstracción como la idea de la especie, por ejemplo la humanidad; y porque es de naturaleza racional, ya que su forma substancial o principio de vida y de ser es espiritual, capaz de conocimiento intelectual, de conocer el ser de los otros seres y de sí mismo, y de así poseerlos y autoposeerse en su ser, y en sus obras, obrando desde sí, es decir, con libertad”: JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY, “Comienzo de la persona humana. Aspectos biológico, filosófico y jurídico” en *Cuadernos Jurídicos* n° 2 (Santiago, Universidad Central de Chile, 2000), pp. 109 y 110.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

que está por nacer se hizo especial énfasis en la redacción del precepto alusivo a su derecho a la vida en los términos: “*al ser que está por nacer*”. El vocablo “ser” supone existencia, lo que desde luego se traduce que desde la vida intrauterina este “ser” tiene vida. En otras palabras, la vida se inicia desde la concepción y no desde el nacimiento⁴⁰⁰, y por ello la persona en términos de protección constitucional es el individuo humano desde que es concebido y hasta su muerte.

A nuestro juicio, la utilización del verbo “nacen” en la frase que nos ocupa no alude al hecho físico del nacimiento ni a los criterios civiles de separación de la madre, sino a la idea de principio o de inicio. En efecto, la persona en su esencia, desde un inicio que no está sujeto a acto de autoridad alguno, es libre e igual a las demás en dignidad y en derechos. En otras palabras, es generada con dichas características, le son intrínsecas y no adquiridas⁴⁰¹. El punto es que, a diferencia de una interpretación civilista del tema, esa generación no ocurre en realidad, como de ello da cuenta sobradamente la ciencia, cuando el individuo nace sino cuando es concebido. Es obvio que mientras no nazca no puede ejercer a plenitud muchos de esos derechos ni toda su libertad, pero sí debe ser libre y preservado de las injerencias de otros y gozar de la dignidad y del respeto que merece como miembro de la especie humana, en lo que verdaderamente radica la condición de persona.

En apoyo de lo expresado, es importante recordar también que, en el momento de discutirse la reforma del artículo 1° que ya hemos comentado en la sesión de sala del H. Senado de la República de fecha 3 de marzo de 1999, el Senador Carlos Bombal solicitó, a través del Presidente, una aclaración y acuerdo de la sala –el cual se brindó en forma unánime– en el sentido siguiente:

⁴⁰⁰ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 90, p. 18.

⁴⁰¹ El mismo Guzmán Brito reconoce ese sentido en su obra ya citada (p. 175) al interpretar el precepto como si dijera: “Las personas deben ser libres desde que principian y deben permanecer así (hasta su muerte)”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

“El señor BOMBAL. Señor Presidente, por su intermedio, quiero solicitar una aclaración previa y, con ello, pedir que se recabe el acuerdo de la Sala en orden a dejar una constancia en actas para la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional que se modifica a través del precepto que se debate.

“Mi solicitud de aclaración está destinada al señor Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y dice relación con el hecho de que, con la enmienda propuesta en el n° 1 del artículo único de la iniciativa – sustituye en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental la expresión “los hombres” por “las personas”-, en lo sucesivo alguna doctrina podría pretender sostener que sólo se es persona y, con ello, sujeto de derecho el individuo que ha nacido, con lo cual la criatura concebida y no nacida no tendría la calidad de persona.

“A mi juicio, dicha declaración es esencial, porque, con la finalidad de evitar la discriminación contra el género femenino eventualmente podríamos estar dando paso a una discriminación peor y más grave”.

“... Por lo tanto, sobre la base de la aclaración pedida, solicito formalmente a la Mesa que recabe el acuerdo de esta Sala con el objeto de hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento constitucional, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto fue zanjado por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19 N° 1 de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que “La Constitución asegura a todas las personas”: es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción”.⁴⁰²

⁴⁰² Idem.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Frente a esta solicitud, se le dio la palabra al señor Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Corporación, Senador Hernán Larraín, el cual expresó:

“El señor LARRAIN. Señor Presidente, si tenemos presente el objetivo del mensaje –éste señala que se trata de un proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres-, observamos que no se pretende innovar el tenor del actual artículo 1° de la Constitución.

“En consecuencia, no parece posible desprender un significado distinto del que hoy tiene la expresión “Los hombres”. De manera que la interpretación del Honorable Senador Bombal, a mi entender, es correcta.

“Creo que si se aprueba el proyecto – parece que así va a ocurrir. La interpretación dada a la referida norma deberá seguir, porque no se modifica su sentido con la expresión “las personas”, agregada en la Comisión a sugerencia del senador señor Hamilton. Ese hecho no altera la búsqueda de la igualdad como objetivo central de la misma iniciativa y no cambia la noción del término “persona”, que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer”⁴⁰³.

B. Exigencia de ciertas condiciones adicionales

La consideración de que la condición de persona representa exigencias adicionales a la sola pertenencia a la especie es sostenida por autores importantes, tanto en el Derecho Comparado como en la realidad nacional⁴⁰⁴. Las razones que fundamentan la objeción a la personalidad del sujeto asociada con la sola

⁴⁰³ Diario de Sesiones del Senado de la Legislatura 339°, extraordinaria, sesión 21 del miércoles 3 de marzo de 1999. Esta interpretación, como se ha dicho, se repitió en la normativa posteriormente dictada, como fue el caso de la referencia de la protección de los derechos de la persona desde la concepción efectuada en la Ley N° 20.120.

⁴⁰⁴ En Chile, cfr. RODOLFO FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto” (citado); ANTONIO BASCUÑÁN, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, 95, Santiago (invierno 2004); GASTÓN GÓMEZ, *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección* (citado).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

pertenencia a la especie estriban en varios argumentos que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) El concepto de “persona” no es unívoco, pues es utilizado en diversas materias, por lo cual si el ordenamiento jurídico hace referencia a personas, no siempre alude propiamente al titular de los derechos e incluso entonces, sólo es dable llamar “persona” al ser humano postnatalmente. Ésta fue la tesis preponderante en la jurisprudencia norteamericana que legalizó el aborto en los Estados Unidos⁴⁰⁵.

b) La utilización del concepto “persona” aludiría a una protección íntegra y poderosa por parte del ordenamiento jurídico, la que no se debería ni podría otorgar de igual modo a todos los miembros de la especie, pues algunos son protegidos pero con menor intensidad, y se trata de los que aún no han nacido⁴⁰⁶: “La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana...”⁴⁰⁷.

c) La catalogación de “persona” a todo evento del ser humano, sin importar su etapa de desarrollo, crearía una potenciación extrema de la protección de la vida de éste sin considerar la importancia de otros derechos que con éste entran en aparente controversia, por lo cual considerar la necesidad de exigir requisitos

⁴⁰⁵ ““La Constitución no define” persona” en demasiadas palabras. En la Sección 1 de la Decimocuarta Enmienda hay tres referencias a “persona”. La primera, en la definición de “ciudadanos”, habla de “las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos”. La palabra “persona” también aparece tanto en la Cláusula del Debido Proceso y en la Cláusula de Igual Protección. Se utiliza en otros lugares... pero en casi todos estos casos, el uso de la palabra es tal que tiene aplicación sólo después del nacimiento. Nada indica, con seguridad, que sea posible una aplicación prenatal”: fallo Roe Vs. Wade, 410 U.S. 113 1973.

⁴⁰⁶ Si bien el cuestionamiento se inicia respecto del no nacido, en un plazo relativamente breve, pasa a transformarse en una objeción respecto de la mantención de la vida de algunos nacidos, pero bajo una fundamentación jurídica distinta, que ya revisaremos.

⁴⁰⁷ Sentencia Tribunal Constitucional de Colombia, C-35 5/06 de 10 de mayo de 2006, Sección 5, párrafo 20.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

adicionales al humano para llamarle persona libre de esa problemática a quien ha de ponderar los eventuales derechos en conflicto⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ “Así las cosas, el derecho solamente reconoce personalidad jurídica a aquel ser que ha nacido, y por tanto posee derechos ciertos. En otras palabras, mientras el ser no nazca lo que existen son intereses susceptibles de protegerse, o mas exactamente prestaciones en favor de este, sin que ello traiga consigo que se le este reconociendo personalidad jurídica. Los seres humanos con personalidad jurídica tienen la posibilidad de obligarse, y por ende pueden adquirir bienes y servicios, contratar, fungir en calidad de acreedores o deudores, tienen una serie de deberes con el Estado como pagar impuestos o prestar el servicio militar. Situación jurídica no presente en aquellos intereses sin personalidad jurídica, que si bien pueden ser protegidos por el derecho no implica ello de suyo el reconocimiento de la personalidad jurídica./Por consiguiente, el *nasciturus* es ser protegido por el derecho pero claramente no tiene personalidad jurídica; y no la tiene por cuanto no puede adquirir bienes o servicios, contratar, pagar impuestos, etc./ De aceptarse una tesis contraria, esto es que el *nasciturus* tiene personalidad jurídica sus derechos siempre prevalecerían sobre el de la madre: un ser que no expresó su voluntad para venir al mundo y que además está indefenso; enfrentado a quien la trajo al mundo sin su voluntad y con más poder que el feto, en caso de conflicto, deberían primar los derechos del más débil”: magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA en su aclaración de voto a la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia 355/06 de 10 de Mayo de 2006, citada. Ver también sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985: “El problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, por lo que procede comenzar por hacer unas consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional, consideraciones que iremos precisando a medida que lo requiera el desarrollo de nuestra argumentación. Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes»... “Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar: a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital. b) Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana...”... “En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental”. Más adelante nos referiremos en específico a la temática del conflicto de derechos que se ha planteado en torno a la eventual despenalización de la eutanasia.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

En atención a tales argumentos, se plantean, según el caso y las preferencias interpretativas, otras posibilidades:

B.1. Exigencia de que el embrión se ha anidado en el endometrio y haya continuado su desarrollo

Tras la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que ocurre en la parte superior de la Trompas de Falopio, el huevo fecundado inicia su camino hacia el útero, a la vez que se va dividiendo, alcanzándolo a los 3 o 4 días y en un estado de 16 o 23 células (blastómeros), permaneciendo todavía libres dentro del útero por un espacio de 3 o cuatro días. Es decir, a la semana de haber ocurrido la fecundación el embrión, ya en estado de *blastocisto*, comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando otra semana aproximadamente en concluir su fijación (*anidación*). Por consiguiente, puede aceptarse como regla general que la anidación concluye unas 2 semanas (catorce días) después de ocurrida la fecundación⁴⁰⁹. La determinación de la anidación es importante; pues sólo desde allí es posible diagnosticar la presencia de embarazo con facilidad, sin perjuicio que por métodos más complejos se pueda conocer si se ha producido o no la concepción a las 24 horas de haberse verificado ésta⁴¹⁰. Además, antes de la anidación se producen 80 de 100 abortos espontáneos.

⁴⁰⁹ Algunos autores dan el nombre de *preembrión* al embrión antes de completar su anidación. EDUARDO RODRÍGUEZ Y.: “El Estatuto del Preembrión” en *ARS Médica. Revista de Estudios Médicos Humanísticos* Volumen 1, n° 2 – 1999 (Santiago, facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, 1° edición) p. 99-108.

⁴¹⁰ “Early pregnancy factor (EPF) is known to be detectable in sera of pregnant women within 24 to 48 h after conception”: M. MESROGLI, J. SCHNEIDER AND D.H.A. MASS, “Early pregnancy factor as a marker for the earliest stages of pregnancy in infertile women”, *Human Reproduction*, Vol. 3, No. 1, pp. 113-115, 1988; (hormone) “identified in mice and several other species including sheep, cattle, pigs, humans; appears in the blood within a few hours of conception and persists for several weeks; identifiable by laboratory test”: [http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/early+pregnancy+hormone+\(factor\)](http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/early+pregnancy+hormone+(factor)) (sitio consultado en julio de 2009)..

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Hay dos propiedades muy importantes en cuando a la individualización del nuevo ser, la *unidad* y la *unicidad*⁴¹¹, que podrían no estar perfectamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo, antes de que termine la anidación, y que sustentan esta postura. Refiriéndonos a la unidad, o condición de ser solamente uno, debemos hacer referencia a la existencia comprobada de *quimeras humanas*; o sea, embriones que están constituidos por la fusión de 2 cigotos o embriones distintos⁴¹².

En la especie humana se han descrito muchos casos de *quimerismo*. Normalmente, la existencia de una quimera humana se descubre al constatar la existencia de células con dotaciones cromosómicas sexuales diferentes XX/YY; es decir, el individuo tiene células femeninas y masculinas. Esto hace suponer que puede haber muchos casos que pasan inadvertidos por ser los individuos XX/XX o XY/XY⁴¹³. En síntesis, desde el punto de vista genético, la unidad del nuevo ser no estaría fijada durante las primeras etapas embrionarias anteriores a la anidación.

En cuanto a la unicidad, es necesario hacer alusión a los gemelos monocigóticos, que se forman por la división de un embrión, siendo el único caso posible de identidad entre los individuos humanos. De acuerdo a esto, la unicidad del nuevo ser no estaría determinada antes de la terminación de la anidación.

⁴¹¹ Unidad, realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, ser uno solo; Unicidad, calidad de ser único. JUAN RAMÓN LACADENA: "Status del embrión previo a su implantación" en Federación Internacional de Universidades Católicas: *La vida humana, origen y desarrollo* (Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1989) p.36.

⁴¹² Distinto a lo genéticamente se denomina *mosaico*. Pues esto significa la existencia de más de una estirpe celular en un mismo individuo, originadas después de la fecundación, por algún fenómeno genético anormal (mutaciones génicas o cromosómicas, etc). Por *quimera* se entiende la aparición de líneas celulares distintas originadas a partir de diferentes fuentes de fecundación. Se puede distinguir entre *quimeras cigóticas*, producidas por la fecundación simultánea del óvulo por un espermatozoide y de un cuerpo polar derivado del mismo ovocito primario por otro espermatozoide, originando un solo individuo, y las *quimeras postcigóticas*, producidas por la fusión de dos embriones distintos. Idem p. 38 - 39

⁴¹³ *Ibidem*.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A estas argumentaciones, sin embargo, se oponen quienes consideran que las posibilidades de formación de quimeras o de gemelismo no impiden considerar al embrión como un ser individual desde la concepción, pues, sin perjuicio de tratarse de situaciones de remota ocurrencia, debemos tener presente que “la unidad e individualidad diacrónica del ciclo vital de un organismo... no excluye, sino que más bien implica, la posibilidad del devenir en la forma del generar (dar origen a) y del degenerar (cesar de existir como), y se fundamenta empíricamente en modelos de interpretación de los fenómenos arriba citados que son lógicamente no contradictorios y biológicamente compatibles con los actuales datos científicos.../Las evidencias de la ciencia no pueden, por sí solas y en modo alguno, atribuir al embrión humano el estatuto ontológico de "ser humano de pleno derecho", de persona, porque el "ser" y la persona no pertenecen al campo de los conceptos biológicos y no son objetos formales de investigación empírica. La genética y la biología del desarrollo sugieren, cada vez con mayor documentación, que el embrión no es otra cosa que un individuo de la especie humana en la fase inicial de su ciclo vital, que lo lleva -a través de un proceso coordinado, continuo y gradual a convertirse en adulto como cada uno de nosotros, porque él es ya uno de nosotros: Es ya hombre aquel que lo será. Pero, entonces, ¿cómo un individuo humano no sería una persona humana? En conclusión, cualquier separación entre individuo y persona en el ser humano es arbitraria, un juego entre filosofía y ciencia biológica sin valor cognoscitivo real⁴¹⁴.

⁴¹⁴ ROBERTO COLOMBO: “La naturaleza y el estatuto del embrión humano”, en *Humanitas* N° 16, <http://humanitas.cl/html/biblioteca/articulos/d0094.html> (sitio consultado en julio de 2009). Las citas han sido eliminadas.

B.2. Exigencia de que el embrión desarrolla su red nerviosa elemental que es singular de los seres humanos

Al final de la octava semana, casi todos los órganos del futuro nacido se han manifestado en forma primitiva, cuando el embrión tiene un tamaño aproximado de veinticinco milímetros y se han producido unos rasgos de desarrollo que distinguen al embrión humano de los primates. En este estadio, el embrión es reconocible como humano. Es importante notar que en este momento el mecanismo neuromuscular se ha desarrollado hasta tal grado, que permite al embrión responder a pequeños estímulos⁴¹⁵. Por lo tanto, antes de eso, el individuo no tendría ninguna capacidad asociada con el ser humano. En este sentido, se afirma que sin un cerebro humano funcional, los sistemas de órganos presentes no pueden constituir un ser humano⁴¹⁶.

Tal argumento es rebatido por quienes estiman que la ausencia del desarrollo nervioso en los primeros estadios de vida no impide que se haya verificado científicamente que, en el desarrollo del embrión humano, se da un proceso de *continuidad*: “Estamos ante un proceso continuo del sistema, en el que, cumplidas las condiciones internas y externas, hay un desarrollo gradual de actualización de sus inmensas potencialidades según una ley ontogenética y un plan unificador intrínseco. Si en algún momento esta unidad del proceso se interrumpiere se produciría la muerte del individuo. El embrión en estas fases está lleno de potencialidades que se van desarrollando en su evolución, pero no es un ser

⁴¹⁵ CARLOS ALONSO BEDATE: “Reflexiones sobre cuestiones de vida y muerte: hacia un nuevo paradigma de comprensión del valor ético de la entidad biológica humana en desarrollo” en FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE UNIVERSIDADES CATÓLICAS: Ob. Cit. p.79.

⁴¹⁶ Cfr. Esto toma mayor sentido cuando hablamos de la “muerte cerebral”, es decir, el cese de toda actividad cerebral. Pero la situación del embrión es distinta, pues allí se da una intensísima vida de relación entre célula y célula, tejido y tejido, órgano y órgano, que permanece bajo un continuo, intenso, ordenado y coordinado aumento de células nerviosas entre la cuarta y sexta semana, cuando aparece el tubo neural, se forman las vesículas craneales y tienen lugar los primeros esbozos de corteza cerebral. ÁNGELO SERRA: “El embrión humano, ciencia y medicina” en FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE UNIVERSIDADES CATÓLICAS: Ob. cit. p. 50.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

humano potencial. La ontogénesis es un proceso continuo donde no hay niveles que separen etapas de menor o mayor vitalidad...⁴¹⁷.

B.3. Exigencia de que el individuo tenga plena forma humana y se pueda evidenciar una mínima capacidad cortical

Durante el tercer mes, el feto es perfectamente reconocible como humano y puede desarrollar desde entonces múltiples actividades propias precisamente de su desarrollo. Sin embargo, ello no lo hace más persona que en sus etapas anteriores de desarrollo, a juicio de quienes no comparten esta postura, pues “la embriología, la genética y la misma técnica FIV resalta cada vez más claramente que el embrión humano es desde el primer instante de su desarrollo “un individuo de la especie humana”, una unidad biológica autónoma y diferente del conjunto de células y tejidos que constituyen la madre. El embrión humano constituye una unidad somática humana, un cuerpo humano en las primeras fases de su desarrollo”⁴¹⁸.

Además, se ha reconocido por numerosos autores que la referencia a la capacidad cortical, más que constituir un criterio de diferenciación entre personas y no-personas es alusivo a las pretensiones de establecer parámetros de aceptación del aborto fundados en que antes del tercer mes el individuo no puede sentir y, por ello, sufrir y resultaría menos gravoso privarlo de la vida: “El criterio de la sensibilidad sugiere que, en igualdad de condiciones, es moralmente peor matar a un organismo sensible que a un organismo no sensible. La muerte de un ser sensible, incluso indolora, le priva de cuantas experiencias placenteras pudiera haber disfrutado en el futuro. Por consiguiente, la muerte suele ser una desgracia para ese ser, mientras que no lo sería para un organismo no sensible. /... lo que sabemos con certeza sugiere que lo sensorial requiere un sistema nervioso central

⁴¹⁷ NICETO BLÁZQUEZ: *Bioética fundamental* (Madrid, BAC, 1996) p. 35.

⁴¹⁸ FERNANDO MONGE SÁNCHEZ: *Persona humana y procreación artificial* (Madrid, Ediciones Palabra, Primera Reimpresión, 1988) p. 153.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

que funcione -del que carecen las rocas, las plantas y los microorganismos simples. También está ausente en el feto humano en su primera etapa. Muchos neurofisiólogos creen que los fetos humanos normales tienen alguna capacidad sensorial básica en alguna etapa durante el segundo trimestre del embarazo. Antes de esa etapa, su cerebro y órganos sensoriales carecen del desarrollo suficiente que permita la existencia de sensaciones. La evidencia conductual apunta en la misma dirección. Al final del primer trimestre, un feto puede tener algunos reflejos inconscientes, pero no responde todavía a su entorno de un modo que sugiera la sensibilidad. Sin embargo, durante el tercer trimestre algunas partes del cerebro del feto son funcionales, y el feto puede responder al ruido, a la luz, a la presión, al movimiento y a otros estímulos sensoriales. / El criterio de la sensibilidad avala la creencia generalizada de que es más difícil justificar el aborto en una fase avanzada que el aborto temprano. A diferencia del feto presensible, un feto en su tercer trimestre ya es un ser, es decir, un centro de experiencia. Si se le mata puede experimentar dolor. Además, su muerte (como la de cualquier ser sensible) significará el final de un flujo de experiencias, algunas de las cuales pueden haber sido placenteras. En efecto, el uso de este criterio sugiere que abortar al principio no plantea una cuestión moral muy seria, por lo menos en relación con su efecto sobre el feto. Como organismo vivo aunque no sensible, el feto del primer trimestre no es todavía un ser con interés de seguir vivo.”⁴¹⁹.

B.4. Exigencia de gozar de un cierto grado de su desarrollo, luego del nacimiento, para ser considerado persona

El concepto de persona no es común a todos los seres humanos, sino que les será atribuido en la medida que cumplan ciertos requisitos. Así, se entiende como persona al ser consciente de su propia existencia en el tiempo y con capacidad

⁴¹⁹ MARY ANN WARREN: “El aborto. Aspectos éticos” en PETER SINGER (ed.), *Compendio de Ética*. (Madrid, Alianza Editorial, 1995) pp. 417-432. Innecesario es decir que este tipo de argumentación se utiliza a menudo para justificar la disposición de la vida de personas irremediabilmente yacentes, como quienes se encuentran en estado vegetativo persistente, como veremos.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

para tener necesidades y planes para el futuro. En este sentido, toda persona tiene derecho a la vida. Ni los recién nacidos ni los animales no humanos inferiores son capaces de tomar conciencia de su existencia. Por lo tanto, no se les puede considerar como personas, ni tampoco se considera que tienen *derechos*⁴²⁰.

Sobre esa base: “Aun cuando consideráramos que el feto es una persona *en potencia*, esta afirmación no nos es suficiente para afirmar que posee algún derecho significativo a la vida. Consecuentemente, el derecho de la mujer a proteger su salud, su libertad, y aun su vida, terminando con un embarazo no deseado, siempre supera cualquier derecho a la vida que pueda otorgarse a un feto, incluso, a uno desarrollado completamente”⁴²¹.

Este tipo de “exclusiones” aun de los nacidos, respecto del carácter de persona y subsecuentemente, de los derechos de tales, a menudo se refiere más que a sus propias características, a las necesidades de quienes están a su cargo de tomar decisiones sobre ellos, particularmente cuando no es su deseo que opere la cooptación social a su respecto: “En lo que sigue, se partirá de que, en sentido estricto, es enemigo para el Derecho penal aquel *ser humano*, y sólo aquel *ser humano*, al que, en la medida en que se le considere fuente de mal-estar para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal (y aun jurídica). Dicha denegación de protección tiene lugar mediante su definición como no-persona en absoluto. En este sentido estricto es no-persona para el Derecho penal *aquel ser humano*, y sólo *aquel ser humano*, cuyo sustrato antropológico se deconstruye jurídica y/o filosóficamente, siendo reconstruido como un ente perteneciente al Derecho de cosas. Como se observa, aquí sí se

⁴²⁰ Sobre este tema el mayor exponente, a nuestro juicio es PETER SINGER, quien en su libro *Repensar la vida y la muerte, el derrumbe de nuestra ética tradicional* (citado) analiza el problema de las consideraciones sobre la personalidad del embrión, desde un punto de vista absolutamente personal. Convendría mencionar sus conclusiones.

⁴²¹ MARY ANN WARREN: “Sobre el status moral y legal del aborto” en FLORENCIA LUNA (editora): *Decisiones de vida y muerte, eutanasia, aborto y otros temas de ética médica* (Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1995) p.201.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

produce una radical coincidencia entre la condición de enemigo y la de no-persona. El enemigo es definido como no-persona; es, por definición, el “otro” a quien se excluye. Es decir, aquel sujeto cuyos bienes, si son en cierto modo protegidos, desde luego no es por una razón de principio, esto es, porque sean suyos, sino por alguna razón pragmática, perfectamente susceptible de ser modificada. Básicamente, por un interés (coyuntural) colectivo o de ciertos terceros”⁴²².

Tal tipo de argumentación, que se usa profusamente en los extremos de la vida, ha dado lugar a más de un intento legislativo en Chile, por lo cual ha de ser considerada como una argumentación subyacente a la problemática de la definición de *persona a través de criterios de viabilidad, recuperabilidad, capacidad relacional*, etc.⁴²³.

De acuerdo a las tesis antes mencionadas, ninguna de las cuales ha sido recogida por la Carta Fundamental de 1980, para poder hablar de persona podría ser necesario contar con uno o más de los siguientes elementos: conciencia de los objetos y eventos externos y/o internos, al ser, y en particular, la capacidad de sentir dolor; el individuo debería poseer forma humana, capacidad relacional, es decir, tener la capacidad de comunicar, por cualquier medio, mensajes de una

⁴²² JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: “Los Indeseados Como Enemigos. La Exclusión De Seres Humanos Del *Status Personae*” (citado).

⁴²³ V.g. “...Deja en el desamparo la regulación que corresponde al derecho hacerse cargo, como es la colisión entre el Derecho a la Vida de la madre y los derechos del no nato, cuando la vida de la primera está en peligro; también deja sin ponderación la cuestión de la viabilidad del feto in útero o ex útero, esto es, cuando, sin mediar peligro inminente para la vida de la madre existe la certeza de la inviabilidad del feto, o bien cuando existe razonable certeza de que el no nato ha muerto y el mantenimiento en el útero materno sólo provocará de modo inexorable la muerte de la madre, sólo por mencionar aquellas cuestiones que deben ser decididas, al margen del derecho, en forma cotidiana”: Fundamentación moción Senador Camilo Escalona para despenalizar aborto terapéutico, Proyecto presentado el 13 de Mayo de 2009, en el H. Senado de la República, Boletín N° 6522-11 titulado “Sobre interrupción terapéutica del embarazo”, el cual estuvo bastante tiempo archivado y fue desarchivado durante 2011 por orden del Presidente del Senado, para ser rechazada la idea de legislar en abril de 2012. Las negritas son nuestras.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

variedad indefinida de tipos e incluso gozar de aceptación social, llegar a determinada edad o demostrar determinadas expectativas de vida.

Siguiendo el razonamiento de esta postura, Engelhardt explica que, en términos seculares generales, se puede justificar la asignación del *rol social de persona* a embriones, bebés y otros, en función de que a) el rol apoye virtudes importantes, como son la compasión y el cuidado por la vida humana, especialmente cuando esa vida humana es frágil e indefensa. Además, con respecto a niños y humanos *ex utero* existe la ventaja de que b) el rol ofrece una protección contra la certidumbre de cuándo exactamente los seres humanos se convierten en personas en sentido estricto, a la vez que protege a las personas durante diversas vicisitudes de competencia e incompetencia, al tiempo que c) garantiza la crianza de los niños, mediante la cual los seres humanos se convierten en personas en sentido estricto⁴²⁴.

C. La protección de la persona en relación con las condiciones para serlo

El Derecho ha acuñado el concepto de persona en torno a tres claves: la titularidad de los derechos fundamentales, la protección que le es debida al titular de esos derechos por parte del Estado y, en general, del colectivo, y la limitación que la existencia de la persona misma y de sus derechos importa para la acción de los demás: “Con el desarrollo de la teoría del derecho subjetivo, el tema de la personalidad cobra un nuevo relieve. El derecho subjetivo necesita para su configuración como tal, la existencia de un protagonista: un sujeto. La persona viene entonces a convertirse en el sujeto del derecho subjetivo, elemento integrante de esa relación”⁴²⁵. Como es obvio, el establecimiento de requisitos

⁴²⁴ Veáse. H. TRISTAM ENGELHARDT: *Los Fundamentos de la Bioética* (Barcelona, Ediciones Paidós, 1995) pp.162–163.

⁴²⁵ HERNÁN CORRAL TALCIANI: *Derecho Civil y persona humana. Cuestiones debatidas* (Santiago, Lexis Nexis, 2007) p. 21.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

adicionales a los de la pertenencia a la especie para catalogar al individuo de persona no se traduce en una discusión semántica sino que tiene un claro impacto jurídico en los propios mandatos de la Constitución, que están dirigidos invariablemente a la persona humana.

La Constitución, en el texto de su artículo 1° reconoce a las personas la libertad intrínseca y la igualdad en la dignidad y en los derechos, utilizando una redacción muy similar a la Declaración de los derechos del Hombre de 1948. Sin embargo, transcurridos ya muchos años desde entonces y otros tantos desde que se discutió la redacción de la Carta de 1980, es dable preguntarse: ¿es la dignidad propia del ser humano la que concede al individuo la calidad de persona o la dignidad sólo se predica de quien ha sido definido como persona por el ordenamiento? y, en ese mismo contexto: ¿hay situaciones que despojan al ser humano de su dignidad esencial o que permiten aseverar que la dignidad no se aplica como concepto a un determinado tipo de hombres o de mujeres?; ¿tiene ello que ver con grados crecientes de desarrollo que todo humano puede alcanzar en un algún momento, o con la existencia de ciertas cualidades que no todos actualizan o que se pueden perder irremisiblemente?

Hablar de dignidad humana corresponde a la idea de que el ser humano merece un especial respeto y cuidado, una particular consideración como tal. Para el pensamiento cristiano, esta concepción proviene de la semejanza del hombre con Dios, de haber sido creado a su imagen y semejanza⁴²⁶; para la Ilustración filosófica tal dignidad deriva más bien del hecho de que el hombre es la única criatura con voluntad autónoma y, en consecuencia, libre: “la humanidad misma

⁴²⁶ “Los fundamentos y las dimensiones de la cultura de la vida pasan por los grandes temas de la creación, mostrando que la vida humana debe percibirse como un don de Dios. El hombre, creado a imagen y semejanza de Dios, está llamado a ser su colaborador libre y, al mismo tiempo, responsable de la “gestión” de la creación”: ALBERTO BOCHATEY: “La cultura de la vida” en PATRICIA SOROKIN (Coordinadora), *Bioética: entre utopías y desarraigos* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002) p. 362.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

es una dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre como un simple medio o instrumento, sino siempre a la vez, como un fin”⁴²⁷.

Si bien la referencia a una “igual dignidad” de las personas que efectúa la Constitución⁴²⁸ se puede prestar para muy diversas interpretaciones, que van desde considerar que la dignidad implica ciertos requerimientos materiales y aun económicos, hasta creer que la dignidad sólo es posible en un ámbito de completa autonomía del ser humano. Lo cierto es que el concepto de dignidad utilizado por la Constitución de 1980 alude a una base ontológica: “La idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología, es decir, en una filosofía de lo absoluto... La presencia de la idea de absoluto en una sociedad es una condición necesaria –aunque no suficiente– para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo absoluto que es el hombre”⁴²⁹, respecto de la cual se hace obvio que “la personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del Hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer”⁴³⁰.

Así, el comisionado Silva Bascuñán, se refería a la dignidad de la persona como sinónimo de naturaleza humana: “... la dignidad es, precisamente, consecuencia de la misma naturaleza. Es una cualidad inherente a lo que existe”⁴³¹.

⁴²⁷ RAÚL GARZA GARZA: *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles* (México D.F, Editorial Trillas, 2000) p. 45, citando a Kant.

⁴²⁸ Ya en la Comisión de Estudios, el comisionado Guzmán se refiere a este término, indicando que “el fundamento de todos los derechos que se establecerán, arranca de que los hombres nacen libres e iguales en su dignidad, y el término ‘iguales en su dignidad’ es una manera más jurídica, tal vez, de referirse a lo que es ‘la igualdad esencial de todos los seres humanos’.” *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 92, p. 3.

⁴²⁹ ROBERT SPAEMANN: “Sobre el concepto de dignidad humana” en C.I. MASSINI Y P. SERNA, *El Derecho a la vida* (citado) pp. 81 - 110.

⁴³⁰ LUIS DíEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLON: *Sistema de Derecho Civil* (Madrid, Tecnos, 6ª edición, 1988) p. 229.

⁴³¹ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 92, p. 3.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Ahora bien, en cuanto a la igualdad, se considera que todos los individuos de la especie humana tienen una igualdad esencial, en cuanto a que el ser humano, como criatura racional, tiene una respetabilidad intrínseca⁴³², que no se pierde, ni siquiera si la persona realiza actos indignos⁴³³. Tampoco la dignidad puede ser arrebatada por otros, de tal manera que si alguien menosprecia a otro no significa que esa persona pierda dignidad, sino que la pierde el victimario. En consecuencia, la dignidad intrínseca es irrenunciable e inviolable y la extrínseca no es susceptible de violación por otros, pero sí por uno mismo. Su importancia es tal, que de la dignidad intrínseca derivan una serie de derechos que no dependen de lo bueno o malo del actuar de la persona sino que son propios de ella y no pueden ser desconocidos; por esta razón, hasta un culpable tiene derecho a un trato respetuoso y a una defensa, por ejemplo.

Tal concepción de la dignidad humana la dota de dos momentos o aspectos en que se traduce en la eminencia de la persona humana: En primer término, “una dignidad ontológica y constitutiva, irrenunciable, que pertenece a todo hombre por el hecho de serlo y que se halla ligada a su naturaleza racional y libre; toda persona es digna de amor y respeto fundamental, todos los hombres, incluso el más depravado, tienen estricto derecho a ser tratados como personas” y, en segundo término, “no hay momentos privilegiados en el surgimiento de la

⁴³² Así, el comisionado Evans, señalaba al respecto, que “la igualdad de dignidad emana del reconocimiento ético de sus valores; el reconocimiento ético de sus valores (...) El hombre merece respeto en su condición humana, y eso se llama ‘dignidad’ (...) dignidad humana inherente a su condición de tal”. Por su parte el comisionado Ovalle sostenía que “todos los hombres nacen iguales en dignidad; es decir, nacen iguales en ese atributo del hombre que obliga a respetarlo por el hecho de ser tal”. *Idem*, pp. 6 y 7.

⁴³³ “Hoy, en la cultura occidental, los conceptos de persona y dignidad van inseparablemente unidos. La dignidad aparece como el predicado esencial de la persona. Este predicado, después de la Declaración de los Derechos Humanos, aparece todavía más claro a la razón humana: la dignidad pertenece a todo ser humano, y esta no le viene por su pertenencia a una clase social, etnia, color, raza, libre o esclavo, o por el lugar más o menos alto que ocupa en la pirámide del poder político o social, sino por ser quien es: persona. La persona, entonces, es y se realiza”: ÁNGEL RODRÍGUEZ GUERRO Y BENEDICTO CHUAQUI JAHIATT: “Notas sobre la evolución del concepto de dignidad” en *Ars Medica*, volumen 4, n° 6, 2002 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002), p. 12.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

dignidad personal, sin embargo existe un momento básico y fundamental: el de la concepción de cada ser humano; desde el punto de vista científico, parece hoy demostrado que, ya en el instante mismo de la concepción, se instaura una nueva vida, dotada de un dinamismo propio e intrínseco y por tanto perteneciente a sí misma”⁴³⁴.

Sobre este aspecto, Varela del Solar entrega la siguiente reflexión: “Debo concluir diciendo que no hay, a mi juicio, igualdad existiendo indignidad, así como tampoco hay dignidad existiendo discriminación. De allí que el tratamiento de digno e igual sea un débito inextricable”⁴³⁵.

Sin embargo, si bien este concepto de dignidad y de igualdad entre los seres humanos, recogido en la Constitución chilena, dificulta considerar al *nasciturus* excluido de la protección integral que sólo le puede ser brindada cabalmente bajo el concepto de persona, tal criterio no opera en términos tan claros tratándose de individuos que, ya nacidos, no presentan ciertas facultades propias del viviente humano o que a causa de un accidente, una patología u otras circunstancias sobrevinientes, pierden irremisiblemente tales facultades, pues si bien no hay pretensión de los autores de despojar a tales humanos de su calidad ya adquirida de “personas”, sí se justifica o se pretende explicar el descenso de los niveles de protección a su respecto, ya sea bajo la fórmula de la *calidad de vida* o de la consideración de la indignidad que puede predicarse de la situación en que viven o más bien subsisten, lo cual dependerá del criterio determinante de la igualdad.

⁴³⁴ ROBERTO GARZA GARZA: Ob. cit., p. 49.

⁴³⁵ JORGE LUIS VARELA DEL SOLAR: “Estudios sobre el artículo primero de la Constitución de 1980” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 11, números 2 y 3, 1984 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984) p. 392.

D. La eventual protección disminuida en ciertas situaciones

La protección de la vida sin duda se ve constitucionalmente enfrentada a paradojas que tienen una fuerte injerencia en las decisiones de los tribunales. En efecto, si bien y por una parte la vida es un derecho fundamental del ser humano y, como se ha dicho, una condición de ejercicio de todos los demás, cuya preservación es condición esencial para preservar los restantes derechos (el titular es *el viviente humano*), hay situaciones que hacen considerar que ciertos tipos de vida importan una justificación para la atenuación de la protección jurídica de ellas, con independencia a las decisiones autónomas del individuo sobre su propia vida.

Así, se llegan a considerar ciertos frentes asimilables a *vidas depreciadas*, de las cuales ya hemos adelantado criterios asociados con las etapas de desarrollo, viabilidad o posibilidades relacionales del *nasciturus*, pero que conviene revisarse en conjunto.

D.1. Protección disminuida del *nasciturus*

Esta situación se corresponde con las situaciones ya descritas, en el sentido que, si bien en nuestro país no se admite ningún tipo de aborto⁴³⁶, ello no impide que se invoquen para considerar que son un buen fundamento para llegar a legislar despenalizando algunas de sus formas, como es el caso del aborto terapéutico. Asimismo, se consideran como razones poderosas para entender que existiría un

⁴³⁶ Ello, sin embargo, no impide que se practique la interrupción de embarazos de alto riesgo, como parte del cumplimiento del deber médico y sin penalización alguna de tal conducta. Al efecto, ver COLEGIO MÉDICO DE CHILE: “Aborto: Interrupción del Embarazo como Medida Terapéutica en Casos de Gestantes con Riesgo de Muerte al Continuar la Gravidez”, en <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=252>, sitio consultado en febrero de 2012. Vid. también PILAR VALENZUELA ET AL, “Pautas de manejo clínico de embarazos gemelares”, en *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, vol. 74 n° 1 Santiago 2009, pp. 52-68.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

cierto rango superior de otras vidas o derechos distintos, de llegar a confrontarse con el derecho a la vida del sujeto en gestación.

Sin embargo, la Carta de 1980 no ha previsto la jerarquización de los derechos contenidos en ella o la subestimación de estos derechos según los ejerzan ciertos titulares. Por el contrario, demanda la adecuada ponderación y armonización del orden constitucional: “El *principio de unidad de la Constitución* exige que el legislador realice el máximo esfuerzo para configurar y regular los derechos en un sistema donde cada uno de ellos colisione lo menos posible con otros, donde los derechos constituyan círculos tangentes y no círculos secantes que se invadan unos a otros, lo que exige la adecuada ponderación y un eventual sacrificio mínimo de cada derecho que exige el principio de proporcionalidad que debe emplear necesariamente el legislador en la regulación de los derechos”⁴³⁷.

La redacción que el Constituyente hizo en el artículo 19 N° 1, en el sentido de que la ley la cual protege la vida del que está por nacer, ha servido para que parte de la doctrina nacional sostenga que ello implicaría un tácito beneplácito para que precisamente el legislador determinara los límites y la forma de proteger ese derecho, lo que ocurriría idénticamente a propósito de una similar redacción del Pacto de San José de Costa Rica⁴³⁸. La revisión de las actas de la Comisión de Estudios, citadas muchas veces por quienes no las consideran sin embargo hábiles para interpretar la Constitución, dan cuenta de la divergencia en la protección de la vida del que está por nacer por parte de los comisionados y de su consideración que la penalización del aborto es tema legal, pero mal puede traducirse de ellas la idea de que tales comisionados consideraran que el derecho a la vida del *nasciturus* descansara sólo en las manos de la ley.

⁴³⁷ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ: “Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XVII, diciembre 2004, p. 139-16

⁴³⁸ Al efecto, cfr. RODOLFO FIGUEROA: “Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto” (citado) pp. 95-130.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Si bien numerosas materias contenidas en la Constitución importan remisiones a la ley, sea para penalizar conductas, establecer tipos penales, procedimientos, etc., ello no disminuye en lo absoluto el imperio del ya citado artículo 19 N° 26, que constituye decididamente el modo en el cual la Carta Fundamental ofrece un criterio poderoso al legislador para dirimir reales o aparentes conflictos de derechos: hay que acudir a la esencia de éstos, pues ella no puede ser afectada ni aun por quien dicta normas legales por mandato de la Constitución, luego menos podrá ocurrir ante situaciones puntuales de encuentro controversial entre binomios de derechos.

La regulación de un derecho por el legislador podría consistir tanto en la concreción legislativa del derecho como en el establecimiento de restricciones en algunos elementos que no forman parte del contenido esencial del mismo, las que deben justificarse de acuerdo al principio de proporcionalidad que se encontraría implícito en el texto constitucional en cuanto Estado de Derecho.

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible. Se impide su ‘libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”⁴³⁹.

“Hay restricciones que forman parte de la esencia de un derecho por ser inmanentes a él y establecerlas no representa un menoscabo a dicho derecho, sino parte de los límites naturales del mismo; así, forma parte de la esencia del derecho de propiedad la limitación que éste sufre derivada de su función social.⁴⁴⁰ En tal sentido, el contenido de los derechos no es inabarcable ni deviene en un mar sin

⁴³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 24 de febrero de 1987. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 84, sección 6°, p. 4, rol N° 43, considerandos 20 y 21. Publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1987.

⁴⁴⁰ KARIN ESCÁRATE, MANUEL CASANOVA Y WALTER LUZIO L.: “Conflicto entre garantías constitucionales para la conservación del suelo: una revisión crítica a la legislación chilena”, *R.C. Suelo Nutr. Veg.* 5 (2) 2005 (1-8).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

límites, de lo cual no es excepción el derecho a la vida, razón por la cual se admite la vulneración de la vida en un acto de legítima defensa, el cual, en todo caso, no tiene por objeto matar sino defender la propia vida y la integridad ante un agresor ilegítimo.

¿Ha de entenderse al *nasciturus* como agresor cuando el embarazo genera afectación de la madre? Debemos descartar tal hipótesis no sólo por la total imposibilidad de actuar como agresor de aquél que está por nacer, tanto por su ausencia de voluntad como por su incapacidad para actuar, sino además porque el Derecho Penal es suficientemente explícito en orden a que, aun en caso de agresión, ésta debe ser ilegítima y, por ello, reprochable⁴⁴¹. La situación de padecimiento, enfermedad o aun compromiso vital de la madre tiene por referente su embarazo y a veces patologías o condiciones previas, pero jamás se relaciona con la existencia misma de otro ser humano como tal.

Por esta causa, no puede entenderse que tales desgraciadas afectaciones de la madre constituyan un límite natural o jurídicamente admisible del derecho a la vida del hijo, tanto en razón de la total desvinculación de su derecho con la situación que afecta al titular del otro, como porque mal podría entenderse como limitación natural de un derecho la tendencia a su propia desaparición, pues no se propone en la especie descender en el nivel de cuidado, sino directamente considerar admisible una acción matadora, lo que directamente vulnera los números 1º y 26 del Artículo 19 de la Carta Fundamental. Por el contrario, la admisibilidad de la interrupción del embarazo de alto riesgo no importa una jerarquización de derechos ni la estimación de una competencia disminuida, sino

⁴⁴¹ En palabras del autor Jiménez de Asúa, "La legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla", *vid.* CARLOS ALBERTO BELLATTI, "Causas de Justificación de la Legítima Defensa", <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200305-24551422410341411.html> (sitio consultado en julio de 2009).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

el reconocimiento de un deber médico respecto de ambos pacientes, madre e hijo: asumir médica y terapéuticamente el embarazo de riesgo se encuentra dentro de las facultades y de los deberes del médico que le exigen el Derecho de ordinario. No hacerlo podría constituirse en una acción que alcanzaría hasta responsabilidades penales de su parte por una negligencia inexcusable o incluso por dolo manifiesto.

Ante tales circunstancias, el médico aplica las medidas que la *lex artis* indica, entre las que se puede considerar la interrupción del embarazo como *ultima ratio*⁴⁴², pero, como es obvio, no con el propósito de privilegiar a uno de los pacientes en desmedro del otro sino procurando realizar una acción salvadora de ambos. Tal posibilidad es plenamente ajustada al Derecho vigente y no se traduce en decisiones que importen conflictos de derechos, sino en la prestación médica

⁴⁴² “Interrupción del embarazo: Se define como la terminación del embarazo sin esperar el inicio espontáneo del trabajo de parto o aborto. Para realizar la interrupción del embarazo se utilizan diversas técnicas médico-quirúrgicas que varían según la edad gestacional, viabilidad y vitalidad fetal, cicatrices uterinas y condiciones cervicales. Más importante que el método elegido es, sin embargo, que la decisión de interrupción esté bien fundamentada. Para ello deben responderse tres interrogantes básicas: / 1. ¿Por qué interrumpir? El por qué interrumpir está condicionado por patologías médicas y obstétricas que determinan morbimortalidad materna o que establecen un ambiente intrauterino hostil que pone en peligro el bienestar fetal. / 2. ¿Cuándo interrumpir? El momento de la interrupción se debe elegir considerando otros elementos: grado de compromiso materno-fetal, edad gestacional y peso del feto, madurez funcional (bioquímica) del pulmón fetal, calidad de la Unidad Neonatal. En muchas ocasiones esta decisión debe ser tomada de urgencia, sin considerar la viabilidad fetal, sino pensando sólo en la salud de la madre. Afortunadamente, esta situación es poco frecuente. La metrorragia masiva, el hígado graso agudo, y la sepsis ovular son patologías que ejemplifican esa situación. 3. ¿Cómo interrumpir? El último punto de este algoritmo es crítico para asegurar el buen resultado materno y perinatal. En muchas ocasiones, elegir equivocadamente la vía de parto puede impedir las ventajas esperadas con la interrupción de un embarazo. Es necesario considerar: presentación fetal, bienestar fetal, estimación de peso fetal, grado de madurez cervical (modificaciones cervicales)/ Es el clínico quien debe juzgar adecuadamente toda la información de que dispone, para decidir la interrupción de la gestación antes del término. Los objetivos finales son obtener un recién nacido en las mejores condiciones posibles, evitando la asfixia y el traumatismo perinatal, y, en ausencia de viabilidad fetal, salvaguardando la salud de la madre”: http://escuela.med.puc.cl/paginas/departamentos/obstetricia/altoriesgo/Interrupcion_embarazo.htm (sitio consultado en julio de 2009).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

debida a los dos pacientes que penden del embarazo en esta situación: la madre y su hijo⁴⁴³.

Ello sin embargo no impide la tramitación de proyectos de ley que buscan la despenalización del aborto terapéutico en nuestro país, invocando entre otras justificaciones, condiciones de protección disminuida del *nasciturus*⁴⁴⁴.

D.2. Protección disminuida de los embriones artificialmente desarrollados

“Las potencialidades de gestar un ser humano mediante fecundación artificial son compartidas por la voluntad de todos los partícipes en la empresa de preparar e implantar un pre-embrión artificialmente cultivado, potencialidades que tienen que ratificarse en la medida que el proceso es exitoso. El cigoto fecundado e incubado en sus primeras fases de desarrollo tiene donantes génicos, pero carece de progenitores, por lo cual es valorado como un producto de laboratorio cuyo destino sólo excepcional y aleatoriamente será la implantación y la viabilidad gestacional. Los embriones supernumerarios son vidas humanas según la postura concepcional, pero no de acuerdo a la visión evolutiva, ya que su desarrollo es incierto e improbable, ni lo son desde el punto de vista relacional, pues no cuentan con personas que han asumido el deseo y la responsabilidad de cuidarlos. Ni siquiera los embriones implantados son considerados como vida humana, ya que en el curso del desarrollo algunos de ellos se perderán, mientras otros serán intencionalmente destruidos en el proceso de selección necesario para hacer prosperar al más viable de ellos... Las técnicas artificiales de fecundación y reproducción fortifican la idea que el comienzo de una vida humana está dado por una decisión relacional en la cual los progenitores asumen y reconocen la existencia de un nuevo ser, por cuyo desarrollo se hacen responsables y cuyos

⁴⁴³ Vid. de la autora: “El aborto terapéutico: un nuevo intento de despenalizar el aborto en el Derecho Chileno”, *Ars Medica* N° 18 2009, pp. 61-91.

⁴⁴⁴ Idem.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

intereses incorporan a su propio proyecto de vida, en forma incondicional e irreversible. Se observa aquí la forma más pura de dar inicio a una vida humana a partir de una voluntad autónoma y una decisión responsable, ilustrando que tanto en la fecundación natural como en la artificial hay un mandato ético de reconocer, asumir y configurar existencialmente el proceso de tener hijos. La antropología y la bioética solicitan que la reproducción humana no esté sometida al automatismo biológico de los animales sino que se consolide como un compromiso relacional”⁴⁴⁵.

El Derecho chileno ha buscado corregir estas situaciones de protección disminuida en la legislación sobre investigación en seres humanos y prohibición de clonación, Ley n° 20.120, publicada en el Diario Oficial de fecha 22 de Septiembre de 2006. En ella se señala lo siguiente:

“Artículo 1°.- Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

“Artículo 3°.- Prohíbese toda práctica eugenésica, salvo la consejería genética”.

“Artículo 6°.- El cultivo de tejidos y órganos sólo procederá con fines de diagnósticos terapéuticos o de investigación científica. En ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos”.

Si bien estas normas son elementos importantes a efectos de fijar pautas de protección en estos casos, ello no ha dado por acabado en Chile el debate sobre la

⁴⁴⁵ MIGUEL KOTTOW: “Bioética del comienzo de la vida ¿cuántas veces comienza la vida humana? Bioética 2001 - vol 9 - n° 2, disponible en http://seer.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/243/243, (sitio consultado en febrero de 2012).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

eventual protección disminuida de estos embriones, toda vez que incluso durante la tramitación de la ley se procuró diferenciar estos mandatos de los que rigieran en una eventual noma de reproducción asistida en el país, ley que aún no ha sido dictada⁴⁴⁶.

D.3. Situaciones de protección disminuida por discapacidad

El siglo XXI ha sido rico en el desarrollo de una normativa que proteja y reconozca los derechos de las personas con discapacidad, las cuales históricamente han sido objeto de abusos, trato peyorativo e incluso apreciaciones sobre tener una vida carente de sentido.

En Chile, además de haberse suscrito y ratificado la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, rige la ley n° 19.284 de Integración Social de Personas con Discapacidad, respecto de la cual es de interés destacar:

“Artículo 4°: El Estado ejecutará programas destinados a las personas discapacitadas, de acuerdo a las características particulares de sus carencias. Para ello, cada programa se diseñará considerando las discapacidades específicas que pretende suplir y determinará los requisitos que deberán cumplir las personas que a ellos postulen, considerando dentro de los criterios de priorización el grado de la discapacidad y el nivel socioeconómico del postulante”.

Entre los referidos programas, se considerarán las llamadas “ayudas técnicas”, que de acuerdo al artículo 5° de la ley, deben entenderse como: “todos aquellos

⁴⁴⁶ Sobre el debate suscitado durante la tramitación de la ley n° 20.120, ver, de la autora, “Legislación relativa al genoma humano en Chile” EN A. SAADA Y D. VALADÉS (coordinadores): *Panorama sobre la Legislación en materia de Genoma Humano en América Latina y El Caribe* (México D.F., Taller del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2006) pp. 147-182.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

elementos necesarios para el tratamiento de la deficiencia o discapacidad, con el objeto de lograr su recuperación o rehabilitación, o para impedir su progresión o derivación en otra discapacidad. Asimismo, se consideran ayudas técnicas las que permiten compensar una o más limitaciones funcionales motrices, sensoriales o cognitivas de la persona con discapacidad, con el propósito de permitirle salvar las barreras de comunicación y movilidad y de posibilitar su plena integración en condiciones de normalidad”.

El Artículo 14 de la ley expresa: “La rehabilitación tiene por finalidad permitir a las personas que presentan una discapacidad física, psíquica o sensorial, que dificulte su integración social, educativa o laboral, mediante el acceso a las prestaciones y servicios oportunos y necesarios, la recuperación de la funcionalidad y su mantenimiento. De no ser posible la completa recuperación, la acción rehabilitadora consistirá en desarrollar sus destrezas funcionales y en dotar de elementos alternativos para compensar dicha discapacidad”.

Sin embargo, tales normativas no impiden que existan situaciones de dificultad y de inferior protección respecto de la vida de estas personas, particularmente porque, a menudo, en las decisiones que corresponde que tomen o que se tomen por ellas, se olvida que ciertas condiciones de dependencia de éstas no excluyen a su respecto consideraciones de posible autonomía⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ “Una interpretación adecuada de los principios y objetivos de la Convención (de derechos de las personas con discapacidad) debe partir de que la condición humana sintetiza dos rasgos aparentemente antagónicos: la autonomía y la dependencia. Por ello, la mención a la independencia personal [art. 3.a)] debe ser entendida como interdependencia reflexiva, en la que el reconocimiento de la dependencia y su conversión en oportunidad de vida son las claves de la autonomía. Y la mención de la autonomía individual de la persona con discapacidad [art. 3.a)] remite a la capacidad de expresar el carácter personal de la propia vida en sus decisiones y acciones, con conciencia de sus limitaciones y de la necesidad de servicios y sistemas de apoyo, personales y materiales, que posibiliten el ejercicio de sus capacidades y derechos, así como la inclusión y la participación plenas y efectivas en la comunidad en igualdad de condiciones (arts. 1, 3, 9, 12, 19)”: NATALIA ÁLVAREZ LATA Y JOSE ANTONIO SEOANE, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 24, enero-diciembre 2010, p. 22.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

a) Niños y adolescentes con discapacidad

No puede negarse que muchos casos de discapacidad, sobre todo intelectual, en niños y adolescentes, en especial los más severos y profundos, privan a estas personas de la posibilidad de intervenir o de decidir directamente en lo suyo, aun utilizando criterios finos de determinación de competencia. Surge entonces uno de los grandes temas biojurídicos en torno a estas situaciones: la necesidad de determinar quién y cómo se decide en representación de estas personas, particularmente en aspectos tan importantes como su salud o su vida.

Si bien el Derecho de cada Estado, y Chile no es la excepción, establece la prelación de quiénes son llamados a la guarda del incapaz, lo que en nuestro caso referirá normalmente a los padres, no es sin embargo tan claro para establecer los criterios o lineamientos con que han de conducirse en el cómo tomar decisiones por estas personas⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ *Ibíd*em, p. 34: “La inherencia característica de los derechos y actos personalísimos conlleva necesariamente la premisa de que su ejercicio es competencia del titular, y por ello se debe desvincular la incapacitación del ejercicio de los derechos más personales. El incapacitado como titular de sus derechos puede ejercitarlos si para el acto concreto posee capacidad suficiente para entender y querer los efectos del acto, esto es, capacidad natural, sin que la declaración de incapacitación sea óbice para dicho ejercicio. Atribuir la titularidad sin conceder la posibilidad de ejercitarlos significaría no sólo no reconocer la capacidad jurídica, sino además negar la propia subjetividad de los derechos”. Al efecto, debe tenerse presente que en Chile no existen normas legales sobre el consentimiento del menor respecto de decisiones médicas, pues si bien en el proyecto original de la ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, ley n° 20.584, había normas sobre consentimiento de menores de edad, éstas fueron eliminadas durante la tramitación del proyecto. Ésta es la causa probable de que se confunda la guarda o representación general del menor, con la posibilidad de tomar decisiones médicas respecto de él, lo cual en otros ordenamientos jurídicos se halla perfectamente diferenciado, como se hace en el Derecho español: “únicamente cuando la ley o la sentencia de incapacitación lo facultan para la realización de un acto en concreto podrá el incapacitado llevarlo a cabo. Lo señalado puede ser cierto para el ámbito patrimonial, dada la amplitud con la que se expresa el artículo 1263 CC, pero no ha de proyectarse al ámbito personal, en donde el incapacitado conserva su capacidad de obrar. Por otro lado, el citado artículo 267 CC, que delimita el ámbito de representación del tutor para los actos que el incapacitado no pueda realizar por sí solo, «ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación», sólo aparentemente puede alzarse en argumento de esta interpretación, en la medida en que la propia doctrina excluye su operatividad en la esfera personal, puesto que no puede hablarse de representación en este ámbito. Tampoco se puede utilizar como justificación de esta postura el

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

La problemática radica en distinguir, por una parte, los intereses del representante que podrían entrar en conflicto con los intereses del niño o adolescente con discapacidad intelectual y, por la otra, establecer si los derechos que ejerce el representante son todos aquéllos que hubiera ejercido el representado o un grupo de éstos, precisamente en aras de determinar el interés de éste.

Los criterios utilizados en la jurisprudencia norteamericana acerca de cómo deben de ser tomadas las decisiones en pacientes incapaces son tres: el criterio subjetivo, el criterio del juicio sustitutivo y el criterio del mayor beneficio. Reseñados en este orden presentan, de mayor a menor, la probabilidad de reproducir fielmente la decisión que el propio paciente incapaz tomaría si pudiese⁴⁴⁹.

Estos criterios importan diversos grados de dificultad y de riesgo para la persona incapaz, pues mientras el criterio subjetivo identifica el interés o la valoración del representante sobre las situaciones, unificando su propio parecer con el del representado, el segundo –juicio sustitutivo– procura definir lo que el representado hubiera querido o hubiera hecho en una situación determinada. Si bien esa forma de proceder podría tener un cierto grado de lógica en personas con discapacidad sobrevenida, difícilmente contribuye a solucionar el problema de la representación en personas que no han podido nunca manifestar voluntad y que, como se ha dicho, presentan un grado de vulnerabilidad muy alto: “Dado que muchas personas no han proporcionado argumentos serios acerca de cómo desearían ser tratados, los sustitutos no tienen una guía segura para realizar un

argumento de que la incapacitación instaure la presunción de incapacidad natural del sometido a ella. El juego de esta presunción sería en todo caso *iuris tantum* y no impediría —aunque sí dificultaría— que, ante la prueba de la existencia de juicio en el incapacitado, éste ejercitara válidamente los derechos que por su condición de incapacitado la ley o la sentencia no le vetan”: Ibídem, p. 35.

⁴⁴⁹ INÉS M^a BARRIO CANTALEJO Y PABLO SIMÓN LORDA: “Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida de personas incapaces” en *Rev. Esp. Salud Pública* v.80 n.4 Madrid jul/ago. 2006, http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272006000400002&lng=&nrm=iso&tlng=, sitio consultado en enero de 2012).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

juicio sustitutivo. Más aún, algunos pacientes no han sido nunca capaces. En estas situaciones, los sustitutos serán incapaces de realizar un juicio sustitutivo válido; en su lugar, deben de intentar elegir para el paciente aquella opción que constituya su mejor interés, según criterios objetivos, socialmente consensuados. Por lo tanto el criterio del mejor interés no se fundamenta en el valor de la autodeterminación, sino exclusivamente en la protección del bienestar del paciente. El sustituto deberá de tener en cuenta factores como el alivio del sufrimiento, la preservación o la restauración de la funcionalidad, la calidad y la duración de la vida”⁴⁵⁰.

La premisa consignada es de vital importancia en el tratamiento del niño o adolescente con discapacidad intelectual. Resulta extremadamente difícil, cuando se requiere, interpretar lo que el niño o adolescente desearía, si está además imposibilitado de comunicarse por otras dolencias o si su discapacidad es profunda. Allí surge en estricto rigor la necesidad de acudir al criterio del mejor interés de la persona con discapacidad intelectual, que no es el interés de sus padres o guardadores sino el suyo propio, considerando objetivamente su bien, principio que ha de relacionarse necesariamente con lo establecido en el punto 3.1 de la Convención de derechos del niño: “En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”... de este modo, “es posible afirmar

⁴⁵⁰ D.A. JACOB.: “Family Members' Experiences with Decision Making for Incompetent Patients in the ICU: A Qualitative Study”. *Am J Crit Care*. 1987(1): 30-6.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior"⁴⁵¹.

Esta opción contribuye a responder las preguntas que hacíamos al principio: el interés del niño o adolescente con discapacidad intelectual no es necesariamente el mismo de su guardador y, para buscar el primero, es indispensable situarse objetivamente en la esfera o ámbito de mayor protección de la integridad o derechos del sujeto representado, no en la perspectiva individual o presuntiva del representante. Ello, necesariamente, entonces redundará en que el conjunto de derechos que ejerce el representante no tendrá la envergadura ni entidad del conjunto de derechos que el representado hubiera podido ejercer si fuera capaz, ya que hay una serie de manifestaciones de la autonomía individual, como por ejemplo el rechazo al tratamiento médico, que no pueden decidirse respecto del incapaz salvo cuando se trate de medidas claramente desproporcionadas⁴⁵².

b) Situación de los ancianos y su asociación con la discapacidad y la dependencia. Un caso oculto de protección disminuida

El autor Francis Fukuyama, en su obra "La Era posthumana"⁴⁵³ ha hecho una descripción notable de la situación de los ancianos en la era postmoderna,

⁴⁵¹ Vid. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ: *El interés del menor* (Madrid, Dykinson, 2007) y MIGUEL CILLERO BRUÑOL: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre Los Derechos Del Niño", <http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>, (texto consultado en enero de 2012).

⁴⁵² Vid., de la autora, "La situación biojurídica de los niños y adolescentes con discapacidad intelectual", *Ars Medica* N° 16 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008) pp. 69-91.

⁴⁵³ FRANCIS FUKUYAMA: *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution* (New York, Farrar, Strauss and Giroux, 2002), traducido impropriadamente, a nuestro

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

viviendo más, pero enormemente abandonados: “El aumento de la esperanza de vida no es sino parte del fenómeno que han experimentado las poblaciones de los países desarrollados a finales del siglo XX. El otro factor primordial ha sido el descenso drástico de los índices de fertilidad (es decir, el número medio de hijos que tiene una mujer en el transcurso de su vida) de entre 1,1 y 1,5, muy por debajo del índice de reemplazo, de alrededor de 2,2. La combinación de descenso de las tasas de natalidad y el aumento de la esperanza de vida ha alterado en forma drástica la distribución de la edad en los países desarrollados... Si bien, numerosos adelantos médicos han aumentado la calidad de vida de las personas mayores, otros muchos han tenido el efecto contrario, al prolongar tan sólo un aspecto de la vida y potenciar otro factor como es la dependencia... El período que la mayoría de las personas alcanza a los ochenta años, cuando sus capacidades declinan y vuelven paulatinamente a un estado de dependencia semejante al de la infancia, es la etapa que la sociedad preferiría no tener en cuenta –y sobre todo no experimentarla– porque atenta contra los ideales de autonomía personal que en general tanto se valoran... Un aumento vertiginoso del número de personas encuadradas (en esta categoría) podría catalogarse como “la posibilidad del asilo de ancianos nacional”: la gente llegaría a los ciento cincuenta años, pero pasarían los últimos cincuenta en un estado de dependencia infantil, a cargo de personas que los cuidasen”⁴⁵⁴.

Tal dependencia, que se acrecienta en la medida que aumentan las posibilidades de extender la vida, implica sin duda apoyarse en las generaciones más jóvenes, las cuales, al decir de Fukuyama, deben hacerse cargo de ancianos a edades en las que tradicionalmente el individuo ya estaba libre de la crianza de sus hijos y con sus padres ya muertos. Ello representa una dificultad adicional para los ancianos, su eventual transformación en una *carga*: “En el postmodernismo occidental, con

juicio, como *El fin del Hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica* (Barcelona, Sine Qua Non, 2002, 1ª. Edición).

⁴⁵⁴ Idem, pp. 107 y ss.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

su marcado énfasis en el “juvenilismo”, ser viejo se ha convertido en un estorbo, en un lastre, en una incomodidad que desafía el progreso de la ciencia y amenaza el bienestar social... La vejez, en nuestras sociedades, se caracteriza por irreversibles pérdidas, por soledad, por abandono. Es, de cierto modo, morir sin desaparecer, perder prestigio, dinero, poder. Encontrar que, de súbito, la obsecuencia de antaño se ha tornado indiferencia o antagonismo”⁴⁵⁵.

En dicho contexto, el problema de los derechos de los ancianos se hace acucioso. No se trata de grupos con capacidades físicas ni de asociación ni de reunión real, sus derechos a menudo no pueden o son escasamente ejercidos por sus titulares, la voluntad y el consentimiento de sus miembros se hallan condicionados a los de otros, las herramientas legales se agotan a menudo en medidas o prestaciones previsionales, hay una cierta indignidad tácita y aceptada en el tratamiento de los ancianos, un deterioro ya no sólo de sus expectativas de *autovalencia* sino de respeto y consideración, son a menudo internados o institucionalizados sin que se encuentren en estado de incompetencia mental, carecen de recursos propios o son escasos, no tienen destino, no tienen futuro, no son relevantes para la productividad del país ni para el sostén de sus familias, por el contrario, son un gasto creciente y su horizonte es desolador.

No cabe duda que lo anterior no se aplica al ciento por ciento de los ancianos, pero sí se hace amargamente presente respecto de muchos de ellos, a menudo combinado con pobreza, falta de herramientas sociales de los Estados en los que viven y un generalizado abandono.

A ello cooperan tres elementos que aparecen entrelazados entre sí, en perjuicio de la situación de las personas “de la tercera edad”: la falta de rigurosidad con la cual el Derecho define lo que se entiende por *incapacidad civil*, situación que

⁴⁵⁵ FERNANDO LOLAS STEPKE: *Escritos sobre vejez, envejecimiento y muerte* (Iquique, Universidad Arturo Prat, 2002) pp. 47 y ss.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

prácticamente se aplica a todas las personas que padecen problemas mentales, sin distinción de la naturaleza de ésta, de sus causas, o incluso de si se trata de enfermedades o de deterioro producto de la sola vejez; la confusión entre la incapacidad psicológica del sujeto y su incapacidad física, lo cual a menudo transforma a los ancianos en personas que se presumen imposibilitadas de tomar decisiones propias porque no son *autovalentes*, en muchos casos, físicamente⁴⁵⁶ y, finalmente, lo difícil que en Bioética resulta cumplir con el principio de equidad tratándose del colectivo o grupo ancianos, respecto del que sus miembros a menudo lo único que tienen en común es pertenecer a un determinado grupo etario, presentando realidades tremendamente diversas de acuerdo a su preparación y capacidad intelectual, recursos económicos, situación social, etc., de modo tal que el tratamiento mismo del paciente anciano supone igualaciones forzadas entre personas diferentes, con sensibilidades y realidades diversas⁴⁵⁷.

Esta situación particularmente se evidencia al estudiar la situación del consentimiento informado en pacientes ancianos o la dimensión de la relación médico-paciente aplicada a ellos, lo cual significa muchas veces presumirlos incapaces de entender la información, o en una especie de minoría de edad ante sus familias, o sin voluntad propia relevante, no importa cuál sea *en realidad* su estado. La realidad es que respecto de estos pacientes es indispensable distinguir

⁴⁵⁶ Frente a este tipo de prejuicios, el artículo 25 de la Carta Europea de Derechos Humanos de la Unión Europea establece que: "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural".

⁴⁵⁷ "La Constitución de la República Portuguesa (arts. 51, 64 y 72) ofrece un amplio tratamiento del tema desde el constitucionalismo social, al reconocer al anciano como sujeto de derecho propio. La normativa abarca dimensiones esenciales para la vida del anciano, tales como la salud, la vivienda, el ocio y la educación. También el aspecto prestacional está garantizado. Pero el anciano no es tomado únicamente desde esta óptica, sino desde una perspectiva integral que comprende todo el conjunto de necesidades inherentes a su persona. Cumpliéndose así "el principio supremo de justicia, (...) de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convertirse de individuo en persona, en otras palabras, 'personalizarse'. En definitiva, se reconoce al anciano en tanto persona, en tanto ser que efectivamente ocupa un lugar dentro del cual vive y se comunica con otros en pie de igualdad": MARIA ISOLINA DABOVE CARAMUTO ET AL, "Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos", *La Ley*, LXXII, (118), 2008, pp. 1-4.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

la autonomía funcional de la autonomía decisoria, pues aun estando muy dañada o deteriorada la primera, si la segunda es verificable, no hará falta un representante en la toma de decisiones médicas atinentes a ella, pues se tratará de un paciente competente para tomarlas⁴⁵⁸.

b.1. El modelo jurídico tradicional versus la medición científica de la capacidad del paciente

La primera dificultad denunciada, esto es, la falta de distinción científica entre la incapacidad civil y la auténtica incompetencia de ciertos pacientes ancianos, es probablemente uno de los grandes desafíos del Bioderecho en relación con el importantísimo tema del consentimiento.

En efecto, el ordenamiento jurídico tradicional “en total desconocimiento de los avances de la ciencia médica en el ámbito de la psiquiatría... alude al “demente”, el que por encontrarse “en estado habitual de demencia” aun cuando tenga “intervalos lúcidos”, es privado de la administración de sus bienes... El interdicto pasa a ser un incapaz frente al derecho y debe necesariamente actuar asistido por su guardador o curador: En estos casos, se entrega al guardador o curador no sólo la administración de los bienes, sino también el cuidado y la protección personal del interdicto”⁴⁵⁹. Precisamente por causa del enfoque prevalentemente patrimonial de la inhabilitación, se producen contrastes entre esta institución y los principios constitucionales de libertad, dignidad y privacidad⁴⁶⁰.

Tal postura del Derecho chileno se aparta absolutamente de la concepción mucho más rica y más fina sobre qué circunstancias nos permiten sostener que estamos

⁴⁵⁸ Vid. JOSE ANTONIO SEOANE: “*Las autonomías del paciente*” (citado).

⁴⁵⁹ LAURA RUEDA Y ANGÉLICA SOTOMAYOR: “Bioética y discapacidad psiquiátrica: Aspectos clínicos y jurídicos” en PATRICIA SOROKIN (coordinadora), *Bioética: entre utopías y desarraigos* (Buenos Aires, Ad – Hoc, 2002) p. 326.

⁴⁶⁰ EMANUELE CALÓ: *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad* (Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1999) p. 153.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

en presencia de una persona capaz y, *a contrario sensu*, de una incapaz, que pueden proporcionar teorías jurídicas no extremas, como las ya citadas en el Derecho español, y la visión de la Bioética: “Entendemos por capacidad aquel estado psicológico empírico en que podemos afirmar que la decisión que toma un sujeto es expresión real de su propia identidad individual, esto es, de su autonomía moral personal”⁴⁶¹.

Tal determinación de la capacidad, en mucho mayor medida basada en una reflexión científica, ha implicado la creación de tests como el de Roth, Meisel y Lidz en 1977⁴⁶², los trabajos de Appelbaum y Roth entre 1979 y 1982⁴⁶³ y los sistemas de “escala móvil” a partir del trabajo de James Drane en 1985. Se puede destacar como resultados notables de estos trabajos, que en el nivel de las decisiones de consentimiento de acciones médicas que permiten diagnosticar y/ o tratar enfermedades adecuadamente, con seguridad y rapidez, y las de rechazo de aquellas medidas de probada ineficacia, resultan competentes, es decir, capaces de prestar consentimiento por sí mismos, pacientes con demencia senil suave⁴⁶⁴, sin perjuicio de señalar que las categorías producto de estas investigaciones deben ser actualizadas de acuerdo a los progresos en el estudio de los padecimientos mentales de que se da cuenta en la CIE-10 o el DSM-IV.

⁴⁶¹ PABLO SIMÓN LORDA: “La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas” en LIDIA FEYTO GRANDE (Editora): *Estudios de Bioética* (Universidad Carlos III (Madrid). Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, 1997) p. 120.

⁴⁶² L.H. ROTH, A. MEISEL, C.W. LIDZ: “Tests of competency to consent to treatment”, *Am J Psychiatry*. 1977 Mar; 134(3), pp. 279-84.

⁴⁶³ P. S. APPELBAUM; L.H. ROTH: “Clinical Issues in the Assessment of Competency”, *Am. J. Psychiatry*, 1981, 138 (11), pp. 1462-7; P. S. APPELBAUM; L.H. ROTH: “Competency to Consent to Research: a Psychiatric Overview”, *Arch. Gen. Psychiatry*, 1982, 39, pp. 951-8.

⁴⁶⁴ Aludimos al Nivel I de la Escala Móvil de Capacidad de Drane, explicado detalladamente por su propio autor en JAMES DRANE: “Las múltiples caras de la competencia: a mayor riesgo, criterios más estrictos” en AZUCENA COUCEIRO (editora), *Bioética para Clínicos* (Madrid, Editorial Triacastela, 1999) pp. 163 – 176.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

De ello, resulta evidente que las pérdidas de memoria propias de la senectud o incluso la demencia senil leve o los primeros estadios del mal de Alzheimer no transforman de suyo a un individuo en incapaz, si seguimos criterios más estrictos que los de la ley civil, más aún, si tales personas son capaces de consentir en amplios espacios en que conservan autonomía de sus decisiones.

b.2. Deterioro físico e incompetencia

Estas realidades deben ser complementadas con la segunda situación que mencionábamos a propósito de la competencia del paciente anciano, la cual si bien para un científico puede parecer evidente, en el trato social del que son víctimas estos pacientes no lo es tanto: el hecho que se encuentren deteriorados físicamente, quizás postrados, impedidos de controlar sus miembros o sus esfínteres, debilitados, necesitados en gran medida de realizar funciones tan básicas como lavarse, peinarse o comer con ayuda de otros, no transforma a los ancianos en pacientes incompetentes sino en pacientes extremadamente vulnerables, que requieren una protección especial⁴⁶⁵. Tal necesaria distinción

⁴⁶⁵ En algunas normas del Derecho Comparado se evidencia la preocupación por distinguir exactamente la naturaleza y los efectos de la incompetencia del paciente, como es el caso de la legislación de Florida, en la cual la Corte debe “comprobar la exacta naturaleza y el alcance de la incapacidad del sujeto; los precisos campos en los cuales al sujeto le falta la capacidad para tomar decisiones conscientes acerca de su cura y tratamiento o para llenar los requisitos esenciales para comprobar la existencia de salud física y mental y para su seguridad; las específicas incapacidades jurídicas padecidas por la persona y los específicos derechos que la persona sea incapaz de ejercer”: Citada por EMANUELE CALÓ, Ob. Cit. pp. 169 – 170. Tal cosa, entre otros efectos provechosos, implica evitar confundir la minusvalía física con la incompetencia mental. En el caso del Derecho Español, se establece un *sistema de incapacitación* y el principio de pluralidad de guarda legal (art. 215 CC), “que instaura un sistema basado en la diversidad de la guarda de acuerdo precisamente con la diversidad de la incapacidad de la persona, palpable para los incapacitados en el artículo 200 CC. Así, frente a la tutela (o la prórroga o rehabilitación de la patria potestad), modelo de sustitución por excelencia, en el que el tutor representa al incapacitado, administra su patrimonio y también vela por él, se plantea la opción de la curatela, a la que el CC dedica unos pocos preceptos, en una asimetría normativa que augura su carácter residual. Frente a la incapacitación como única opción, la ley propone entonces dos posibilidades: la tutela y la curatela (mal llamadas incapacitación total y parcial en la jurisprudencia), que además se regulan dispositivamente en el CC a través de lo que, salvo que otra cosa diga el juez, son las principales atribuciones de dichos cargos. Se trata de modelos poco flexibles, que en principio no se mezclan, sino que se proponen y es el juez quien elige, aunque dentro de cada uno, si el juez quisiera, se podría definir muy ampliamente el estatuto para cada persona. Pero lo cierto es que no hay una

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

constituye una segunda importante paradoja en cuanto al tratamiento del paciente anciano, pues si bien se ha avanzado notablemente en el mundo en las regulaciones jurídicas del internamiento, previo proceso de incapacitación o no, de pacientes psiquiátricos, en el caso del anciano a menudo basta que la familia declare que no es autovalente y que no están en condiciones de hacerse cargo de él o que prefieren que tal cosa sea asumida por una institución, para que pase a un internamiento permanente sin haber mediado normalmente reflexión alguna sobre su competencia jurídica o su decisión, o directamente, habiéndose identificado su minusvalía física, su situación misma de *vejez*, con la incompetencia mental.

b.3. Equidad y el paciente anciano

Finalmente, en este punto, el principio de equidad aplicado a los pacientes representa severas dificultades a propósito de los ancianos, particularmente habida consideración de los criterios de agrupación de éstos, puesto que “la vejez carece de límites, excepto el de la muerte y varía no sólo de un individuo a otro, sino según la posición económica y social, así como de acuerdo a las expectativas culturales y sociales”⁴⁶⁶. No es posible establecer demasiadas líneas comunes entre los ancianos, la postración extrema de algunos perjudica a otros al agruparlos con los primeros, la autosuficiencia de los segundos puede llevar al abandono de los que no la comparten, las situaciones de salud mental y física son diversas y van siendo cada vez más individuales en la medida que la prolongación de la vida aumenta y, más aún, muchas de las enfermedades que padecen las

suerte de fórmula mixta en la que el juez diseñe un «traje a medida» (mezcla de asistencia, administración e incluso representación), a pesar de que puede ocurrir en la práctica y de que ha sido propuesto desde hace tiempo en nuestra doctrina”: NATALIA ÁLVAREZ LATA Y JOSÉ ANTONIO SEOANE: Ob. Cit, p. 30.

⁴⁶⁶ ALBERTO AMOR VILLALPANDO Y PORFIRIO SÁNCHEZ GRANADOS: “Atención del paciente anciano” en JORGE LUÍS HERNÁNDEZ ARRIAGA: *Bioética General* (México D.F, Editorial El Manual Moderno, 2002) p. 237, citando al autor norteamericano Marc Fried.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

personas de la tercera edad no tienen su causa en la vejez sino en situaciones tempranas, pero se manifiestan más marcadamente con el paso de los años.

Tal cosa se ve agravada por la falta de una concepción universal acerca de quiénes pueden ser encasillados o categorizados como ancianos: incluso de un país a otro y de un documento internacional a otro difieren los rangos etarios, ya que muchos de ellos se calculan de acuerdo al promedio de vida de la población de ese lugar, el cual difiere también de acuerdo a la situación local. De este modo, asistimos en la materia a confusiones variadas: No existe un criterio común para considerar quiénes son estrictamente “ancianos” o “personas de la tercera edad”; los padecimientos de los ancianos no son necesariamente asimilables entre sí, por lo cual resulta muy complejo agrupar estas dolencias o circunscribirlas frente a la figura del anciano como paciente; la ancianidad no produce necesariamente deterioros graves físicos y mentales en un mismo tiempo de vida, ni éstos se manifiestan del mismo modo, por lo cual calificar a priori a personas de edad avanzada como incompetentes parcial o totalmente es un error gravísimo, que conduce a injusticias y a gravísimas faltas a sus derechos; y, por último, la calificación de competencia del paciente anciano no puede ser hecha en función de los recursos con los que cuenta o de la disposición de terceros a cuidarlo, sino de su propia individualidad⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ En ese sentido, es fundamental aplicar el principio de resguardo de las personas débiles o vulnerables no sólo a los niños y a los pacientes psiquiátricos, sino también a los ancianos, porque resultan ser un grupo de alto riesgo en cuanto a ser tratados como incompetentes sin serlo, por el solo de depender físicamente de otros, de no tener recursos o de haberse convertido en laboralmente improductivos. Incluso más, en los casos de auténtica incapacidad mental, procede ser muy estrictos en la consideración, a su respecto, del principio de resguardo del mejor interés del incapaz, el que mira al enfermo más que a sus guardadores. Sobre el tema, *vid.* VIVIANA GARCÍA LLERENA: “El mayor interés del incapaz como criterio para la toma de decisiones médico – sanitarias. Una visión panorámica de las nuevas orientaciones en el Derecho comparado” en *Boletín Científico de la Asociación Chilena de Seguridad* año 3 número 5 – 6, junio/ diciembre 2001 pp. 26 – 36: “mi posición es netamente favorable al criterio del mayor interés, porque no descarta el valor de la voluntad del paciente, sino que la toma en cuenta, pero apreciándola conjuntamente con otras circunstancias, porque además es objetivo, es mudable, flexible; y porque se fundamenta en el mismo principio que rige en general a todos los sistemas de guarda. Si la sujeción de una persona a un sistema institucionalizado de protección se efectúa siempre en beneficio del protegido, este mismo principio debe regir, a mi juicio, la actuación del curador y de los jueces también en el ámbito sanitario” (p. 34).

b.4. El derecho a la calidad de vida y las razones de suspensión de tratamientos

Probablemente una de las conjunciones más interesantes que se han producido los últimos años entre las ciencias de la salud, la ética y la economía, ha sido la construcción del término *calidad de vida*⁴⁶⁸.

Dicho concepto, al que otros autores llaman “buena vida”⁴⁶⁹, es abordado desde tres diferentes perspectivas: experiencia consciente de bienestar; satisfacción de necesidades, de acuerdo a los deseos o preferencias de las personas, y realización de ideales específicos, particularmente normativos. Sin embargo, los grandes esfuerzos, particularmente en la perspectiva de la Bioética sobre la calidad de vida, han procurado objetivar este término, sosteniendo que pueden realizarse juicios sobre la calidad de vida teniendo por base una intersubjetividad observable, hechos materiales acerca de una persona referidos a su mente, su cuerpo, sus capacidades funcionales y su ambiente, junto con una evaluación socialmente compartida de éstos⁴⁷⁰.

Lo cierto es que una noción total de la “buena vida” de una persona no se reduce a una sola propiedad como la felicidad o la satisfacción de sus preferencias, debe

⁴⁶⁸ “Percepción de un individuo de su situación en la vida, en el contexto de su cultura y el sistema de valores en el que vive, y en relación a sus objetivos, expectativas, estándares y preocupaciones. Es un concepto muy amplio que incorpora de forma compleja la salud física de las personas, su estado psicológico, su nivel de independencia, sus relaciones sociales, sus creencias personales y su relación con los rasgos más característicos de su entorno”: Definición dada en el proyecto *World Health Organization Quality of Life*, auspiciado por la OMS, citado en MARGARITA BOLADERAS CUCURELLA, “Calidad de vida y principios bioéticos”, AAVV, *Bioética y Calidad de Vida* (Santa Fé de Bogotá, Ediciones El Bosque, 2000) p. 34.

⁴⁶⁹ Vid. Al respecto el excelente trabajo de DAN BROCK: “Medidas de la calidad de vida en el cuidado de la salud y la ética médica” en MARTHA NUSSBAUM Y AMARTYA SEN (compiladores), *La Calidad de Vida* (México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1996) pp. 135 – 181.

⁴⁷⁰ Idem, p. 139.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

asignar una ponderación a los diferentes componentes que contribuyen a que esa vida sea buena, aunque esos diferentes componentes no sean plenamente comparables y que por lo tanto sólo se puedan hacer comparaciones parciales entre los diferentes cursos posibles de la vida de una persona⁴⁷¹. Tal cosa, aplicada a las decisiones médicas y al trato que se da al paciente, implica que los juicios sobre la calidad de vida adecuados para las decisiones acerca de los tratamientos que mantienen la vida, ya sea que las tome un paciente competente o el representante de un paciente incompetente, deben en consecuencia evaluar la forma en que las condiciones de vida del paciente afectan el valor de la vida para éste⁴⁷².

Este tipo de juicios de calidad de vida, sin embargo, son extremadamente difíciles de efectuar respecto de pacientes ancianos, pese a que los documentos y declaraciones que hemos mencionado insisten en el reconocimiento de la dignidad de éstos y en su derecho a una calidad de vida. Las razones por las cuales sucede tal problema, a nuestro juicio, son las siguientes:

Primero, existe una suerte de “conciencia social” acerca de la vida del anciano como subvalorada y decaída. Le queda menos tiempo que a los individuos más jóvenes, ha ido perdiendo capacidades, ya no trabaja, no puede tomar una serie de decisiones porque depende de otros. No se trata de un tipo de vida *deseable* para los demás. Tal cosa induce a hacer ciertos juicios de valor a priori sobre las personas ancianas y ello puede significar, de parte de sus familias o guardadores, la suspensión o el rechazo de tratamientos médicos basados en no mantener una vida que a su visión exterior no tiene sentido o valor. Rara vez el anciano tiene la posibilidad de opinar o de aportar su visión sobre la calidad de su vida y sobre qué podría mejorarla, si cabe.

⁴⁷¹ Idem, p. 140.

⁴⁷² Idem, p. 146.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Sumado a lo anterior, las sociedades que tienen recursos escasos, y que, en consecuencia, se ven obligadas a una jerarquización de ellos normalmente estiman que los ancianos son la última fila de los pacientes en grado de importancia. Puesto que la vida de ellos se encuentra disminuida, subvalorada, del mismo modo decrece su importancia y su prioridad para obtener prestaciones de salud, por lo cual se agrega a la vulnerabilidad propia de la ancianidad un segundo elemento de desmedro que es la pobreza, la imposibilidad de acceso a ciertas prestaciones porque no deben ser *malgastadas* en ancianos. Si bien esa situación libera a los ancianos de los países pobres del riesgo de encarnizamiento terapéutico, los pone al borde de la eutanasia social que trataremos en el punto siguiente.

Finalmente, digamos que el concepto mismo de “calidad de vida” implica asociar, con un cierto grado de objetivación, la autodeterminación con el bienestar, puesto que se reconoce al sujeto la autonomía en una serie de decisiones y su calificación de “desproporcionadas” o no precisamente de acuerdo a parámetros personales y sociales de calidad de vida, que le permite hasta cierto punto subjetivar qué se entiende por cumplimiento del principio de beneficencia a su respecto⁴⁷³.

La relevancia, ya comentada, del principio de autonomía en esta perspectiva puede significar respecto de los pacientes ancianos distorsiones en un doble sentido: el primero es que ciertas decisiones suyas sobre rechazo de tratamientos sean consideradas como autónomas y libres, cuando son efecto en realidad de la

⁴⁷³ “La tercera nota que ha de cumplir la bioética actual es ser autónoma, no heterónoma... Las éticas autónomas consideran que el criterio de moralidad no puede ser otro que el propio ser humano. Es la razón humana la que se constituye en norma de moralidad, y por ello mismo en tribunal inapelable: eso es lo que se denomina “conciencia” y “voz de la conciencia”... El bien no es independiente de la autonomía de las personas, ya que unas consideran bueno lo que para otras es malo, y todas coinciden en afirmar que la realización del bien ha de contar con la aceptación de aquél a quien se hace. Por lo tanto, el principio de beneficencia es inseparable del principio de autonomía. No hay beneficencia sin autonomía”: DIEGO GRACIA, “Planteamiento general de la bioética” en AZUCENA, COUCEIRO, *Bioética para clínicos* (citado), pp. 27 y 29.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

presión o de un estado de abandono, y habida consideración de la “mala calidad” presunta de sus vidas, se les dé pleno cumplimiento sin escudriñar si se trata de una voluntad real o no, condicionada o no; el segundo, *a contrario sensu*, que presumiendo la incompetencia del paciente anciano, las decisiones sobre rechazo de tratamientos médicos sean tomadas de acuerdo al criterio de proporcionalidad de terceros, mirando la faz objetiva de su calidad de vida, pero sin reparar en los elementos subjetivos del propio paciente, imposibilitado de hacerlos valer.

Sin pretender aplicar un excesivo paternalismo sobre el paciente anciano, la calificada exigencia de cuidado y de protección de sus derechos implica sin duda que los juicios que se hagan sobre su calidad de vida no caigan en los extremos antes mencionados, es decir, presuman que si el anciano decide la suspensión de sus tratamientos ello se debe íntegramente a su voluntad autónoma – particularmente si se halla en una situación de dependencia o de minusvalía que pueda hacernos temer por las presiones que reciba-, o por el contrario, presuman que la voluntad del anciano, por ser tal, es irrelevante, sin constatar si se trata o no de un individuo mentalmente competente. Una vez más, un principio de resguardo de la ancianidad debe operar aquí, garantizando a la persona una decisión autónoma, vigilando que no sea dada sobre situaciones de dependencia que la alteren y garantizado que el consentimiento se preste sin coacciones⁴⁷⁴.

b.5. La dignidad de la muerte y la solicitud de eutanasia en el paciente anciano

Los derechos de los ancianos incluyen una referencia a la vida y al trato digno. Merecen ser respetados y considerados. Sin embargo, como ya se ha explicado, el

⁴⁷⁴ “El consentimiento informado en pacientes ancianos presenta muchos desafíos éticos y jurídicos. La mayoría de los pacientes de edad avanzada son competentes para proporcionar su consentimiento de recibir atención médica. El propósito del consentimiento informado es promover la autonomía, proteger al paciente de un tratamiento no deseado y ayudarlo a tomar las decisiones adecuadas sobre la atención médica de forma que estén correlacionadas con sus valores personales”: YULIA IVASHKOP, GAIL A. VAN NORMANN, “Consentimiento informado y manejo ético del paciente anciano”, *Anesthesiology Clin N Am.* 2009; - vol.27 n° 03, pp. 569-80.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

contenido del concepto “dignidad de la muerte” o “bien morir”, como contrapartida o contracara de la “calidad de vida” o “buena vida” puede tener un sentido equívoco. En efecto, se puede entender que una conducta respeta este principio cuando se cuida, se acompaña, se asiste física, psicológica y espiritualmente al enfermo terminal o al moribundo –tarea en gran medida asumida por los cuidados paliativos-, pero también puede entenderse que en aras de ese objetivo la eutanasia y el suicidio médicamente asistido son soluciones defendibles, demostraciones del interés de un individuo, de un grupo o de la sociedad toda por evitarle al enfermo seguir sufriendo o tener una agonía indigna, atroz.

Cuando tal confrontación de posibilidades se aplica a los ancianos es mucho más evidente: ellos están naturalmente más cerca de la muerte, hay más posibilidades de que las enfermedades que padecen los transformen en pacientes terminales, sus organismos tienen menos resistencia a los embates de las enfermedades.

De allí el temor de las consecuencias de tal realidad: “Una vez legalizado, el suicidio médicamente asistido no queda confinado a aquellos que libremente y conscientemente lo eligen... Porque hay una gran mayoría de candidatos que “merecen” una muerte temprana que no pueden solicitarla por sí mismos. Personas en el llamado estado vegetativo persistente, personas con severas depresiones, enfermedades mentales o demencia; niños deformes; niños con retardos o en situación de agonía –todos son incapaces de requerir morir pero son igualmente designados para una nueva y humana “asistencia en el morir”⁴⁷⁵, lo cual representa la posibilidad de aplicar a este tema el argumento de pendiente resbaladiza (*slippery slope*), esto es, la posibilidad de que la extrema libertad que implica decidir la propia muerte pueda ser en un momento la expresión de la

⁴⁷⁵ LEON KASS: “I will give no deadly drug. Why doctors must not kill” en KATHLEEN FOLEY & HERBERT HENDIN, *The case against assisted suicide* (Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2002) p. 26.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

máxima indefensión frente a terceros que deciden esa muerte con argumentos misericordiosos, pero suplantando totalmente la voluntad del sujeto, por ausencia de ésta, por imposibilidad para manifestarla o tan sólo por la debilidad de éste⁴⁷⁶.

Más aún, podemos contar con la expresión de voluntad del paciente anciano que pide que se le dé muerte o que se le ayude a suicidarse, pero puede ser que “ese deseo viene impuesto al individuo por unas condiciones muy adversas que le impiden autogobernarse... Así, indefectiblemente, cuando el sujeto pasivo solicita la eutanasia lo que está queriendo decir es que le practiquen la ortotanasia y que eviten el encarnizamiento terapéutico⁴⁷⁷”.

Si tenemos presente que, en muchas situaciones de pacientes ancianos institucionalizados, estas decisiones incluso pasan a ser tomadas ya no por sus familias, sino por funcionarios estatales, que ante todo deben jerarquizar –como ya se ha dicho– recursos públicos, es común que se mezcle irremisiblemente esta pretendida “misericordia” con apreciaciones económicas o de utilidad social, lo cual puede traducirse en una *eutanasia social* directa o indirecta⁴⁷⁸.

De allí que el resguardo que debe considerarse respecto de este tipo de paciente es evitar la disminución de la protección jurídica brindada, ya sea por la vía de

⁴⁷⁶ Why are Dutch physicians performing non voluntary euthanasia? “Low quality of life”, “relatives’ inability to cope”, and “no prospect for improvement” were reasons physicians gave for killing patients without request; pain or suffering was mentioned by only 30 percent”: Idem, p. 27. Vid., en sentido contrario, TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA: *La pendiente resbaladiza. La práctica de la argumentación moral* (Madrid, Plaza y Valdés, Colección *Dilemata*, 2010), obra en la cual la autora destaca que el nombre «pendiente resbaladiza» connotaría el modo en que este tipo de argumentos invoca la imagen de un descenso inexorable, y casi mítico, en cierta dirección supuestamente negativa, que considera falaz: «sin evidencias, sin datos que los respalden, los temores, creencias y prejuicios nunca deberían ocupar el lugar de las razones» (p. 27).

⁴⁷⁷ CHAO TZEE CHENG: “Euthanasia” en *Persona y Derecho* vol. V 1978, pp. 611 – 615. En un modelo jurídico que exija un consentimiento auténtico esta crítica podría salvarse, pero en una visión no diferenciada de la conducta eutanásica podrían darse fuertes posibilidades de arriesgar este tipo de desviaciones.

⁴⁷⁸ Se practica la eutanasia social cuando lo que se pretende es que “la sociedad no tenga que soportar vidas que representen cargas sociales para los demás y/o no contribuyan a mejorar la raza”: Idem, p. 40.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

considerarla depreciada y en consecuencia disponible, o sea porque aun habiendo un estatuto jurídico que permita al paciente válidamente decisiones sobre su vida, no se aplique discriminatoriamente al paciente anciano y/o con discapacidad⁴⁷⁹

E. Recapitulación: justificaciones y debate constitucional

Las justificaciones que se dan en torno al debate constitucional acerca de las situaciones que pueden importar hacer diferenciaciones respecto de los seres humanos en razón de establecer distintos niveles o categorías respecto de la protección del derecho a la vida, pueden resumirse como sigue:

E.1. Exclusiones del concepto de persona respecto de etapas iniciales de la vida humana

Estas exclusiones se centran en la implantación del cigoto en el útero materno, el desarrollo embrionario, las capacidades potenciales del viviente humano, su situación relacional o viabilidad. Tal tipo de argumentos, ya explicados, no niegan que el ser humano ha de gozar de protección desde el inicio de su vida, pero consideran que la entidad de esa protección requiere amerita de dos precisiones:

- i. No sería equiparable a la protección constitucional de la persona como titular de los derechos fundamentales, sino que se reduciría a un interés jurídicamente protegido⁴⁸⁰, pero que no

⁴⁷⁹ Sobre el tema, cfr. De la autora: “Los derechos de los ancianos. Las paradojas bioéticas de la ancianidad en la perspectiva de los derechos de tercera generación”, *Ars Médica* Vol. 4, n° 6 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003) pp. 155 – 179.

⁴⁸⁰ La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que despenalizó el aborto (C-355 de 2006) importa las siguientes premisas: (1) Que la vida es un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, pero que es distinto al derecho a la vida; (2) Que son límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal a) el principio y el derecho fundamental a la dignidad humana, b) el derecho al libre desarrollo de la personalidad, c) el bloque de constitucionalidad (tratados internacionales), y d) la proporcionalidad y la razonabilidad. (3) Que estos límites impiden la penalización absoluta del aborto. El texto completo

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

alcanza a la magnitud del primero. Ello representa la exclusión del *nasciturus* de la condición de persona, razón por la cual respecto de su vida no podría configurarse en realidad una situación asociada con un eventual o real conflicto de derechos, sino que se trataría de examinar las causales legales que habilitarían para disponer de su vida, declinando la protección inicial que el ordenamiento jurídico le ha concedido.

- ii. Aun si se concediera al *nasciturus* la condición de persona, la protección de su vida se efectuaría dentro de los márgenes que la ley prevea a dichos efectos, por lo cual se consideraría que, el legislador podría disminuir la protección de la vida del nuevo ser, en la medida que se privilegien otros derechos o intereses jurídicos, tales como la vida o salud de la madre o el derecho a no nacer⁴⁸¹, respecto de criaturas cuya existencia se

de la sentencia puede encontrarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm> (sitio consultado en febrero de 2012).

⁴⁸¹ De tal concepto emanan la tesis de responsabilidad civil médica asociadas con *wrongful birth* y *wrongful life*: "... el niño, ¿puede demandar a los médicos por el hecho de nacer gravemente discapacitado? Este perjuicio... que alcanzaría todos los sufrimientos, la privación de agrados y placeres, y los gastos de llevar una vida discapacitada es simplemente incommensurable y, en general, su reparación tiende a ser limitada (o rechazada) en el derecho comparado. Este es el caso que ha suscitado más controversias, pues a las objeciones jurídicas (por ejemplo, la ausencia de causalidad entre la negligencia y la discapacidad), se han agregado apasionadas posiciones filosóficas (principalmente de los opositores al aborto, a la eugenesia y a la eutanasia) y una muchas veces tendenciosa utilización de la opinión pública. La razón de estas disputas es una lectura que se puede efectuar de estos casos: si el médico hubiese satisfecho la obligación de información, no es que el niño habría nacido sin malformaciones sino que simplemente no habría nacido, pues los padres habrían optado por el aborto terapéutico y, así, puede sostenerse que el niño demanda reparación por el solo hecho de existir: que vivir es un perjuicio. Pero, como se expondrá, en la casi totalidad de estos casos, lo que el niño demanda y lo que algunas cortes han concedido no es una reparación por el hecho de nacer, sino por el hecho de nacer con una inhabilidad que lo acompañará durante toda su existencia. Así, más que un *perjuicio de nacer* se trata de un *perjuicio de nacer discapacitado*. La evolución del derecho francés sobre la reparación de este daño, desde el célebre fallo *Perruche* puede ser útil para comprender el alcance de estas discusiones": MAURICIO TAPIA, "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho*, Vol. XV, diciembre 2003, p. 75-111. El caso referido fue resuelto por la Corte de Casación Francesa el 17 de noviembre de 2000 y puede encontrarse en: COUR DE CASSATION – ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE. 99-13.701. Arrêt du 17 novembre 2000 (L'arrêt Perruche), en www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm. En síntesis, el caso trata de una mujer embarazada que presentaba síntomas de

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

consideraría indigna, surgimiento o con escasas posibilidades de relacionarse con los otros seres humanos. Esta tesis, a diferencia de la anterior, sí importa una categorización o jerarquización de derechos realizada sea por el legislador de modo apriorístico o por el juez según el caso.

Estas posiciones sin duda han generado un importante debate, en el cual se contraponen los argumentos comentados con doctrina que destaca la identificación del ser humano con el concepto de persona: “Quienes pretenden separar los conceptos «hombre» y «persona» no han considerado a fondo las consecuencias que derivan de ello. Según la concepción tradicional, bien fundamentada filosóficamente, es persona todo individuo de una especie cuyos miembros normales tienen la posibilidad de adquirir conciencia del propio yo y racionalidad. Si sólo fueran personas los seres que disponen actualmente, de hecho, de esas propiedades, sería legítimo matar a un hombre durante el sueño e impedirle despertar, pues mientras duerme no sería persona... Reducir la persona a ciertos estados actuales -conciencia del yo y racionalidad- termina disolviéndola completamente: ya no existe la persona, sino sólo «estados personales de los organismos». Esta doctrina se halla en flagrante contradicción con nuestra intuición espontánea más elemental. Es, incluso, internamente contradictoria, pues los estados personales de conciencia no se pueden describir en absoluto sin

rubéola y que comunica su voluntad, y la de su marido, de interrumpir el embarazo en caso de confirmarse esa enfermedad. A causa de la falta del médico y del laboratorio encargado de efectuar la serología de la rubéola, la mujer se creyó inmunizada y dio nacimiento a un niño con afecciones neurológicas, sensoriales y cardiológicas gravísimas y definitivas. Aparte de las acciones civiles ejercidas por los padres, lo más llamativo fue la conclusión de la Corte sobre los derechos del hijo: “desde el momento que las faltas cometidas por el médico y el laboratorio en la ejecución de los contratos existentes con Madame X... habían impedido a ésta ejercer su opción de interrumpir su embarazo con el fin de evitar el nacimiento de un niño aquejado de una discapacidad, este último puede demandar la reparación de los perjuicios resultantes de esta discapacidad y causado por las faltas referidas”. Esta decisión generó un intenso debate tanto en Francia como en el derecho comparado, el cual puede revisarse en MAURICIO TAPIA; Ob.Cit. Esa resistencia provocó la intervención del legislador mediante la ley N° 2002-303, de 4 de marzo de 2002, que dispone: “Nadie se puede prevaler de un perjuicio del solo hecho de su nacimiento”.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

recurrir a la identidad entre hombre y persona. Cuando alguien dice «yo nací en tal sitio», «yo» no significa nada parecido a conciencia del yo -algo que en el momento del nacimiento no se tiene en absoluto-, sino un ser que era lo que es antes de poder decir «yo». Del mismo modo se expresa la madre al decir a su hijo, ya mayor, «cuando estaba embarazada de ti...». El que la madre considere desde el principio al hijo como persona, como un «tú», es condición para que el hombre alcance posteriormente los estados de conciencia característicos de las personas. Los niños sólo adquieren racionalidad y conciencia del yo por medio del lenguaje. El lenguaje lo aprende, por su parte, porque la madre habla con ellos como seres que ya son personas. La madre sonríe al bebé, y así aprende él a devolverle la sonrisa. Si el hombre fuera tratado como un ser vivo que hay que amaestrar, no como persona, no asimilaría las formas de expresión del ser personal. La personalidad es una constitución esencial, no una cualidad. Y mucho menos un atributo que -a diferencia del ser humano plenamente desarrollado- se adquiera poco a poco. Dado que los individuos normales de la especie *homo sapiens* se revelan como personas por poseer determinadas propiedades, debemos considerar seres personales a todos los individuos de esa especie, incluso a los que todavía no son capaces, no lo son ya o no lo serán nunca de manifestarlos”⁴⁸².

Asimismo, la doctrina opuesta a estas destaca la necesidad de que la vida del *nasciturus* no se deprecie mediante una jerarquización *a priori* del valor de su vida que la considere inferior a otros bienes jurídicos: “No existen en nuestro Ordenamiento Constitucional derechos ilimitados o absolutos, ya que todo derecho está limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses./En caso de que la vida del *nasciturus*, en cuanto bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la CE, entre en conflicto con los derechos a la vida y a la dignidad de la mujer embarazada, produciéndose una confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego, el intérprete constitucional en su labor de

⁴⁸² ROBERT SPAEMANN: “¿Son todos los hombres personas?”, *Cuadernos de Bioética* 31, 3º 1997, pp. 1027-1033.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ponderación debe tratar primero de armonizarlos y en otro caso fijará las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos./ El aborto voluntario, fuera de los supuestos previstos en la Ley no estaría justificado en su despenalización por cuanto impone la libre voluntad de la mujer embarazada impidiendo la vida en gestación sin que estemos en presencia de un grave conflicto entre la pervivencia de los derechos de la mujer y la protección de la vida del feto que no pueda solucionarse de ninguna otra forma más que con la eliminación del *nasciturus*. En otras palabras, sólo cabe reconocer, de acuerdo con la interpretación constitucional, una prevalencia de los derechos de la mujer sobre la vida del *nasciturus* si concurren unas situaciones singulares, excepcionales y tasadas. En caso contrario, admitir una prevalencia incondicional de los derechos de la mujer (.....) supondría la negación de la protección del *nasciturus*, a la que está obligado a garantizar el Estado en cuanto bien jurídico reconocido que encarna la vida como valor central del propio ordenamiento”⁴⁸³.

E.2. Consideraciones de disminución de protección en razón de discapacidad o de ancianidad

Se ha explicado sobradamente que, en la actualidad, los países occidentales han tomado serias opciones y medidas a favor de los colectivos vulnerables, en especial aquellos que reúnen dos o más condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de las personas con discapacidad que además son evidentemente frágiles por su menor edad o por su ancianidad. Tratados y normativas legales protegen los derechos y buscan asegurar un trato deferente y protector respecto de estas personas, pero desgraciadamente ello no impide que, a veces, en la realidad, la

⁴⁸³ Sentencias de 11 de abril de 1985 (Ref. 53/1985) y 3 de junio de 1985 (Ref. 70/1985) del Tribunal Constitucional español, su texto completo puede encontrarse en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053 y http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0070(sitios consultados en abril de 2012).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

protección de su vida sea tratada con menor énfasis o rango de importancia que la que corresponde a personas que no presentan estas características o condiciones.

Los argumentos que explican esta situación, a nuestro juicio, se relacionan, en la perspectiva jurídica, con la interpretación extensa del concepto de representación, particularmente asociado con el ejercicio de los derechos a la vida y a la protección de la salud.

a) La representación y las decisiones de salud

En los países en que no se ha dado un decidido avance en torno a privilegiar los criterios de competencia más que los de capacidad del paciente, como es el caso de Chile, muchas veces se entiende que estas personas, al ser incapaces civiles, pasan a estar representadas por sus guardadores legales y de ello derivan dos consecuencias: la primera, que no se exigen poderes especiales ni se distinguen las extensiones de la representación en materia de derechos fundamentales distantes del ámbito patrimonial, y en segundo término, que muchas veces estas personas no son consultadas ni directamente consideradas en las decisiones que se toman sobre su salud o su vida, sean tales decisiones favorables a la limitación de esfuerzo terapéutico o a la mantención de tratamientos, según el caso⁴⁸⁴.

En tal contexto, si bien se entiende que el representante actúa por el incapaz, muchas veces estas mecánicas generales del Derecho Civil aplicadas en el ámbito biojurídico resultan en decisiones disvaliosas, que no consideran adecuadamente los límites de las competencias del representante ni tampoco las responsabilidades de éste – ni las posibilidades de decisión autónoma del paciente. Así, la protección de la vida y del ámbito de las decisiones sobre la vida puede transformarse, con

⁴⁸⁴ Cfr. JUAN C. SIURANA APARISI: “Ética en las decisiones clínicas ante pacientes incapaces”, *Veritas* Vol. I n° 15 (2006) pp. 223-244. También GLADYS BÓRQUEZ ET AL: “La evaluación de la «capacidad de la persona»: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado”, *Rev Méd Chile* 2004; 132: 1243-1248.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

cierta facilidad, en un campo de decisiones tomadas por terceros y no siempre confrontables ética y jurídicamente con un verdadero resguardo del paciente vulnerable.

Por tales razones, y a efectos de evitar la subjetividad y el potencial daño de los pacientes enfrentados a las decisiones de otros, es menester examinar el concepto mismo de representación en materia de toma de decisiones en salud.

En primer término, es importante destacar que, en esta materia, se examina la representación del paciente porque en forma previa, se ha reconocido que estas decisiones tienen como fundamento *el consentimiento informado* del paciente competente⁴⁸⁵, concepto que se ha desarrollado en contraposición al paternalismo médico y que importa establecer una obligación legal para el personal sanitario estableciendo que toda actuación en el ámbito de la salud precisa el consentimiento libre y voluntario del paciente, una vez que reciba la información y haya valorado las opciones propias del caso⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ La jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo español ha catalogado el consentimiento informado como “un derecho humano fundamental (...). Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”. Y entiende que es “consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia” (SSTS, 1ª, 12 enero 2001, RJ 2001/3; 11 mayo 2001, RJ 2001/6197).

⁴⁸⁶ La Ley 41/2002 española, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica define el consentimiento informado como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud” (artículo 3). Por su parte, la ley chilena n° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, establece en los dos primeros incisos de su artículo 14: “Artículo 14.- Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16./Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10”.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

El problema se plantea cuando el paciente no es capaz de otorgar su consentimiento por presentar alguna incompetencia, ya sea porque se halla comprometida su conciencia, porque no puede manifestar su voluntad o existe un compromiso intelectual importante para formarla. En aquellos casos, como ya se explicaba, algunos ordenamientos tienden a la simplificación buscando sustituir el consentimiento del paciente por el de un representante, nombrado de acuerdo a las reglas comunes de la guarda civil⁴⁸⁷, lo cual representa una serie de dificultades considerables:

a.1) El guardador civil o representante nombrado para efectos netamente patrimoniales de acuerdo a las reglas del Código Civil no por ello goza necesariamente de la representación en decisiones en salud. Es más, se considera en algunas legislaciones que, en tal caso, debiera ser autorizado expresamente para ello,⁴⁸⁸ y tal cosa se identifica con las consideraciones acerca de intereses y habilidades para ejercer tal representación.

⁴⁸⁷ Respecto, por ejemplo, de la internación no voluntaria de pacientes con discapacidad, el artículo letra 25 e) del proyecto de ley referido en la cita anterior expresa: “e) Que el parecer de la persona atendida haya sido tenido en consideración. De no ser posible esto último, se tendrá en cuenta la opinión de su representante legal o, en su defecto, de su apoderado a efectos del tratamiento y, en ausencia de ambos, de la persona más vinculada a él por razón familiar o de hecho”.

⁴⁸⁸ En el Derecho alemán, por ejemplo, los familiares no tienen el poder de decisión, a menos que sean designados como representantes, ya sea por el tribunal tutelar (representante legal) o por un acto del paciente (representante por acto negocial privado): Según el § 1896 I BGB, el tribunal tutelar puede nombrarle un asistente a una persona mayor de edad que no es capaz de regular sus asuntos a causa de una enfermedad física o mental. La ley sobre asistencia entró en vigencia el 1 de enero de 1992 y normó la tutela dirigida a las personas mayores de edad. Se comprende como instrumento de realización de la autodeterminación del enfermo que no es capaz de realizarla él mismo. La diferencia más grande con respecto a la tutela es que el acto judicial de nombramiento del asistente no produce ningún efecto con respecto a la capacidad de contratar. En otras palabras, aun cuando el tribunal tutelar haya nombrado un asistente, el asistido puede, en principio, celebrar contratos por sí mismo. Para él rigen las mismas reglas aplicables a cualquier persona mayor de edad, según las cuales se determina la incapacidad de contratar. La única excepción es el § 1903 BGB: con el objeto de impedir un peligro grave para el patrimonio o la persona del asistido, el tribunal tutelar puede ordenar una reserva de consentimiento, con la consecuencia jurídica que el asistido necesitará el consentimiento de su representante legal para emitir una declaración de voluntad válida. Por lo tanto, queda limitado en su capacidad de contratar. Vid. ANDREA TIETZE, “La autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán”, Revista de Derecho, Vol. XV, diciembre 2003, pp. 113-130.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

a.2) Aun gozando de la habilitación legal para ser representante en materia de toma de decisiones en salud, ello no significa que todos los derechos del titular puedan ser ejercidos por el representante. En efecto, hay derechos que se relacionan directamente con la autonomía de éste que importan decisiones personalísimas no representables, para algunos autores: “Los derechos personalísimos son derechos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical. Dentro de ello, adquieren especial relevancia como principio de que partimos, el derecho a la vida y las facultades sobre el propio cuerpo, a la salud y a la integridad física en sus diversas manifestaciones”⁴⁸⁹.

Ello se hace especialmente relevante cuando se trata de decisiones relacionadas con el rechazo de tratamientos médicos o directamente con el consentimiento de las conductas eutanásicas, pues se trata de materias en que la autonomía es gravitante y del mismo modo, la visión personal del paciente sobre sí mismo, la calidad de su vida y el plan que desea desarrollar para ésta. En situaciones de gravedad puede considerarse la subrogación de la voluntad del paciente en tales materias personalísimas, pero sólo en la medida de estricta necesidad,⁴⁹⁰ y siempre y cuando tales decisiones no importen disposición de la vida⁴⁹¹.

a.3) Esta concepción de derechos personalísimos puede ser totalmente excluyente respecto de su ejercicio por representación o considerar que, como tales, pueden ser ejercidos por representantes especialmente dotados para ello, por ejemplo, en

⁴⁸⁹ ELENA HIGHTON: *Revista Derecho Privado y Comunitario* pp. 169 y siguientes, citada en sentencia de Juzgado de Familia N° 2 de Neuquén, Argentina, 20 de marzo de 2006 (citado).

⁴⁹⁰ Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata, respeto de la paciente J.L.C., s/ Acción de Amparo, sentencia del 06/12/96. En PEDRO HOOFF, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos* (Buenos Aires, Depalma, 1999) p. 153.

⁴⁹¹ Se resguarda, así, el sistema de los peligros que exponen los argumentos sobre pendiente resbaladiza en caso de decisiones del final de la vida sobre pacientes incompetentes.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

procedimientos de dictación de voluntades anticipadas o testamentos vitales, lo cual incluso podría quedar supeditado sólo a la suspensión de tratamientos o ciertas medidas como la sedación terminal, pero no admitirse respecto de decisiones eutanásicas.

b) Criterios de decisión de los representantes

Sin perjuicio de las precisiones ya indicadas y con los límites que sea del caso establecer, se han considerado los siguientes criterios asociados con la decisión de representantes en estas materias:

b.1) El primer criterio es estar al juicio subjetivo brindado por el propio paciente – lo que importa un reconocimiento de competencias aún en personas que pueden no ser capaces legalmente-, a menudo a través de voluntades anticipadas o concomitante con la decisión del representante, debiendo este último brindar su consentimiento a fin de *completar* la voluntad manifestada por el paciente.

Este criterio, sin embargo, no siempre es empleado: conspiran contra ello la falta de regulación legal de directrices o voluntades anticipadas, la indefinición acerca de la medición de competencias, como asimismo las presunciones y prejuicios que operan en la realidad.

b.2) Por esta causa y, particularmente en el derecho anglosajón, se ha ensayado un segundo criterio, consistente en el llamado *juicio de sustitución*, el cual importa que el representante se pregunte qué haría el paciente si estuviera en condiciones de tomar él mismo la decisión, a fin de cumplir lo más fielmente con esa voluntad, la cual se deduce de actos y manifestaciones previas de éste⁴⁹². Si bien aquí se

⁴⁹² Considera el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que “el individuo incapaz tiene derecho a rechazar un tratamiento médico, que puede ser ejercido por la decisión de una persona subrogada si existe evidencia clara de que la persona incapaz lo habría ejercido”. Como puede verse, el juicio de sustitución no consiste en reemplazar la voluntad del incapaz por la de sus representantes

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

evidencia la preocupación por mantener el plan de vida del paciente, sin duda la interpretación de sus deseos puede ser dificultosa cuando éstos no se pudieron conocer o cuando se trata de una visión muy diferente de aquella que el representante considera la moralmente adecuada.

b.3) En atención a ese posible peligro de pugna de intereses, se ha propuesto una tercera categoría en la toma de decisiones, fundada en una materia de la cual ya hemos hecho una revisión previa: *el estándar del mejor interés*. Este estándar se aplica cuando no se conocen o hay dificultad interpretativa acerca de los deseos del paciente, momento en el cual operan los criterios de protección del paciente, entre ellos la consideración de su calidad de vida⁴⁹³. Tal cosa sin duda busca la mayor protección de la persona y el reconocimiento a sus derechos⁴⁹⁴, pero

legales o en transferir a éstos el ejercicio de los derechos del representado, sino en tratar de indagar cuál habría sido la voluntad del incapaz en caso de que hubiera podido expresarla. El problema que se plantea es, entonces, la dificultad de reconstruir esa voluntad, pues –como afirma también el Tribunal Supremo americano en esta sentencia– “no existe ninguna seguridad automática de que la opinión de los familiares cercanos será necesariamente la misma que la del paciente, si se hubiese enfrentado con la perspectiva de su situación siendo capaz”: *Cruzan v DIRECTOR, MDH*, 497 EE.UU. 261 (1990) 497 EE.UU. 261 (citado). Comentario de ALAN GARAY, “Libertad de conciencia y tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea”, *Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic. Leg.* 5 (1): 25-31, Jun. 2000, en <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v5n1/art5.pdf>. (sitio consultado en febrero de 2012).

⁴⁹³ “Dado que muchas personas no han proporcionado argumentos serios acerca de cómo desearían ser tratados, los sustitutos no tienen una guía segura para realizar un juicio sustitutivo. Más aún, algunos pacientes no han sido nunca capaces. En estas situaciones, los sustitutos serán incapaces de realizar un juicio sustitutivo válido; en su lugar, deben de intentar elegir para el paciente aquella opción que constituya su mejor interés, según criterios objetivos, socialmente consensuados. Por lo tanto el criterio del mejor interés no se fundamenta en el valor de la autodeterminación, sino exclusivamente en la protección del bienestar del paciente. El sustituto deberá de tener en cuenta factores como el alivio del sufrimiento, la preservación o la restauración de la funcionalidad, la calidad y la duración de la vida”: DA. JACOB: “Family Members' Experiences with Decision Making for Incompetent Patients in the ICU: A Qualitative Study” (citado).

⁴⁹⁴ Enriquece este concepto lo establecido en la Convención de Derechos de las personas con discapacidad, suscrita y ratificada por Chile, en su artículo 12 sección 4: “4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente,

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

tampoco se trata de un criterio exento de problemáticas, pues si se descartara que la vida del paciente tiene una calidad aceptable, surge entonces la pregunta acerca de si el representante tiene el mismo derecho que él de rechazar tratamientos o incluso de procurar la muerte, como podría hacerlo en sujeto competente que decide suicidarse, haciendo uso de su autonomía⁴⁹⁵. La mayoría de la jurisprudencia existente ha considerado que tal derecho no existe bajo la fórmula de considerar que importa la facultad de ser muerto por un tercero⁴⁹⁶, pero se han

independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

⁴⁹⁵ Sobre estas interrogantes, cabe tener presente la posición de la jurisprudencia constitucional española, que ha insistido reiteradamente en que el derecho a la vida, y el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, no conllevan un derecho a ser matado a petición propia. Tanto en el debate de la Comisión del Senado sobre la eutanasia, como en las ocasiones en las que se han rechazado proposiciones de ley sobre su legalización, el argumento mayoritario ha sido que en la eutanasia se produce una transitividad, una persona mata a otra, lo que justifica la intervención del estado en protección de la vida humana en su momento más vulnerable. Igualmente es preciso recordar que en la jurisprudencia comparada, especialmente en la norteamericana, uno de los elementos considerados para superar la autonomía de quien se niega a un determinado tratamiento médico es, precisamente, la intención suicida, que nunca es amparada, aunque no se sancione, por el ordenamiento”: Vid. CESAR NOMBELA CANO ET AL: “La eutanasia, perspectiva ética, jurídica y médica”, en [http://eprints.ucm.es/11693/1/La Eutanasia perspectiva etica juridica y medica.pdf](http://eprints.ucm.es/11693/1/La_Eutanasia_perspectiva_etica_juridica_y_medica.pdf) (sitio consultado en febrero de 2012). En esa perspectiva, también, se encuentran los fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos en los casos *Vacco vs. Quill* y *Washington versus Glucksberg*, ambos de 1997: “Por otro lado, la exigencia de que la prohibición del Estado de Washington se relacione racionalmente con legítimos intereses del Estado se cumple, a juicio del tribunal, “de forma incuestionable”. Estos intereses son la prohibición del homicidio intencional y la preservación de la vida, prevenir los problemas de salud social como el suicidio, especialmente entre los jóvenes, los ancianos y los que sufren un dolor no tratado, o depresión u otros desordenes mentales, proteger la integridad de la profesión médica y sostener el papel del médico como cuidador de sus pacientes. La sentencia se convierte así en un catálogo de las razones por las que el Estado constitucional no puede aceptar impasible que una persona renuncie a la propia vida”. Cfr. comentario en JOSE MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERON, “Alimentación, cuidado y tratamiento: Una deriva irracional y una posible enmienda en la eutanasia por omisión”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 11. 2010, pp. 519-542. Los textos íntegros de estos fallos pueden encontrarse en: DENNIS C. VACCO, ATTORNEY GENERAL OF NEW YORK, et al., *PETITIONERS v. TIMOTHY E. QUILL et al. ON WRIT OF CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT* [June 26, 1997], <http://www.law.cornell.edu/supct/html/95-1858.ZO.html>, (sitio consultado en febrero de 2012), y *WASHINGTON et al. v. GLUCKSBERG et al. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT* No. 96-110. Argued January 8, 1997 -- Decided June 26, 1997, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-110.ZS.html>, (sitio consultado en febrero de 2012).

⁴⁹⁶ Como lo aclara la sentencia de el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Diane Pretty: *Pretty vs. United Kingdom (Application n° 2346/02)* dictado en Estrasburgo el 29 de abril de 2002, puede encontrarse en <http://diariomedico.recoletos.es/asesor/sentencia020502.pdf>, sitio consultado en enero de 2012. La autora ha comentado ambas sentencias en los artículos: “Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que postula la despenalización

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

dictado la bastante cantidad de fallos de frontera, utilizando la tesis anterior, procurando presentar la decisión como la que el paciente hubiera tomado si hubiera podido.

2. La igualdad como principio constitucional y la importancia de su aplicación al concepto de “persona”

A. Principio constitucional de igualdad

A partir de la frase inicial de la Carta Fundamental, en su artículo 1° (“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”), la doctrina constitucional coincide en que uno de los pilares conceptuales y bases del orden constitucional chileno es el principio de igualdad, que luego se desarrolla en la forma de diversas garantías dentro del texto de la Carta Fundamental.

Dicho principio, que al ser base constitucional importa la interpretación de los diversos mandatos jurídicos en su clave y la existencia de un signo constitucional favorable precisamente a su materialización, importa a la vez *el principio de igualdad en sentido estricto*, ya sea como valor o como principio y *el mandato de no discriminación*, variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de una lista de criterios que se consideran “especialmente odiosos” o sospechosos de violar ese principio general si son utilizados por algún mecanismo jurídico (ya sea, por mencionar algunos casos, en una ley, una sentencia o un contrato)⁴⁹⁷.

de la eutanasia" en Boletín Jurídico n°3 de la Universidad Europea de Madrid (Madrid, Universidad Europea de Madrid, 2000, en CD) y “La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: La solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty” (citado).

⁴⁹⁷ MIGUEL CARBONELL (editor): *El principio constitucional de igualdad*, México, 2003, en <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/04/00834-el-principio-constitucional-de-igualdad-miguel-carbonell.html>, (sitio consultado en diciembre de 2011).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

En su primer contenido o acepción, el principio de igualdad se corresponde con el concepto de igualdad misma, el cual presupone, pues, predicar una relación comparativa entre por lo menos dos elementos. Tal relación, sin embargo, no establece cualquier tipo de comparación entre los elementos a los que se refiere, sino sólo, precisamente, la de igualdad, no la de mera semejanza y todavía menos la de superioridad ni la de inferioridad, que niegan frontalmente la idea de igualdad, y de ahí la ironía de la feliz y justamente famosa frase de *Rebelión en la granja*: “Todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros”. De todas formas, como se verá enseguida, la idea de semejanza es ambigua y en uno de sus significados puede equivaler, con alguna matización, a la de igualdad⁴⁹⁸.

En efecto, “si ninguna relación de igualdad implica identidad absoluta y, por tanto, toda relación de igualdad supone que existe alguna diferencia entre los términos comparados, sean personas, cosas o hechos, se diría que esa relación viene a coincidir con la de semejanza o similitud”. “Pues bien, calificar a una relación como relación de igualdad permite poner de manifiesto la relevancia de los aspectos coincidentes entre los términos comparados, si bien queda oculto el dato de que no todos los aspectos —precisamente los considerados no relevantes— son coincidentes. A la inversa, calificar a una relación como de desigualdad implica poner de manifiesto la relevancia de los aspectos diferenciales ocultando los comunes. Pero si igualdad y desigualdad son conceptos antitéticos y, al menos en el anterior sentido, unívocos, en cambio, el concepto de semejanza es ambivalente”, por lo cual no siempre es conveniente asociarlo con la igualdad como principio⁴⁹⁹.

En la perspectiva de la igualdad, se pueden establecer criterios descriptivos como asimismo valorativos, lo cual hace optar entre los conceptos de identidad y de

⁴⁹⁸ ALFONSO RUIZ MIGUEL: “Sobre el concepto de igualdad” en *El principio constitucional de igualdad*, citado, p. 44.

⁴⁹⁹ Idem.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

semejanza. A nuestro juicio, el principio constitucional de igualdad se corresponde más con criterios valorativos y con la existencia de una razón común y justificación de regular de un mismo modo situaciones jurídicamente equivalentes: “Los juicios de igualdad parten siempre de una igualdad fáctica parcial. Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros... Eso significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas”⁵⁰⁰.

Pese a su trascendencia constitucional, sin embargo, en la práctica muchas veces el principio de igualdad puede tensionarse ante la pretensión del legislador de establecer criterios de diferenciación respecto de ciertas personas o situaciones. El modo de abordar este aparente conflicto por el constitucionalismo contemporáneo se reduce al requerimiento de “razonabilidad”, esto es, “la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato”⁵⁰¹. Así, se pueden establecer diferenciaciones favorables a colectivos vulnerables o a otras situaciones, en la medida que efectivamente contribuyan a superar las barreras de entrada que su situación les impone, pero no que se traduzcan en un injustificado desmedro para los no favorecidos con la medida.

⁵⁰⁰ KARLA PÉREZ PORTILLA: *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1589/6.pdf>, (sitio consultado en abril de 2012).

⁵⁰¹ JULIÁN MARÍA BILBAO UBILLOS Y FERNANDO REY MARTINEZ: “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en *El principio constitucional de igualdad*, citado, p. 108.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Mismo criterio exhibe la Corte Constitucional de Colombia en su apreciación sobre este principio: “El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito⁵⁰²”.

B. Materialización del principio de igualdad en garantías constitucionales

El principio constitucional de igualdad encuentra su materialización en la existencia de numerosas garantías constitucionales que desarrollan la estrecha conexión de la igualdad con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: “en último término, lo que se impide son las decisiones judiciales arbitrarias, caprichosas, no fundadas en razones jurídicamente atendibles. Para reaccionar contra este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales carentes de base objetiva y razonable se reconoce a los justiciables un derecho de carácter fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, de las normas en general, a no ser discriminados en ese momento decisivo⁵⁰³”.

En nuestra Carta Fundamental ello se evidencia en la igualdad ante la ley (Nº 2), la igual protección en el ejercicio de los derechos (Nº 3), la igualdad tributaria (Nº 20), la igualdad de trato en materia económica que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica” (Nº 22), entre otras garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, si pensamos detenidamente en el

⁵⁰² Corte Constitucional de Colombia, EXPEDIENTE No. D-517, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-410-94.htm> (sitio consultado en diciembre de 2011).

⁵⁰³ Idem, p. 115.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

enunciado de dicho artículo, en el cual se lee que la Carta Fundamental asegura “a todas las personas” el listado de derechos que a continuación se encontrará, ya de la palabra “todas” podemos colegir una referencia general a la igualdad en todos los derechos, las personas sin distinción son titulares de ellos y merecen gozar igualitariamente de sus prerrogativas y de su legítimo ejercicio.

Si bien el gran desarrollo en materia de igualdad en numerosos países de Iberoamérica se ha centrado en torno a la discriminación de las personas por criterios de raza, sexo, identidad de género o creencias religiosas, en una época más reciente también se ha tratado por nuestro Tribunal Constitucional la temática de la igualdad respecto del ejercicio de derechos sociales, como lo son la protección de la salud, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza⁵⁰⁴.

C. Concepto de acto discriminatorio

El artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental prohíbe hacer diferencias arbitrarias, en asociación con el reconocimiento constitucional de igualdad ante la ley, terminología que nuestra Corte Suprema⁵⁰⁵ ha considerado que se concreta en la realización de una acción arbitraria, la cual “consiste en un acto o proceder caprichoso, contrario a la justicia, o a las leyes, inocuo, antojadizo, infundado o en último término, despótico o tiránico. Por tanto es lógico suponer y concluir que un acto fundado, de acuerdo a la ley y justo no puede ser calificado de arbitrario. Por

⁵⁰⁴ “El Tribunal considera que la interpretación de las normas legales que regulan el contrato de salud entre privados deben ser interpretadas en clave del disfrute máximo de los derechos respectivos. Este valor y principio de la solidaridad, por la vía de los derechos sociales, determina, limita y condiciona las actuaciones de los particulares, entre sí y en sus convenciones privadas. El contrato de salud se halla intermediado por la interpretación de los derechos fundamentales, sin perjuicio de su regulación legal:”... si bien la Isapre, al establecer los factores de la tabla incorporada al contrato de salud de la requirente, puede haberse atendido a las normas legales y administrativas que rigen tal operación, no debe olvidarse que, en las estipulaciones de ese contrato de salud, tienen que ser respetados y promovidos los atributos que integran el derecho a la protección de ella, asegurado a la señora ... en el artículo 19, N° 9°, de la Carta Fundamental. Ciertamente, este efecto de la supremacía no puede quedar condicionado, diferido o supeditado a lo que preceptúen tales normas porque se hallan subordinadas a lo mandado en la Constitución”.

⁵⁰⁵ Rol 4267-2006.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

otra parte, una acción o proceder ilegal es aquel que no está ajustado a derecho, constituyendo dicha disconformidad una infracción al ordenamiento jurídico que le priva actual o potencialmente de validez”. Tal actuación puede desarrollarse, según lo considera la sentenciadora, también en ejercicio de la potestad reglamentaria: “... el artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República señala que son atribuciones especiales del Presidente de la República, “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes. /Que la ejecución de las leyes comprende de suyo dictar las normas de carácter general que tendrán por finalidad detallar, complementar y especificar la aplicación de la ley, siempre con estricto apego al texto legal, nunca contradiciéndolo... / La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional. Corte Suprema, 15 de junio de 1988, R.D.J. Tomo 85, sección 5ª, pág. 97”. Citado en el considerando 5º, fallo de la Corte Suprema. 17 de octubre de 2002. Rol: 3522-2002”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado, respecto de una actuación arbitraria, que “el principio de igualdad de trato se viola [o en las palabras del caso Marck “una distinción es discriminatoria”] cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr”⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Caso *Lingüística Belga*, resuelto en 1968, citado en ANNE F. BAYEFKY: “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34. Esta jurisprudencia se desarrolla trascendentalmente por la Corte en sucesivos fallos más modernos: Asunto *Ünal Tekeli v. Turkey*, 16 de noviembre de 2004, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=14%20%7C%20equality%20%7C%20under%20%7C%20the%20%7C%20law&sessionid=93948382&skin=hudoc-en> (sitio consultado en abril de 2012): La demandante se queja de que las autoridades se habían negado a permitir que ella siguiera llevando su propio apellido después de casarse, mientras que la legislación turca permite que los hombres casados a tener su propio apellido. Afirma que esto da lugar a la discriminación por razón de sexo, incompatible con el artículo 8, junto con el artículo 14 de la Convención. El Tribunal recuerda que el artículo 14 de la Convención otorga protección contra la discriminación en el goce de los derechos y libertades protegidos por las demás disposiciones sustantivas de la Convención. “Sin embargo, no toda diferencia de trato que equivaldría a una violación del presente artículo. Se debe establecer que otras personas en una situación análoga o similar relevante disfrutaban de un trato preferencial y que esta distinción es discriminatoria (véase, por ejemplo, *Nacional y Provincial Building Society, Leeds Building Society Permanente y Yorkshire Building Society* contra el Reino Unido, el juicio de 23 de octubre de 1997, Repertorio de sentencias y resoluciones 1997-VII, § 88)”; Asunto *Konstantin Markin v. Russia*, 22 de marzo de 2012, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=14%20%7C%20equality%20%7C%20under%20%7C%20the%20%7C%20law&sessionid=93948382&skin=hudoc-en> (sitio consultado en abril de 2012): “El demandante se queja de que la negativa a concederle el permiso parental equivalía a una discriminación por razón de sexo. Invoca el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8 de la Convención. A medida que la jurisprudencia es reiterada, el artículo 14 complementa las demás disposiciones sustantivas de la Convención y sus Protocolos. No tiene existencia independiente, ya que sólo tiene efecto en relación con "el disfrute de los derechos y libertades", por lo tanto protegido. Aunque la aplicación del artículo 14 no supone una violación de esas disposiciones - y en esa medida es autónoma - no puede haber espacio para su aplicación a menos que los hechos de que se trata en el ámbito de una o más de ellos. “La prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14, por lo tanto se extiende más allá del disfrute de los derechos y libertades que la Convención y sus Protocolos exigen que cada Estado debe garantizar. Se aplica también a los derechos adicionales, incluidos en el ámbito general de cualquier artículo Convención, para lo cual el Estado ha decidido voluntariamente ofrecer. Este principio está muy arraigado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, entre muchas otras, *EB* contra Francia [GS], núm. 43546/02, § § 47-48, 22 de enero de 2008)”; Asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*, 15 de diciembre de 2004, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=14%20%7C%20pla&sessionid=93916922&skin=hudoc-en> (sitio consultado en abril de 2012): “Los demandantes se quejan que, en la determinación de los derechos de herencia, el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Constitucional había violado el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar por la injustificada discriminación contra la demandante en el terreno de la filiación. Ellos alegaron que esto ha dado lugar a una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8. El Tribunal recuerda que una distinción es discriminatoria para los efectos del artículo 14 si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación "razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar" (véase, entre otras cosas, *Fretté* contra Francia, no. 36515/97, § 34, TEDH 2002-I). En el presente caso, el Tribunal no advierte ningún fin legítimo perseguido por la decisión en cuestión o de cualquier justificación objetiva y razonable en el que podría ser la

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

A este criterio el desarrollo jurisprudencial contemporáneo ha agregado una adicional exigencia, la necesidad imperiosa de la medida. En efecto, “tradicionalmente, la jurisprudencia proponía evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin

distinción hecha por el tribunal nacional la base”; Asunto Muñoz Díaz c. España (Demanda N° 49151/0, de 8 de diciembre de 2009) en http://www.icam.es/docs/web3/doc/RI_ASUNTO_MUNOZ_DIAZ_ESPANA.pdf: “El INSS denegó a la demandante, de nacionalidad española y perteneciente a la etnia gitana el derecho a una pensión de viudedad por no estar legalmente casada con el causante con el que había contraído matrimonio en 1971 según el rito y costumbres gitanas. El Tribunal estima que el hecho de que las uniones gitanas no tengan los mismos efectos civiles que el matrimonio civil o religioso no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14 del Convenio, pero considera desproporcionado que el Estado Español, que ha expedido a la demandante y a su familia gitana un libro de familia, les ha reconocido el estatus de familia numerosa, ha concedido, a la interesada y a sus seis hijos, una asistencia en materia sanitaria, y que ha percibido las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera hoy en día reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad. Estima que se ha producido una vulneración del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n° 1. El Tribunal constata sin embargo que se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, no pertinente en el caso de la comunidad gitana. Pero esta diferencia no impide o no prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a la comunidad gitana, y responde a motivos que el legislador debe tomar en consideración, y que derivan, como subraya el Gobierno, de su margen de apreciación. Por lo tanto, el Tribunal estima que el hecho de que las uniones gitanas no tengan efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14. Se deduce que esta queja está manifiestamente mal fundada y debe rechazarse en aplicación del artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio”; Asunto Andrejeva c. Letonia (Demanda n° 55707/00 de 18 de febrero de 2009) en http://www.icam.es/docs/web3/doc/AsuntoAndrejevaLetonia55707_00.pdf: “Negativa de las autoridades letonas a considerar a la demandante como beneficiaria de una pensión de jubilación. Constatación de una violación del artículo 1 del protocolo n° 1 del Convenio que proclama el derecho al respeto de los bienes en combinación con el artículo 14 que prohíbe la discriminación, ya que la negativa no se hubiera producido si la demandante hubiera tenido la nacionalidad letona. Constatación de una violación al artículo 6.1 del Convenio por no haber podido asistir la demandante a una vista ante el Tribunal Supremo. Derecho de las partes a presentar observaciones. Igualdad de armas procesales”. El Tribunal recuerda que el artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente sino que sirve únicamente para el goce de los derechos y libertades garantizados por las otras cláusulas normativas del Convenio y sus Protocolos (ver, entre muchos otros, Burden c. Reino Unido [GS], no 13378/05, § 58, 29 de abril de 2008). La aplicación del artículo 14 no presupone necesariamente la violación de uno de los derechos materiales garantizados por el Convenio. Es necesario, pero suficiente, que los hechos de la causa entren « en el imperio » de al menos uno de los artículos del Convenio (ver, entre muchos otros, Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1996, § 36, Repertorio de sentencias y decisiones 1996-IV, Thlimmenos c. Grecia [GS], no 34369/97, § 40, TEDH 2000-IV, y Koua Poirrez, mencionado § 36). La prohibición de la discriminación que consagra el artículo 14 sobrepasa por tanto al disfrute de los derechos y libertades que el Convenio y sus Protocolos obligan a garantizar a cada Estado. Se aplica igualmente a los derechos adicionales, pertenecientes al campo de aplicación general de todo artículo del Convenio, que el Estado ha decidido proteger voluntariamente (Stec y otros c. Reino Unido, decisión mencionada, § 40)”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido. Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un *test* diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este *test* generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores”⁵⁰⁷.

En esa misma línea, se ha distinguido la necesidad de diferenciar, como criterios aplicables al tema de la igualdad, las consideraciones acerca del principio de proporcionalidad: adecuación (medida apropiada a la finalidad que se persigue), necesidad (medida necesaria para el fin que se persigue) y proporcionalidad de la medida (lo cual representa un juicio posterior, que importa control de daños)⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01. Es interesante recalcar que esta Corte ha considerado, en sus fallos, que el de no discriminación goza del carácter de principio, y ha señalado que éste guarda estrecha relación con el de igualdad sustancial reconocido en la misma disposición: Sentencia T-432, 29 de mayo de 1992.

⁵⁰⁸ El Tribunal Constitucional español presenta una rica jurisprudencia al respecto: STC 107/2000 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7281>: “Con carácter general, las SSTC 107/2000 y 197/2000 recuerdan que la igualdad de trato que impone la Constitución no puede ser exigida en sentido absoluto en el ámbito de las relaciones privadas, pues existe un margen para el juego de la autonomía de la voluntad. Parece, pues que el incremento salarial para los trabajadores obedece a una justificación razonable, siendo por otro lado incontestable que el art. 14 CE no impone una solución igual para supuestos no idénticos, amén de que es doctrina de este Tribunal que en materia de relaciones laborales no es exigible “una igualdad de trato en el sentido absoluto” (STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2), al existir margen, siquiera sea limitado, para el juego de la autonomía de la voluntad e incluso para la determinación unilateral del empresario (SSTC 45/1984, de 27 de marzo, 105/1992, de 1 de julio, y 208/1993, de 28 de junio)”;

STC 13/2001 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7499>: “La prohibición de discriminación por razón de raza ha dado lugar a la Sentencia 13/2001. La mayoría de la Sala Segunda estimó que no incurre en discriminación inconstitucional la actuación de la policía que, en un control de extranjería, pide a una persona que muestre su documentación por ser negra. Hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo”; STC 41/2002, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7768>: “No constituye una discriminación por razón del sexo que una empresa despidiera a una empleada, aun cuando se encontraba embarazada, cuando la entidad empleadora ignoraba ese hecho: no basta con que la trabajadora esté embarazada para que la empresa deba acreditar una causa de extinción real y seria, suficiente para justificar que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio; es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundar la existencia de un trato presumiblemente discriminatorio. El hecho de que "el acto extintivo fuera improcedente no implica que, además, fuera discriminatorio", es decir, de su improcedencia no se deriva automáticamente la vulneración de derechos fundamentales. Por tanto, cuando, como ocurre en el caso que aquí enjuicamos, los hechos a tomar en consideración resultan desconectados del derecho fundamental alegado como vulnerado, el que constituyan o no causa legal de justificación del despido debe considerarse irrelevante a efectos constitucionales”; STC 274/2005 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8728>: “Reiteran que los baremos establecidos por la ley para valorar los daños y perjuicios sufridos en accidentes de tráfico no vulneran el art. 14 CE. "Así las cosas", concluimos el fundamento jurídico 4, "no puede considerarse contrario a las exigencias de igualdad que impone el art. 14 CE que los hermanos menores de edad de la víctima gocen de una protección (la derivada del reconocimiento de la condición de perjudicado-beneficiario) que no se dispensa a los mayores de edad"; STC 341/2006, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9137> El Tribunal Constitucional afirmó que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo resulta justificada, siempre que sirva para conseguir un fin constitucionalmente lícito, como es asegurar una finalidad perseguida por la política de empleo; y, por otra parte, no se debe lesionar desproporcionadamente un bien constitucionalmente garantizado. Se hace preciso recordar en este momento que, conforme a la doctrina mantenida en las citadas Sentencias, para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado, es preciso, de un lado, que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito. Y, en este sentido, hemos considerado que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucionalmente legítima siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo. De otro lado, es necesario, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. De este modo, el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación y se cumple el resto de los requisitos para acceder a la pensión correspondiente”; STC 117/2006 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8913>: “La Sentencia 117/2006, de 24 de abril, señala que el principio de igualdad no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara frente a la indistinción entre supuestos desiguales. La igualdad constitucionalizada en el art. 14 CE es "la que impone que ante situaciones no disímiles la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades", por lo que, realmente, "lo que este precepto constitucional impide es la distinción infundada o la discriminación" (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2; y 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; por todas). Resulta ajena, sin embargo, y tal y como ya se ha avanzado, al núcleo de protección del art. 14 CE la denominada "discriminación por indiferenciación". Hemos señalado, en efecto, que el principio de igualdad "no consagra un derecho a la desigualdad de trato (STC 114/1995, de 6 de julio, FJ 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe 'ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual' (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 5)" (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11;

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

88/2001, de 2 de abril, FJ 2; 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4; por todas); STC 39/2007, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9200>: “El Tribunal declara que se vulnera la igualdad en la aplicación de la ley al resolver contradictoriamente dos supuestos idénticos sin proporcionar un razonamiento lógico-jurídico. La coexistencia de dos criterios diferentes para resolver el mismo supuesto de hecho sin una explicación que justifique en cada caso la aplicación de un criterio u otro -justificación que en este supuesto no puede deducirse de otros elementos externos-, impide descartar que el distinto tratamiento que este órgano judicial otorga a casos sustancialmente iguales resulte ser consecuencia de la inadvertencia de sus propios precedentes. Y, como se ha afirmado anteriormente, el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho no impide el cambio de criterio cuando éste sea reflexivo, pero no ampara el diferente trato otorgado a la resolución de supuestos iguales cuando este distinto tratamiento sea consecuencia de la inadvertencia por parte del órgano judicial de sus propios precedentes” (STC 2/2007, FJ 5); STC 62/2008, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9488>: “La Sentencia 62/2008, de 26 de mayo, analiza en qué supuestos la situación de salud o de enfermedad de una persona puede dar lugar a discriminaciones por “cualquier otra condición o circunstancia personal” (art. 14 CE in fine). En el caso, un albañil había sido despedido mientras se encontraba de baja por enfermedad: su empresa consideraba que había vulnerado la buena fe contractual (art. 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores), al ocultar en el momento de darle empleo que sufría una enfermedad en las vértebras cervicales que le causaba limitaciones funcionales. La Sentencia razona que la enfermedad sí es susceptible de constituir un factor de discriminación, prohibido por la Constitución, en particular cuando sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral. Para ello debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE). Así como los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya ex Constitutione, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art.

14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por "la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral" (STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5).; STC 7/2009 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9622>

: "La Sentencia 7/2009, de 12 de enero, reafirma que este derecho fundamental debe ser respetado directamente por las Administraciones públicas, y no solamente por los órganos judiciales (STC 47/1989). Sin embargo, la igualdad sólo es predicable de supuestos de hecho análogos y respecto de decisiones que tienen su origen en un mismo órgano o entidad. Una vez planteado el debate procesal en estos términos debemos recordar que este Tribunal reconoció tempranamente que el art. 14 de la Constitución incluye el principio de igualdad en la aplicación de la ley por parte de los poderes públicos y, en particular, por parte de la Administración (STC 47/1989, de 21 de febrero, FJ 2). Pero también declaramos que "la igualdad en la aplicación de la ley en el seno de la Administración, lo mismo que en el ámbito jurisdiccional, solamente es predicable de las decisiones que tengan su origen en un mismo órgano o Entidad. La Administración pública ejerce sus funciones a través de una pluralidad de entes dotados de personalidad jurídica y de autonomía de dirección y gestión, lo que obliga a entender que el principio de igualdad en la aplicación de la ley haya de limitar sus efectos a las resoluciones adoptadas dentro de un mismo ámbito de organización y dirección y en virtud de un mismo poder de decisión; STC 9/2010 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9850>: "El Tribunal reiteró su doctrina de que la renuncia a hacer uso de una alternativa interpretativa que elimine una desigualdad injustificada equivale en sí misma a una interpretación de la norma o del acto jurídico que el art. 14 CE no consiente. En primer lugar, es doctrina reiterada que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas desigualdades que, de un lado, "resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados", o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que no "sean proporcionadas a la finalidad perseguida", y que, por ello, generen "resultados excesivamente gravosos o desmedidos. ... En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)" (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4).

En segundo lugar, a diferencia del derecho general a la igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan, la prohibición de discriminación por las causas específicas contenidas en el art. 14 CE implica, por una parte, "un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex Constitutione, que impon[e] como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6)"; y, por otra parte, "[t]ambién resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse

D. Diferenciación arbitraria y daño

Los criterios esgrimidos por las Cortes no sólo demandan al Estado demostrar la necesidad, imperiosidad y no existencia de alternativa en las medidas tomadas, sino garantizar que la diferenciación no redunde en daño: “los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. Este principio busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que si ello sucede, lo sean en grado mínimo”⁵⁰⁹.

El peso de la prueba, así, le corresponde al Estado y a su actuar se aplica un exigente escrutinio: el primer escrutinio, y el más exigente, es el “escrutinio estricto” (*strict scrutiny*) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas “libertades preferidas”, se presume inconstitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal “imperioso” (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra “estrechamente personalizado” (*narrowly tailored*). El segundo test se conoce como el “escrutinio intermedio” (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya

la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)" (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

Por último, respecto de las consecuencias específicas que se derivan de lo anterior para los órganos judiciales, también hemos afirmado que éstos "pueden vulnerar el art. 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente (por todas, STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)" (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8).

⁵⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-410/1994.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

imperiosos, sino “importantes”. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre personalizada, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas “menos discriminatorias”⁵¹⁰.

E. Igual dignidad y derechos

La Constitución chilena, siguiendo a la Declaración de derechos de 1948, establece en el inciso 1º de su artículo 1º que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El criterio de la igualdad, manifestado como se ha explicado, es un fundamento poderoso para evitar constitucionalmente las situaciones fácticas o jurídicas que importen una disminución de la protección de la vida de ciertos sujetos, más aún cuando se trata de personas cuyas características evidencian una especial vulnerabilidad. Sin embargo, tal reforzamiento de la protección de la vida humana por la vía del reconocimiento a iguales dignidad y derechos no deja solucionado el problema de la disposición de la vida asociado con consideraciones de discriminación arbitraria. En efecto, surgen varias preguntas que procuraremos abordar en este epígrafe:

⁵¹⁰ El escrutinio estricto tiene su antecedente en la nota 4 del voto del juez Stone en el fallo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938), en donde se señaló que determinadas normas discriminatorias “podían demandar un análisis judicial más intenso”. Más adelante, en el fallo *Toyosaburo Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), la Corte aplicaría por primera vez este test. Por otra parte, esta adecuación de los medios hacia los fines “tiende a adoptar un carácter técnico, tal como podrá apreciarse, por ejemplo en *Craig v. Boren*, en donde la Corte echa mano de estadísticas para resolver la cuestión”, Cfr. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976). Todos citados en MARIANO SAPAG: “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado”, *Dikaion*, Vol. 22, Núm. 17, diciembre-sin mes, 2008, pp. 157-198, en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/720/72011607008.pdf> (sitio consultado en diciembre de 2011).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- a) La aplicación de la igualdad en la dignidad y en los derechos se corresponde con una primera pregunta que incide directamente en la temática de la disposición de la vida. La salvaguarda de la dignidad humana, ¿importa poner fin a una subsistencia que la propia persona o su entorno pueden considerar indigna?; ¿podría considerarse que no hacerlo es un atentado contra la dignidad del ser humano al que tal posibilidad se le niega y un acto dañoso en su contra?⁵¹¹.

⁵¹¹ Parte de las premisas de la sentencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia el año 1997, autos rol n° C-239/9, *recaída en* Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980- Código Penal refieren a este punto: “Sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo ella es *deseable* y compatible con la dignidad humana”./ “El Estado no puede oponerse a la decisión de un individuo que no desea seguir viviendo y que solicita que le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad”. La sentencia completa puede encontrarse en http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Eutanasia_y_suicidio/C-239-97.pdf, sitio consultado en febrero de 2012, y en relación con las premisas mencionadas, podemos destacar lo siguiente: “La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad... El mismo artículo 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la solidaridad como uno de los postulados básicos del Estado Colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias. Y no es difícil descubrir el móvil altruista y solidario de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno, venciendo, seguramente, su propia inhibición y repugnancia frente a un acto encaminado a aniquilar una existencia cuya protección es justificativa de todo el ordenamiento, cuando las circunstancias que la dignifican la constituyen en el valor fundante de todas las demás... El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto”.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

- b) Si la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo coinciden, por las causas ya tratadas en este trabajo, en que el suicidio tentado o frustrado no puede ser punible y reconocemos, asimismo, que hay personas que por sus condiciones de extrema postración, debilidad o discapacidad no pueden provocarse la muerte por sí mismos, ¿no puede entonces considerarse una arbitrariedad que estos sujetos no puedan disponer de su vida y los que tienen las capacidades para ello sí?⁵¹²
- c) Si se reconoce en general en las legislaciones desarrolladas el derecho del paciente a rechazar tratamientos médicos, aun vitales⁵¹³, teniendo a la

⁵¹² En el caso de Sue Rodriguez en Canadá se planteó precisamente esta argumentación. Revisemos la fundamentación del caso: “Sue Rodríguez es una mujer de 42 años de edad, que vive en la Columbia Británica. Ella es casada y madre de un niño de 8 años y medio de edad. La Sra. Rodríguez sufre de esclerosis lateral amiotrófica (ELA), mal que es ampliamente conocido como enfermedad de Lou Gehrig, su esperanza de vida es entre 2 y 14 meses, pero su condición está deteriorando rápidamente. Muy pronto perderá la capacidad de tragar, hablar, caminar y mover el cuerpo sin ayuda. A partir de entonces ella perderá la capacidad de respirar sin un respirador, para comer sin una gastrotomía y su vida se limitará a una cama. La Sra. Rodríguez sabe de su condición, la trayectoria de su enfermedad, y la inevitabilidad de cómo su vida va a terminar, su deseo es controlar las circunstancias, el momento y la forma de su muerte. Ella ya no es capaz de disfrutar de la vida y es incapaz de poner fin a ésta sin ayuda, por lo cual busca que el Estado permita que un médico calificado la ayude con los medios tecnológicos para que, por su propia mano, en el momento de su elección, pueda acabar con su vida” [párrafos 109-110]. La Corte analiza la eventual discriminación que padecería Sue Rodriguez y la desestima: “Se debe limitar el ejercicio de un derecho o libertad protegidos en la Carta, por ejemplo, el derecho a no sufrir discriminación tal como se especifica en la Sección 15, o para no sufrir un trato cruel e inusual, el derecho a un juicio justo, etc. cuando estos derechos se invoquen para: (a) infringir o poner en peligro nuestra vida, o para limitar nuestra libertad, o poner en peligro la seguridad de nuestra persona. .. Todos los jueces están de acuerdo, por ejemplo, que la ley que prohíbe la asistencia en el suicidio, importa afectar la libertad de las personas de controlar lo que sucede a su propio cuerpo (algo incluido en la noción de "seguridad de la persona.") Esta es la razón por la cual la Sección 7 permite que estas limitaciones en nuestra vida, la libertad, y la seguridad de la persona en la medida que: (b) se hace de acuerdo con los "principios de justicia fundamental... Los principios fundamentales de justicia se preocupan no sólo por el interés de la persona que reclama que su libertad ha sido limitada, sino de la protección de la sociedad. Así pues, la Justicia fundamental requiere que un justo equilibrio justo entre estos los intereses, tanto sustantivamente como en el procedimiento” (la traducción es nuestra). El texto completo de la sentencia de la Suprema Corte en *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* [1993] 3 S.C.R. 519 puede encontrarse en <http://canlii.org/en/ca/scc/doc/1993/1993canlii75/1993canlii75.pdf>(sito consultado en febrero de 2012).

⁵¹³ En este sentido, resulta importante destacar lo establecido en el documento *Policy for Prosecutors in respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide Issued by The Director of Public Prosecutions* del Reino Unido, February 2010, en el cual se precisa: “Se trata de asesinato u homicidio de una persona el ejecutar un acto que pone fin a la vida de otro, incluso si se hace sobre la base de que simplemente está cumpliendo con los deseos de

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

vista criterios de proporcionalidad terapéutica y, asimismo, la posibilidad del médico de suspender dichos esfuerzos frente a tratamientos fútiles o gravosos para el enfermo, ¿no importaría una discriminación considerar que una conducta basada en la intención humanitaria de evitar el dolor o el sufrimiento respecto de un determinado paciente resultara sin embargo punible?⁵¹⁴

Expongamos nuestra visión acerca de una posible respuesta a estas preguntas.

E.1. Acerca de la dignidad de la vida y de un eventual derecho a disponer de una “vida indigna”, cuya negación resultaría discriminatoria

Siendo la dignidad del hombre precisamente el fundamento del respeto que ha de tenerse por su vida y también por el momento de su muerte, esa misma dignidad es la que se esgrime para hacer de la vida humana un elemento de decisión

la otra persona implicada”. Factores de interés público que tenderán a favor de la acción penal serán, entre otros, los siguientes: (1) la víctima era menor de 18 años de edad; (2) la víctima no tenía la capacidad (como se define en la Ley de Capacidad Mental 2005) para llegar a una decisión informada al suicidio; (3) la víctima no había llegado a una decisión voluntaria, clara, reiterada e informó el suicidio; (4) la víctima no había de forma clara e inequívoca comunicado su decisión al suicidarse al sospechoso; (5) la víctima no buscó el aliento o la asistencia del sospechoso por iniciativa propia”. Como es obvio, la penalización de la asistencia al suicidio radica en estas instrucciones en la falta de competencia o de consentimiento de quien solicita el auxilio.

⁵¹⁴ Otras dos premisas de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana ya citada coinciden con esta argumentación: “La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir”./“El caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”. Debe sin embargo reseñarse que este mismo argumento es desestimado en el fallo del caso Diane Pretty por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (citado), estimando que “Tal situación importa o representa una subsistencia de la reprochabilidad del suicidio, particularmente para quien participa en él auxiliando a un tercero, ya que a menudo no se encuentra condicionado, como lo está quien decide su propia muerte, por dolores o sufrimientos insoportables y, además, porque existe un deber general de preservación de la vida humana que no sólo ignora sino que derechamente infringe. Tal cosa es una de las razones para sostener la validez de la sección 2 (1) de la citada *Suicide Act de 1961*”9.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

individual, ya que se considera como condición de la dignidad humana el ejercicio de la autonomía individual.

La razón que justifica la disponibilidad se basa en lo que se ha venido a llamar *calidad de vida*, un término que proviene de la economía y cuyo desarrollo ha implicado la consideración de elementos objetivos, pero también de criterios subjetivos, que alude no sólo al vivir dignamente, sino también al hacerlo bajo un modelo compatible con el propio plan que la persona ha diseñado para su vida. Tal visión considera como uno de los componentes básicos de la calidad de vida la ausencia de dolor, lo cual no es lo mismo que la exigencia de bienestar y satisfacción, lo cual refiere más bien a recursos materiales.

Por la misma razón explicada, se asimila en esta postura -tratándose de situaciones conceptual y éticamente distintas- la situación de dolor inevitable mientras llega la muerte a la prolongación del sufrimiento del paciente por la vía de ensayar en él métodos científicos o tratamientos sin futuro, que no hacen otra cosa que volver innecesariamente largo y amargo su tránsito hacia la muerte, situaciones ambas a las que se opondría la salvaguarda de una vida de calidad y cuya respuesta revertiría a una decisión autónoma del sujeto: decidir su propia muerte o rechazar tratamientos médicos.

La amplia posibilidad de decidir autónomamente sobre la propia vida se ha identificado con un derecho a morir, que sería el otro lado de la moneda del derecho a la vida, el cual, de acuerdo a la graduación de la situación, se desarrollaría en tres frentes: la posibilidad de rechazar tratamientos médicos, aun vitales; la posibilidad de suicidarse; y la posibilidad de gozar de la asistencia letal de otros⁵¹⁵, sea en la figura del suicidio asistido o de la aplicación de la eutanasia.

⁵¹⁵ “Derecho a resultar muerto o a ser muerto, por cualquier medio”: LEON R. KASS, “¿Hay un derecho a morir?” en FLORENCIA LUNA y ARLEEN L.F. SALLES, *Bioética* (Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998) p. 260.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

La no punibilidad del suicidio, por el contrario, en la mayoría de los ordenamientos no se considera correspondiente a un derecho constitucionalmente amparado, sino a un espacio autónomo despenalizado, que equivale a una conducta ejercida autónomamente, pero respecto de la cual el Estado y la sociedad civil no tienen una obligación de garantía o de proporcionar medios para que se ejecute la correspondiente decisión. El único deber, en este caso y tratándose de un sujeto competente, es no penalizarlo si intenta suicidarse, pues así como no se vislumbra un derecho constitucional a morir, tampoco existe un deber jurídico de vivir⁵¹⁶.

De allí entonces que podría considerarse una discriminación no admitir que una persona rechace tratamientos médicos, siendo competente, pero ello no debe confundirse con que la apreciación de esta persona sobre la dignidad de su vida importe un derecho adquirido respecto del Estado, en el sentido que le sean brindados medios para darse muerte, particularmente la posibilidad de participación impune de un tercero. Tal construcción constituye una derivación de la autonomía sobre la cual existe una fuerte controversia y que no constituye una interpretación constitucional extendida y si bien es efectivo que una persona

⁵¹⁶ “...en nuestro ordenamiento *no existe un derecho a morir* como parte del derecho a la vida. Y, por lo mismo, no es exigible a los poderes públicos ni a terceros, la realización de actos de cualquier naturaleza dirigidos a poner fin a la propia vida *fundamentando dicha exigencia* en el derecho fundamental a la vida o a la integridad física del artículo 15 CE. De nuevo aquí podemos invocar la regla jurisprudencial de la STC 120/1990/7: “El derecho a la vida no incluye el derecho a la propia muerte”. No hay pues apoyo constitucional para ello y no es posible invocar un deber de asistencia dirigido al fin eutanásico... Sin embargo nuestro ordenamiento tampoco contiene un deber de vivir. El derecho fundamental a la vida no contiene un deber absoluto e incondicionado de vivir. De ahí que el suicidio (en su fase de tentativa) sea penalmente irrelevante. Es más, no parece haber dudas de que un precepto que penalizara –o simplemente prohibiera– el suicidio o cualquier otra acción u omisión que causara la pérdida propia vida, sería difícilmente compatible con nuestra norma constitucional”: RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ, “Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: El poder de disposición sobre el final de la vida propia”, DS Vol. 16, 2008, XVI Congreso «Derecho y Salud», en http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:KDyXJ4hEYVoJ:scholar.google.com/+tratamiento+jur%C3%ADdico+del+suicidio&hl=es&as_sdt=0 (sitio consultado en febrero de 2012).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

con un cierto grado de postración no cuenta para darse muerte con las mismas posibilidades físicas de otra que no se halle en dichas circunstancias, muchos ordenamientos se resisten a constitucionalizar el suicidio de modo tal que la imposibilidad de practicarlo por uno mismo pueda ser entendida como la concreción de una condición para gozar de una prestación equivalente y constitucionalmente obligatoria, como lo sería la asistencia al suicidio o la aplicación de eutanasia.

E.2. Respeto de la deseabilidad de la vida

Esta segunda premisa, implícita en la primera del fallo de la Corte Constitucional de Colombia ya citado, probablemente da cuenta de la verdadera argumentación que se esconde tras de él, ya que si bien se alude al dolor y al sufrimiento como causales que autorizan al hombre a disponer de su vida, sin embargo sostiene que el titular del derecho a la vida decide "hasta cuándo ella es deseable", lo que no parece identificarse exactamente con las situaciones de excepción ya mencionadas, sino con una opinión del sujeto acerca de lo placentera, grata o incluso útil que resulta la vida.

Sin embargo, es muy probable que una interpretación jurídica, cualquiera que ésta sea, no pueda hacer depender la mantención de la vida, por parte de su titular, de la felicidad que éste sienta, sino que más bien ha de centrar la disposición de ésta en la infelicidad que no puede evitarse⁵¹⁷, ya que si existe una especie de deber del sistema respecto de suprimirla o al menos reducirla a un grado máximo, si ello no es posible por causas intrínsecas o extrínsecas al hombre, pareciera ser que en ese momento la renuncia de la solución sistémica consistiría en la valoración y

⁵¹⁷ "... la felicidad no puede ser universalizada... Empero la infelicidad se puede universalizar; con mayor precisión: el afán de cada ser humano de ahorrarse la infelicidad... La justicia del bien común debe esforzarse de manera tal que el sufrimiento existente sea en lo posible suprimido o disminuido, que no surja ningún sufrimiento evitable y que el sufrimiento inevitable se minimalice y sea impuesto a cada miembro de la sociedad de la forma más moderada posible": ARTHUR KAUFMANN, "La Universalidad de los Derechos Humanos. Un Ensayo de fundamentación" en *Persona y Derecho* n° 38 (Pamplona, Universidad de Navarra, 1998) pp. 19 y siguientes,

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

legitimación del acto de disposición de su vida. De esta forma, el utilitarismo negativo sería un claro aval de disposición de la vida por su titular, por *falta de servicio* del Estado.

En consecuencia, la indeseabilidad de la vida como suficiente motivo de valoración de la destrucción de ésta, representa, sino un derecho constitucional a ser feliz, al menos la constitucionalización del derecho a poner fin a una infelicidad que no puede ser suprimida o aminorada por otros medios, en la medida que esa infelicidad se relacione con forzar a una persona a soportar dolores y sufrimientos, pues otras condiciones de infelicidad no serían relevantes para optar a una solución de esta especie. La infelicidad referida importaría la afectación grave del proyecto o plan de vida, lo cual representaría un disvalor de tal entidad que justificaría una opción radical.

Al partir del supuesto de que una vida indeseable por los sufrimientos y dolores que conlleva es una vida disponible para su titular, a través del suicidio, resulta harto difícil sostener, sin embargo, que no sería igualmente válida de aplicar la eutanasia en el mismo caso. En efecto, el sentido humanitario o piadoso de la eutanasia no tendría ninguna razón para limitarse arbitrariamente respecto de la posibilidad de suicidarse, más aún si se identifica con la voluntad del paciente -es decir, si se vuelve una herramienta a pedido-. Es más, podría entenderse incluso como discriminatorio no permitir a alguien solicitar su muerte, cuando ésta está ya justificada en sí misma, porque significaría trasladar el reproche jurídico a solicitar a un tercero lo que para uno mismo es lícito hacer.

E.3. Situaciones de vulnerabilidad que justificarían la validación del acto eutanásico o el auxilio al suicida

Las situaciones de discapacidad pueden importar vulnerabilidad de los pacientes en la perspectiva intelectual (aptitud decisoria respecto de su propia vida) o física (aptitud funcional para la realización de un acto de disposición de su vida).

La fundamentación asociada con la eventual discriminación de los sujetos con discapacidad desde la perspectiva funcional⁵¹⁸, respecto de aquellos capaces de quitarse la vida, opera, a nuestro juicio, sobre dos premisas. La primera es que el suicidio constituye un derecho y, en consecuencia, un sistema solidario habría de asegurar que el derecho se ejerza por quienes tienen algún impedimento para concretar tal ejercicio o incluso la falta de habilidad o pericia para hacerlo, lo cual reforzaría la existencia del suicidio médicamente asistido o de la eutanasia aplicada por un médico. La segunda, es que respecto de las decisiones autónomas del sujeto, existiría, además del deber de no intromisión por parte del Estado, un deber de proveer los medios para que estas decisiones se cumplan, estableciendo un modelo prestacional, asociado con el existente respecto de la protección de la salud o de la previsión social, para asegurar la disposición de la vida traducida en medidas concretas y satisfactorias. Si ambas premisas se confirmaran dentro de un orden constitucional determinado, sin duda la diferenciación o la negativa de recursos constituirían actos arbitrarios y generadores de daño.

Frente a estos postulados, consideramos que los ordenamientos jurídicos modernos no han previsto igualar el ámbito de las decisiones autónomas del sujeto a un modelo de prestaciones básicas y uniformes provisto por el Estado. Si bien algunas de estas decisiones se avalan prestacionalmente, como es el caso de brindar técnicas de reproducción asistida o, por el contrario, practicar operaciones

⁵¹⁸ Las situaciones de discapacidad asociadas con la aptitud para decidir se encuadran en la toma de decisiones por otros, tema que aparece en otros epígrafes de este trabajo.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

de esterilización a quienes así lo deciden, hay un amplio margen de conductas libres y no penalizadas que no encuentra un paralelo en prestaciones obligatorias o en un deber legislativo por parte del Estado. Tal diferenciación no corresponde a una política arbitraria, sino a la necesaria separación que el Estado ha de hacer entre los espacios autónomos del sujeto y aquéllos en que debe operarse subsidiaria y solidariamente, porque se consideran de especial importancia y responsabilidad pública⁵¹⁹.

Dentro de los espacios autónomos que en la mayoría de las legislaciones se descartan como generadores de prestaciones públicas se encuentran por ejemplo las conductas de autodaño que realizan sujetos competentes y que el Estado no impide, pero no facilita o propicia y aquellas decisiones que se consideran contrarias al orden público⁵²⁰, identificadas con los valores definidos constitucionalmente por el colectivo y no por la imposición ideológica o religiosa de unos grupos respecto de otros. Así, no importaría discriminación el no poder imponer ciertas decisiones, más allá de los límites admisibles por la Constitución, pues se trataría de la esencia del derecho y no de una categorización forzada de éste respecto de otros⁵²¹.

⁵¹⁹ "... siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, puede aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe, pero no un derecho subjetivo de carácter fundamental": FRANCISCO FARFÁN MOLINA: Ob. Cit, p. 60.

⁵²⁰ En una perspectiva asociada con la temática de la vida y la salud, el concepto de orden público se corresponde más bien con lo que se ha venido a llamar por la doctrina *el orden constitucional*, caracterizado por la existencia de una Constitución que alberga los grandes principios iluminadores de todo el ordenamiento jurídico de un Estado: "Hablamos de *principios constitucionales y de orden constitucional*, aquéllos incluidos en el texto constitucional, sean de orden axiológico o estructural, los unos preferentemente de contenido ético-político, necesitados de mediación política, o intervención del legislador, los otros de significado técnico, de especificación más fácil para el intérprete; los de orden constitucional o subprincipios, deducidos, no desprendidos, de la Constitución": JUAN JOSE SOLOZÁBAL, "Principialismo y orden constitucional", http://ddd.uab.cat/pub/worpaper/1998/hdl_2072_1311/ICPS155.pdf (sitio consultado en marzo de 2012).

⁵²¹ V.g. en la ley española 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, artículo

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Sin duda la discusión sobre los límites del orden público en materia de vida y salud es especialmente relevante en esta materia, habida consideración de tres aspectos que se desarrollarán a continuación: el análisis de si la vida representa un interés colectivo o puramente individual, la definición de si el deber general de protección de la vida humana cede ante la renuncia de su titular o la concurrencia de otras circunstancias equivalentes, y la determinación de si la voluntad autónoma del sujeto importa la validación del acto de quien dispone de su vida como si fuera propio.

E.4. La penalización de “la piedad” o “medida humanitaria” que importa la eutanasia

Sin duda quien aplica la eutanasia siente actuar de un modo legítimo. Tal convicción puede emanar de la identificación racional-legal con las causales y condiciones de aplicación de eutanasia autorizadas por la ley, por lo cual se confundirá el “deber ser” moral o profesional con la regla legal: porque actúa movido por la piedad y por el deseo de cumplir la voluntad del paciente que sufre o porque considera que la muerte que toma en sus manos está justificada por razones piadosas, esto es, por la genuina intención de liberar a una persona de una intensa agonía, considerable postración, dolor o angustia.

El primer caso no será discutido como una situación discriminatoria; por el contrario, se ajusta como conducta al estatuto general. Los otros dos, tratándose de países en los cuales la eutanasia es sancionada legalmente, nos harán preguntarnos acerca de si no es discriminatorio sancionar a: primero, quien actúa movido por una motivación “virtuosa” y asociada con el cumplimiento de la

11.3 sobre instrucciones previas, se dispone: “No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*”, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

voluntad del paciente, cuando en otras circunstancias, esa motivación es perfectamente considerada como causal de justificación, como es el caso de la actuación en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho; segundo, quien considera que la situación de dolor o sufrimiento es de tal envergadura, que justifica actuar por el que sufre, presumiendo cuál sería su decisión sobre su vida.

El examen de la situación nos devuelve nuevamente al concepto de orden público constitucional, en el sentido de que aun en el ordenamiento constitucional más liberal necesariamente el orden público impone ciertos límites en aquellas conductas que desea desincentivar, ya sea porque considere que afectan derechos de las personas o porque se considere que van en contra de los legítimos intereses del colectivo, como puede serlo la protección de la vida humana. Ello se traduce en limitaciones ordinarias asociadas con el reconocimiento y protección de los derechos, como sucede en la Carta Fundamental chilena, que encontramos limitaciones en diversos numerales del artículo 19, v. gr. el ejercicio libre de todos los cultos reconoce como límite el respeto por la moral, las buenas costumbres y el orden público; el ejercicio de la libertad de enseñanza queda sometido a la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional; el derecho a reunirse sólo es válido si se ejerce pacíficamente, sin armas y en el caso de reuniones en lugares de uso público, deberán además respetarse las disposiciones generales de policía; etc. En este mismo sentido se explican las limitaciones puntuales al ejercicio de derechos que se asocian con la declaración de estados de excepción constitucional, como la misma Constitución lo dispone en sus artículos 39 y siguientes, en relación con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, hay otro tipo de límites, asimismo basados en un concepto de orden público constitucional, que no se hallan explícitamente indicados en las garantías correspondientes, pero que pueden deducirse del contexto mismo de la Constitución o de los tratados que la complementan, fundamentalmente gracias a

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

interpretaciones jurisprudenciales, basadas en el no poder afectar los derechos de los demás sujetos⁵²², en las limitaciones que en el caso de los derechos prestacionales pueden establecerse a causa de las limitaciones fácticas del Estado en orden a proporcionar dichas prestaciones⁵²³ y en la consideración de ciertos valores colectivos como un límite respecto de los derechos individuales.

Sin embargo, esa definición de valores colectivos que pueden significar restricciones para los derechos no es un tema falto de controversia. En primer término, debemos tener presente que “el Estado laico y democrático constitucional de nuestros días, respetuoso del pluralismo religioso e ideológico, aparece generalmente como neutral ante las diversas opciones religiosas o ideológicas, garantizando el libre desarrollo del derecho a la libertad religiosa e ideológica, como ocurre en Chile, México, Costa Rica, Perú, Bélgica, Holanda, Alemania, Austria, Grecia”⁵²⁴, por lo cual esos valores no pueden ser identificados con un interés ideológico de ciertos grupos o con las creencias de ciertas comunidades, por mayoritarias que éstas sean. Ello demanda, en segundo término, basar la importancia del principio en criterios más transversales, como puede serlo el interés de preservar el orden democrático y constitucional⁵²⁵, el cual se relaciona con un concepto contemporáneo de orden público constitucional entendido como “el conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento

⁵²² Como podría ser el caso de las sentencias de la Corte Interamericana, interpretando el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

⁵²³ Desde ese punto de vista, la obligación del Estado puede ser considerada progresiva: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales introduce este elemento limitativo, cuando dispone en su artículo 1.1: “Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. La negrita es nuestra.

⁵²⁴ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ: “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 12 (2): 13 - 41, 2006.

⁵²⁵ Mencionado en el artículo 19 N° 15 de la Carta Fundamental chilena.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

armónico y normal de las instituciones sobre un sistema de valores y principios jurídicos dentro de un Estado Constitucional Democrático”⁵²⁶.

La búsqueda de tales principios transversales asociada con el derecho a la vida, por una parte, y el derecho a la autonomía, por la otra, hace que la determinación del orden público en esta materia sea especialmente compleja⁵²⁷, con mayor razón cuando se intenta justificar la sanción incluso penal de una persona que declara obrar a favor de los derechos de otra e incluso estar cumpliendo con la voluntad de ésta libremente manifestada.

Las razones que se han dado para imponer una restricción a estas posibilidades en aras del orden público constitucional emanan de las siguientes consideraciones:

- a) Existencia de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos: "deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido ... la restricción -por otra parte- debe ser proporcionada, al interés de la justicia, y debe ajustarse estrechamente al logro objetivo.”⁵²⁸
- b) Desde esa perspectiva, el límite trazado entre el justificado rechazo de tratamientos médicos por parte del paciente y la participación del médico en

⁵²⁶ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ: “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno” (citado).

⁵²⁷ Ya en general, reconoce esa dificultad la Corte Constitucional de Colombia en su fallo C-1058 de 2003: “Formular una definición lógicamente satisfactoria de orden público es empresa desalentadora, pues el ingrediente evaluativo que en ella va implícito, impide ganar una noción objetiva, universalmente reconocible. De allí el peligro de usarla como condición o límite del ejercicio de un derecho, pues cada vez que se procede de ese modo, y en ocasiones resulta inevitable hacerlo, se libra su inmensa forma vacía a la discreción de un funcionario que con su propio criterio ha de llenarla. El único control de su evaluación, entonces, estará constituido por el telos del Estado de derecho y éste, preciso es admitirlo, es también pasible de más de una valoración. (...)”

⁵²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Oc5/85, p. 46. La ley orgánica española sobre libertad religiosa agrega en su artículo 3º que los elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de la sociedad democrática son la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moral pública”.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

su muerte, que implica la penalización de la segunda de estas conductas en los Estados Unidos, se justifica por la Suprema Corte sobre la base que “prohibir el suicidio asistido concuerda con previsiones legales establecidas que prohíben el homicidio intencional y promueven la preservación de la vida”. Se privilegia, por el contrario, “mantener el papel del médico como el curador de sus pacientes, proteger a gente vulnerable de indiferencia, prejuicio y presión psicológica y financiera para acabar con sus vidas, y evitar un desliz posible hacia la eutanasia...”⁵²⁹.

- c) Aun si se considerara que hay un derecho constitucional a morir, que se manifestaría por ejemplo en el suicidio del sujeto competente, ello no permitiría transitar automáticamente a la intervención de un tercero, pues no existiría como correlato un deber a participar en esa muerte que justificara la respectiva conducta⁵³⁰.
- d) “Los tipos de los delitos contra la vida no están orientados a captar acciones contrarias a la voluntad del titular del bien jurídico o realizadas sin su voluntad. Ni del tenor literal ni del sentido de la regulación del homicidio o del asesinato cabe extraer que el ataque a la voluntad es una característica que fundamente el injusto de tal manera que mediando el «acuerdo» el correspondiente tipo no pudiera realizarse (o, en su caso, atenuarse). Antes bien, la interpretación conjunta de los delitos contra la vida conduce a sostener que allí donde, excepcionalmente, se ha querido otorgar eficacia a la conformidad del titular del bien jurídico, en relación con la intervención en el suicidio de otro y, en particular, en situaciones de eutanasia, se ha procedido

⁵²⁹ VACCO, ATTORNEY GENERAL OF NEW YORK, et al. v. QUILL et al. No. 95 1858. Argued January 8, 1997, decided June 26, 1997 (citada).

⁵³⁰ JOAN QUERALT, *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras* (Madrid, A.D.P.C.P., 1988) p. 121. Se refiere a que no hay un deber de ejecutar una muerte a petición, MERCEDES GARCÍA ARÁN, “Eutanasia y disponibilidad de la propia vida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., XXXI, 1995, p. 21. Asimismo, para el caso de España: “«la naturaleza y alcance del derecho a la vida en la Constitución española, no permite la disposición libre de la vida de otro a partir de su simple consentimiento porque, se mire como se mire, en esta clase de actuaciones el tercero lesiona el derecho a la vida de otro, protegido por el artículo 15...»: ANTONIO ROVIRA, “Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado”, *Revista de las Cortes Generales*, 67, 2006, p. 18.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

expresamente a hacerlo, y se ha hecho otorgándole eficacia meramente atenuatoria como queda dicho”⁵³¹.

Dados estos fundamentos, la penalización de ciertas formas de disposición de la vida coincidirían, de este modo, con principios de interés público, que se traducirían en limitantes a la autonomía del individuo y a la pretensión de darle muerte o intervenir en ésta aún por razones humanitarias.

F. “Derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana”: su significado

Dispone el artículo 5° de la Carta Fundamental chilena en su inciso 2°: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

El sentido y alcance de la soberanía, de esta forma, se discute en el seno de la Comisión: “la soberanía tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural. Concuera en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero sí se podría hablar del respeto a “los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana”⁵³².

⁵³¹ MERCEDES ALONSO ÁLAMO; “Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva (a propósito de la disposición sobre la vida en el auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.o 1 (2009) pp. 13-38.

⁵³² Idem, p. 17.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

a) Esta idea se debe relacionar con la servicialidad del Estado respecto de la persona humana y constituye el freno a un poder que podría, de otro modo, haberse transformado en absoluto. Dicho límite está representado en todo tiempo y circunstancia por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, redacción que también ha sido objeto de muchas críticas.

b) En efecto, se entiende por derechos que emanan de la naturaleza humana, aquéllos inherentes a la persona, reconocidos por el ordenamiento jurídico⁵³³ y que permiten a su titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos.

Son derechos esenciales o indispensables, los que aparecen consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política, como también son tales derechos los consignados en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en nuestra Patria.

c) Existe un específico deber del Estado, que consiste en el respeto y promoción de tales derechos, o sea, incentivar su mejoría en cuanto a su contenido y cantidad; no debe caer en una actitud pasiva o de omisión, sino que debe asumir una actitud positiva, constructiva o dinámica, lo cual se debe relacionar con el inciso quinto del artículo 1°.

⁵³³ A juicio de la Corte de Apelaciones de Santiago, no sólo aquéllos reconocidos por la Constitución, pues los derechos humanos preexisten a ésta: “(...) en materia de derechos humanos, y de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, existen derechos constitucionalmente implícitos que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales, entre los cuales pueden citarse el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a constituir una familia, que si bien no son Constitución en sentido formal sí lo son en el sentido material, ya que tales derechos, de acuerdo a la norma constitucional nombrada, constituyen un límite a la soberanía, por tanto, al poder constituyente derivado y a los poderes constituidos o institutivos.”: Considerando 10° letra F de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago (5° Sala) el día 26 de septiembre de 1994, rol n° 13.597 - 94, p.12. Redactado por el Abogado Integrante Señor Humberto Nogueira Alcalá.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

El primer sujeto llamado a respetar los Derechos Humanos es el Estado, pero no es el único, pues es una obligación que recae sobre todos los miembros de la sociedad política, la cual debe tomarlo como un deber propio.

La tendencia actual en Chile es la consideración global de los derechos como esenciales y no las forzadas jerarquizaciones a las cuales propendió años atrás, lo cual no impide que debamos preguntarnos, dentro de este mismo capítulo, acerca del contenido y esencia de tales derechos fundamentales, analizando si dentro de tal contenido están consideradas las precisiones o limitaciones en torno a intereses colectivos, como es el caso de la preservación y protección de la vida humana.

3. El Estado al servicio de la persona humana

Al sostener que “el Estado está al servicio de la persona humana” en su artículo 1º, la Constitución Política intenta descartar la socorrida concepción (entre fascistas, nazistas y estalinistas) que pone al hombre, a la persona humana, al servicio del Estado⁵³⁴. Ello sin duda define la adscripción del Estado de Chile, a través de la Constitución, a un modelo democrático, respetuoso de un Estado de Derecho y que abraza como grandes principios el respeto por la dignidad y derechos de las personas.

A. Interpretación de ese criterio

La palabra servicio, empleada en el inciso 4º del artículo 1º, es pertinente conectarla con su significado etimológico, “*servitium*”, “*servus*”⁵³⁵, el servicio de esclavo, es decir, el servicio de instrumento. El Estado es un instrumento que sirve

⁵³⁴ ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN Y MARÍA PÍA SILVA GALLINATO: “La servicialidad del Estado: sus fundamentos constitucionales” en *Revista de Derecho Público*, volumen 57/58 (Santiago, 1995), p. 77.

⁵³⁵ JOAN COROMINAS: *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana* (Madrid, Editorial Gredos S.A., 1973, 3ª edición) p. 535.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

al hombre. Ontológicamente es la relación de la persona con la cosa. Invertir la relación, es afectar la esencia del ser⁵³⁶.

Definir al Estado como un ente al servicio de la persona humana consagra la anterioridad y superioridad de ésta respecto del Estado, porque es ella quien lo produce. Dicha producción se inspira en la posibilidad que brinda el Estado de satisfacer necesidades complejas que no pueden ser alcanzadas por estructuras sociales más pequeñas y simples como las familias y los cuerpos intermedios.

Para nuestra Constitución, el fin y razón de ser del Estado es la persona humana, que posee derechos y deberes anteriores e independientes de la acción del Estado, el cual deberá reconocerlos, tutelarlos y promoverlos, pero no menoscabarlos ni disminuirlos⁵³⁷.

Como se expresa en las Actas Constitucionales: “La misión o fin del Estado es servir a la comunidad nacional. Ello tiene un contenido filosófico y doctrinario extraordinariamente rico y de gran proyección. Inclusive aquí está la idea de la subsidiariedad del Estado”⁵³⁸. El Estado “no debe estar al servicio de sectores, grupos o clases, sino al servicio de la comunidad total”⁵³⁹, “El Estado debe servir al hombre en dos planos esenciales: Primero, el Estado, como creación del hombre para su servicio, en su concepto, está destinado a cautelar, respecto de

⁵³⁶ HERNÁN MOLINA GUAITA: “El Fin del Estado” en *Revista de Derecho Público*, volumen 57/58 (Santiago, 1995), p. 84.

⁵³⁷ ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN Y MARÍA PÍA SILVA GALLINATO: “La servicialidad del Estado: sus fundamentos constitucionales” en *Revista de Derecho Público* (citado), p. 77. Cfr. En la *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, se señala que “tanto desde el punto de vista del ser como desde el punto de vista del fin, el hombre es superior al Estado. Desde el ángulo del ser, porque mientras el hombre es un ser sustancial, la sociedad o el Estado son sólo seres accidentales de relación. Es así como puede concebirse la existencia temporal de un hombre al margen de toda sociedad, pero, en cambio, es inconcebible, siquiera por un instante, la existencia de una sociedad o Estado sin seres humanos. Y también tiene prioridad el hombre desde el prisma del fin, porque mientras las sociedades o Estados se agotan en el tiempo y en la historia, el hombre los trasciende, ya que vive en la historia, pero no se agota en ella”.

⁵³⁸ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 40, p. 10.

⁵³⁹ *Idem*, p. 18.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

aquél, dos valores fundamentales que los constituyen, su dignidad esencial y sus libertades; y en el segundo, la acción del Estado no juega tanto con relación al hombre – individuo sino que, más bien, al medio social”⁵⁴⁰.

“Quien ejerce el poder sin entender esta idea no está “al servicio de la persona humana”; vulnera la Constitución; envilece y corrompe el Derecho, y lo que es peor aún, destruye la convivencia. Con razón, nuestros más antiguos textos fundamentales pudieron decir que “rey eres si rectamente procedes”; “si así no procedes, rey no eres”⁵⁴¹.

Es importante recalcar que el principio que nos ocupa importa un mandato a los poderes públicos, especialmente al legislador, a quien le señala que “su labor fundamental debe realizarla desde la perspectiva que los derechos de las personas están antes que los derechos del Estado y que éste debe respetar y promover los derechos esenciales garantizados por ella conforme al inciso segundo del artículo quinto y, en consecuencia, toda legislación que se aparte o ponga en peligro el goce efectivo de las libertades y derechos que la propia Carta Fundamental reconoce y asegura, adolece de vicios que la anulan al tenor de sus artículos sexto y séptimo”⁵⁴².

B. El concepto de “orden público” en relación con la persona humana

El espíritu personalista de la Carta de 1980 y las reformas posteriores a 1990 que sufrió la Carta dejaron bastante en claro que las personas y sus derechos no eran sacrificables en aras del ejercicio del poder del Estado, como bien queda demostrado en la redacción ya mencionada de los artículos 1° y 5°. Sin embargo,

⁵⁴⁰ Idem, sesión n° 38, p. 11.

⁵⁴¹ EDUARDO SOTO KLOSS: “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad” en *Revista de Derecho Público*, volumen 57/58 (Santiago, Universidad de Chile, 1995) p. 27.

⁵⁴² Fallo del Excmo. Tribunal Constitucional de fecha 4 de enero de 1995, rol n° 198.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

ello no impide que la propia Constitución haga algunas consideraciones de orden público que, lejos de pretender afectar a la persona humana o ignorar su deber de servicio a ella, más bien enmarcan las posibilidades de invocar autonomía de un modo absoluto.

La determinación de los derechos en una perspectiva de orden público constitucional demandaría, a fin de evitar caer en corrientes de jerarquizaciones de derechos, determinar la esencia de éstos. Tal tarea, no exenta asimismo de controversias, parece haber suscitado un cierto acuerdo, en el sentido que debe entenderse por esencia de un derecho todo aquello que es consustancial a él, en términos tales que, faltando, deje de ser tal o se confunda con otro derecho. Tal cosa constituye el núcleo intangible del derecho⁵⁴³.

En tal perspectiva, y para poder aproximarse a tal esencia, Díez-Picazo considera que deben usarse dos criterios complementarios: uno dogmático, consistente en la parte del contenido que permite la reconocibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo, y uno de jurisprudencia de intereses, consistente en la parte del contenido que resulta necesaria para que queden protegidas las finalidades y los intereses que el derecho subjetivo debe servir y de que es instrumento⁵⁴⁴.

El Tribunal Constitucional español ha considerado que la determinación de la esencia de un derecho debe efectuarse siguiendo dos caminos. *El primero* es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones

⁵⁴³ Cfr. ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

⁵⁴⁴ LUIS DÍEZ-PICAZO: “Algunas Reflexiones sobre el Derecho de Propiedad Privada en la Constitución” en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Madrid, Editorial Civitas, 1991) t. I, pp. 1262-1263.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el “*nomen*” y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en ese sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata ya las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trata de derechos constitucionales. El *segundo* posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ Sentencia 11/81 de 8 de abril de 1981, ratificada en las sentencias 13/1984, 53/1986 y 13/1986. Este criterio es seguido por el Tribunal Constitucional chileno: “Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consubstancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador la somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de la tutela jurídica”: Sentencia de 24 de febrero de 1987.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Sobre la base de tales concepciones, los derechos de la persona humana que el Estado está constitucionalmente no sólo llamado sino obligado a servir serán afectados en su esencia por condicionantes de orden público que éste pudiera invocar, cuando tales limitaciones lo hagan impracticable, resulten irrazonablemente dificultosas para su ejercicio o lo dejen desprovisto de protección, análisis sobre el cual volveremos al tratar el contenido del derecho a la vida y del derecho a la decisión autónoma del paciente.

C. Relación entre la protección estatal y un eventual deber de autocuidado

Ya hemos mencionado que el Estado tiene un deber de servicio de la persona humana y ello importa, dentro de sus deberes “dar protección a la población y a la familia”, de acuerdo al artículo 1° de la Carta Fundamental. Este deber, si bien ha sido originalmente interpretado en asociación con la seguridad ciudadana, tiene un contenido mucho más profundo asociado con la vulnerabilidad del ser humano.

En efecto, todos somos potencialmente vulnerables, lo que es propio de la fragilidad inherente a nuestra naturaleza, a lo cual se agregan vulnerabilidades específicas en relación con situaciones que a ciertas personas les acontecen. Al Estado le corresponde tomar acciones preventivas para evitar que la vulnerabilidad de los sujetos no se traduzca en vulneraciones concretas y, si ello llegara a ocurrir, adoptar acciones reparadoras para enmendar tal situación.

Como es obvio, las capacidades preventivas del Estado tienen ciertas limitaciones, no sólo explicadas porque los recursos del Estado no son infinitos, sino porque su capacidad de previsión tiene un marco de acción dado por los derechos de las personas que puedan eventualmente ser vulneradas, pero también de aquellas que pueden afectar a las primeras. Así, no puede transformarse en un estado policial que aplique leyes de estados antisociales, no puede encarcelar preventivamente a sujetos que pareciera pueden cometer delitos, no puede establecer interdicciones

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

anticipadas sobre quienes ostentan conductas de riesgo ni hacer distinciones odiosas entre los ciudadanos. El respeto por la autonomía, la presunción de inocencia, el derecho a defensa jurídica y el establecimiento de principios asociados con el debido proceso impiden ese tipo de actuaciones.

Enfrentado ya el Estado a las acciones reparatoras respecto de quienes, de vulnerables han pasado a ser vulnerados, debe seleccionar los instrumentos jurídicos más eficaces para restablecer a la persona afectada en sus derechos, lo cual deriva en la creación de acciones de tutela o cautelares⁵⁴⁶, acciones de clase⁵⁴⁷, acción popular⁵⁴⁸, las cuales tendrán mayor o menor efectividad según el entorno cultural en el cual son desarrolladas, pues en los ambientes en que se propicia la vulneración permanente de derechos la corrección por la vía de herramientas del Derecho es harto más difícil y menos efectiva⁵⁴⁹.

Frente a este deber del Estado que, como se ha dicho, se manifiesta con mayor fuerza respecto de las personas más vulnerables, como podría ser el caso de los pacientes⁵⁵⁰, cabe hacerse la pregunta de si existe constitucionalmente, como contrapartida, un deber de autocuidado de la persona, que pueda manifestarse en obligaciones jurídicamente exigibles o en limitaciones a su decisión autónoma.

⁵⁴⁶ Como es en Chile el caso de las acciones constitucionales de protección y amparo.

⁵⁴⁷ Como se contemplan en nuestro país a propósito de derechos específicos, cuyo es el caso de los derechos del consumidor.

⁵⁴⁸ Que en Chile no existe en la materia que nos interesa, pero sí en otras, como es el caso de los grupos, movimientos o partidos que se sitúan fuera de los márgenes del pluralismo democrático y que pueden ser denunciados ante el Tribunal Constitucional.

⁵⁴⁹ Cfr. ENRIQUE URIBE ARZATE ET AL: “La protección jurídica de las personas vulnerables”, *Revista de Derecho* N° 027 Julio (Universidad de Barranquilla, Colombia, 2007) pp. 205-229.

⁵⁵⁰ “La enfermedad, la incapacidad y el sufrimiento son algunas de las circunstancias que causan vulnerabilidad, de la misma forma que durante la infancia y tercera edad, los individuos requieren de cuidado”: FR. TORRALBA, *Antropología del cuidar* (Madrid, Institut Borja de Bioética/Fundación Mapfre Medicina, 1998).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

En una perspectiva paternalista de la medicina, más que un deber de autocuidado, la pregunta se respondería desde la primacía de las decisiones médicas sobre un paciente puramente destinatario de ellas, de modo tal que la contrapartida del deber del Estado como protector sería el fiel cumplimiento de las instrucciones y voluntad del experto, por parte de los que son protegidos, manteniéndose entonces en la órbita de resguardo. Sin embargo, la consagración del consentimiento informado y de la autonomía del paciente como ejes contemporáneos de la relación médico-paciente impide visualizar al paciente como un puro destinatario de la decisión médica, sino como alguien que acepta o rechaza intervenciones médicas, que tiene derecho a la información y a preservar su propio plan de vida.

Sobre esa premisa, habrá entonces de reformularse el interrogante: ¿tiene algún deber de autocuidado el paciente, pese a su derecho a consentir o rechazar tratamientos, que pueda manifestarse en obligaciones exigibles o en límites a su autonomía?

Por lo general, en las democracias contemporáneas, esta posibilidad se analiza desde tres perspectivas:

- a) El autocuidado importa, en su máxima expresión, una expresión de la voluntad del sujeto, que pueda promocionarse por parte del colectivo, lo cual implica: “Debe ser una filosofía de vida y una responsabilidad individual íntimamente ligada a la cotidianidad y a las experiencias vividas de las personas, pero a su vez debe estar fundamentado en un sistema de apoyo formal e informal como es el sistema social y el de salud”... y a la vez, “es una práctica social que implica cierto grado de conocimiento y elaboración de un saber y que da lugar a intercambios y relaciones interindividuales”⁵⁵¹.

⁵⁵¹ TULIA MARIA URIBE: “El autocuidado y su papel en la promoción de la salud”, en <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd26/fulltexts/0467.pdf> (sitio consultado en marzo de 2012).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

b) Más allá de esa voluntad, el Estado puede restringir la libertad personal y la capacidad decisoria del paciente allí donde el autocuidado puede significar, al faltar, un daño para otros. En ese entendido:

b.1 Pueden establecerse legalmente obligaciones de brindar información epidemiológica, lo que no significa revelar la identidad del paciente: el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 20/1992, de 14 de febrero, se ha pronunciado al respecto: “ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre el origen y la evolución, en todos los órdenes, de un determinado mal, no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes la padecen... Tal información no es ya de interés público”⁵⁵².

b.2 Asimismo, puede imponerse al paciente la obligación de brindar información a terceros que arriesguen ser contagiados por él de una enfermedad grave: “la postura deontológica oficial ante estas situaciones refuerza el derecho de información de las personas que, por su convivencia con el enfermo, corren riesgo de ser contagiadas. *Si el paciente se negare a ello, el médico tiene la obligación de intentar convencerlo, advirtiéndole que, si persiste en su negativa, será el mismo médico quien lo haga*”⁵⁵³. A esta obligación informativa se añade la consagración penal de delitos de contagio intencionado⁵⁵⁴

⁵⁵² Cfr. Texto del fallo en <http://ocw.usal.es/eduCommons/ciencias-sociales-1/derecho-a-la-informacion/contenidos/SENTENCIAS/2do%20BLOQUE/PDF/STC%2020-1992.%20de%2014%20de%20febrero.pdf>, sitio consultado en octubre de 2012.

⁵⁵³ CONCLUSIONES DEL III CONGRESO NACIONAL DE COMISIONES DE DEONTOLOGIA MÉDICA (Valencia, 1-3 de mayo de 1992), citadas en JOSE IGNACIO SABALETE MOYA, “*El secreto médico. Aspectos jurídicos*” en <http://www.leysab.com/descargas/secretomedico.pdf>,(sitio consultado en marzo de 2012).

⁵⁵⁴ V.g la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública de España considera en su artículo 57 como muy graves “La realización de conductas u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población”.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

b.3 En caso de ciertas enfermedades epidémicas, hay ordenamientos jurídicos que prevén su tratamiento obligatorio: “Todo habitante del país tienen la obligación de someterse a las medidas profilácticas o de asistencia que se impongan cuando su estado de salud, a juicio del Ministerio de Salud Pública (MSP), puede constituir un peligro público. El MSP podrá imponer, cuando lo estime necesario, la denuncia y tratamiento obligatorio de las afecciones que por su naturaleza o el género de ocupaciones a que se dedica la persona que la padezca, pueda tener una repercusión sobre la sociedad”⁵⁵⁵.

- c) En aquellos casos en que no se dan los supuestos anteriores, los ordenamientos jurídicos contemporáneos resisten imponer forzosamente medidas de autocuidado⁵⁵⁶, por lo cual en esa materia rige el principio de

⁵⁵⁵ Ley Orgánica 9.202 del 12/01/1934, artículo 4º, Uruguay.

⁵⁵⁶ Al respecto, expresa la sentencia 37/2011, de 28 de marzo de 2011, del Tribunal Constitucional español, BOE Núm. 101 Jueves 28 de abril de 2011 Sec. TC. Pág. 46: “El derecho del art. 15 CE protege, según doctrina reiterada de este Tribunal (recopilada, entre otras, en las SSTC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2), «la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Estos derechos, destinados a proteger la «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), «han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad», orientada a su plena efectividad, razón por la que «se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada» (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4). Además de ello, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 5/2002, de 14 de enero, FJ 4)./ “Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Por esa razón, hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

autonomía, pero sí se establecen límites a este principio en relación con la solicitud eutanásica⁵⁵⁷, el suicidio médicamente asistido o la solicitud de intervenciones mutiladoras⁵⁵⁸. Las razones de esas limitaciones pueden ser de distintos órdenes:

c.1 Posibilidad de que el aparente ejercicio de autonomía refleje, en realidad, imposición social o presión para que el sujeto asuma una determinada decisión que importa dañarse a sí mismo, como sucedería en los casos de MGF o de eutanasia solicitada por pacientes en estado de abandono o bajo situaciones de presión. Sin embargo, éstas no serían reales limitaciones a la autonomía sino ciertas presunciones del sistema acerca que las decisiones de este tipo serían de suyo *irracionales* y, por ello, no libres.

c.2 En los casos de disposición voluntaria de la vida por parte de pacientes competentes el fundamento que se ha dado para imponer limitaciones a sus decisiones autónomas y, por esa vía, imponerles indirectamente ciertos rangos de autocuidado se basa en las siguientes reflexiones:

señalado, tenga una justificación constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6)”.

⁵⁵⁷ Como ocurre con la Ley n° 20.584, de 24 de abril de 2012 (vigencia diferida al 1° de octubre de 2012), que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud en Chile.

⁵⁵⁸ Como es el caso de la mutilación sexual femenina (MSF) considerada por ACNUR como causal de asilo y respecto de la cual se considera que, aún de ser solicitada voluntariamente, no es por ello reflejo de consentimiento informado: “La decisión o presión para llevar a cabo una MGF sobre una niña o mujer no se halla necesariamente inspirada por designios malévolos. Es muy probable que los padres, o la comunidad en su conjunto, observen el procedimiento como defensores de valores tradicionales, culturales, sociales o religiosos, y no posean la concepción de hallarse cometiendo una violación de los derechos humanos. No existe, sin embargo, ningún requisito de intención malévola o punitiva por parte del actor para que el daño en cuestión sea considerado persecución. Incluso cuando la niña o mujer involucradas parecen superar su temor al daño y someterse voluntariamente al procedimiento para conformarse a la comunidad de valores y normas, no debe, necesariamente, considerarse que ha tomado una decisión informada, libre de coerción”: GUIAS SOBRE LAS SOLICITUDES DE ASILO RELATIVAS A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Ginebra, Mayo 2009, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4aa77c532.pdf> (sitio consultado en marzo de 2012).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

- i. Consideración de la vida como un bien de interés colectivo, que el Estado está llamado a proteger más allá de la pura voluntad individual de los sujetos. Ello no implicaría, como ya se ha explicado, un deber de vivir, pero sí la imposibilidad de acudir a ciertas medidas de disposición como lo sería la intervención de terceros.
- ii. Si bien existiría la posibilidad de decidir la propia muerte como una extensión de la autonomía del sujeto, tal decisión no representaría en sí un derecho constitucional garantizado, que implicara prestaciones por parte del Estado⁵⁵⁹.
- iii. El sujeto, desde la autonomía individual, no tendría la facultad de liberar a otros de la reprochabilidad de intervenir en la muerte de otro ser humano, ya sea propiciándola o causándola, porque por más que sus intenciones fueran humanitarias trasgredirían el límite fijado por el ordenamiento jurídico, que no obliga –salvo a aquéllos que se encuentran en posición de garantes– a cuidar a los demás, pero sí les impide participar en la muerte de otros. Ello implicaría que la vida como bien jurídico penalmente protegido tendría un contenido independiente de la voluntad del titular, no para imponerle vivir como ya se ha dicho, sino para coartar su posibilidad de invocar el auxilio de otro en relación con la propia muerte.

⁵⁵⁹ Cfr. Caso Nancy Cruzan resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos (Cruzan v. Director Missouri Department of Health, 497 US 261 (1990): En su resolución, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en primer lugar, reconoció la existencia de un derecho a morir, pero enfatizó que tal derecho no deriva de un derecho constitucionalmente protegido a la intimidad (*privacy*), sino del derecho a la autonomía individual firmemente asentado en el *common law* y confirmado en la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución. Esto es, el Tribunal quiso claramente apartarse de las previas decisiones de los tribunales estatales que enmarcaban el derecho a morir en el derecho a la intimidad, y prefirió configurarlo como una manifestación de la libertad (*liberty interest*) protegida dentro de la XIV Enmienda.

D. La autonomía como parte de los elementos que han de protegerse en la persona humana: John Stuart Mill en la perspectiva constitucional contemporánea

John Stuart Mill, uno de los grandes filósofos del Liberalismo, trató de una manera muy atractiva el tema de la autonomía del individuo y su relación con la sociedad civil. En su ensayo *Sobre la libertad*⁵⁶⁰, Mill discurre sobre las siguientes premisas asociadas con nuestro tema:

- a) “Tan pronto como algo de la conducta de una persona afecta perjudicialmente los intereses de otras, la sociedad tiene jurisdicción sobre ello... Ni una ni muchas personas tienen derecho a decir a un semejante, de edad madura, que no debe hacer con su vida lo que más le convenga, en aras de su propio beneficio...”.
- b) “El término *deber para con uno mismo*, cuando significa algo más que prudencia, tiene que ver con el respeto y desarrollo de uno mismo, y nadie tiene que rendir cuentas ante sus semejantes por ninguna de las dos cosas, porque a nadie se puede exigir que los lleve a cabo por el bien de la humanidad”.
- c) “En pocas palabras, siempre que exista un daño concreto o un claro riesgo del mismo, bien sea para un individuo o para la población en general, el asunto cae fuera del terreno de la libertad para situarse en el de la moralidad o el derecho”.

Este marco de pensamiento liberal no puede, indudablemente, dejarse de lado si consideramos las posibilidades que tiene el hombre de tomar decisiones acerca de

⁵⁶⁰ JOHN STUART MILL: *Sobre la libertad* (Madrid, Sarpe, 1984).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

su vida, las que se asociarían con *el principio de daño* en el pensamiento de Mill: “Este principio afirma que el único fin por el que está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. *Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros.* Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a hacer algo, o a abstenerse de hacerlo, porque sea mejor para él, porque le haría feliz o porque, en opinión de otros, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir o razonar con él, para persuadirle o suplicarle, pero no para obligarle o infringirle algún daño si actúa de otro modo. Para justificar esto debe pensarse que la conducta de la que se le quiere disuadir producirá un daño a otro. *La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que afecta a los demás.* En la parte que le concierne a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano... Son innumerables las consecuencias que se pueden extraer de este principio, en casi todos los ámbitos de la vida humana. El derecho, la política, la economía, la sociología y quizá hasta la historia pueden ser entendidos y desarrollados de muy distinta forma si tomamos como punto de partida la frase de Mill sobre el principio de daño... Su utilidad consiste, entre otras cuestiones, en señalar una frontera intraspasable para los poderes públicos y para los poderes privados: la que concierne al cuerpo de las personas y a los actos humanos que no trasciendan hacia la esfera jurídica o moral de los demás. Esa frontera es la que señala, en un primer momento, hasta dónde pueden llegar las reglas del derecho o de la ética. La soberanía sobre el propio cuerpo se proyecta en una serie de cuestiones tan dispares como el consumo personal de drogas, el aborto, la eutanasia, los tatuajes, las prácticas sexuales, etcétera”⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Cfr. el análisis efectuado en CARLOS SANTIAGO NINO, *Ética y derechos humanos*

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Sobre esa base, Peter Singer puntualiza que quizás la consideración sobre la autonomía que hace Mill confía excesivamente en la racionalidad humana, pero no ve que ello sea óbice para que sus argumentos sirvan para apoyar una tesis favorable a la eutanasia, puesto que considera que ésta está fundada en la base racional de la propia decisión. Por tal causa, la eutanasia sería justificable si a los que se quita la vida “carecen de capacidad o comprensión para dar su consentimiento o tienen la capacidad para elegir entre su propia vida continuada o muerte y para tomar una decisión informada y voluntaria sobre ella”⁵⁶².

Si se asocia la racionalidad con la decisión válida de morir o la irracionalidad con la posibilidad válida de matar, sin duda ello importa una representación de la autonomía que deja espacios a las interpretaciones sociales sobre lo que puede ser una muerte justificada. Si aceptamos, de este modo, que la sociedad puede hacer una valoración de la vida en momentos en que no estamos en condiciones de hacer la propia, deberíamos cuando menos preguntarnos acerca de la validez de hacer una valoración contraria y decidir proteger aspectos de nuestra vida aún más allá de nuestra voluntad. Tal posibilidad se vincularía a nuestro juicio, con una nueva mirada hacia el concepto de daño y la pregunta radica en si puede considerarse un daño hacia la sociedad que las personas puedan ser matadas o ayudadas a morir por otras⁵⁶³, pues, como ya se ha visto, la disposición de la vida sin participación de otro podría corresponder, en el pensamiento de Mill, a aquellos actos que pueden ser moralmente reprendidos por los demás pero no prohibidos por el Estado.

(Barcelona, Ariel, 1989).

⁵⁶² PETER SINGER: *Ética práctica* (Barcelona, Ariel, 1995) p. 204.

⁵⁶³ PEDRO SERNA Y PEDRO RIVAS: “La decisión política de despenalizar la eutanasia”, *Boletín Científico de la Asociación Chilena de Seguridad*, junio/diciembre 2001, pp. 50-61: “Lo privado... es un concepto negativo respecto de lo público, es lo privado de publicidad: no aquello que no tiene en absoluto repercusiones ni posibilidad de dañar intereses o derechos de terceros, sino lo que colectivamente se determina como el ámbito en que debe actuar el individuo y no la comunidad”.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Sobre el daño social que podría implicar para la sociedad una situación como la descrita es importante tener presente, para luego volver sobre este punto, que el Derecho ha definido la vida como un bien jurídico que es protegible de todo atentado contra ella, pero que no importa respecto del titular un deber material de autocuidado que pueda ser exigido por el Estado. Así, la vida es un derecho pero no una obligación para su titular, pero sí representa un deber de abstención para la generalidad de los sujetos y un deber de cuidado hacia la vida de otros por parte de quienes asumen jurídicamente una posición de garantes.

Si existe tal deber general de abstención respecto de la vida de otro no se produciría en realidad un daño social en la conducta de autolesión, sino en aquella conducta de un sujeto que pretendiera levantar el deber general de abstención respecto de otras personas, pues esa decisión sí importaría una conducta con impacto en el orden social: representaría un quebrantamiento de ese deber de abstención y produciría, eventualmente, un detrimento o menoscabo en la esfera de resguardo de la vida humana que el Derecho impone precisamente a la sociedad, no al sujeto individualmente considerado.

De acuerdo al pensamiento de Carl Wellman, estaríamos en presencia de un deber negativo general (deber de abstención de daño): “El hecho de que muchos, quizás todos menos uno, se abstengan de matar a un individuo no vuelve redundante la acción de algún otro individuo adicional o de una organización o del Estado de abstenerse de privarlo de su vida. Por el contrario, la vida de un individuo se salva sólo si todo el mundo... cumple con su deber de no privar de la vida al derecho habiente”⁵⁶⁴.

De ese modo, quien cumple con el deber general de abstención de daño no sólo beneficia a quien es titular del derecho a la vida⁵⁶⁵, sino a la sociedad toda, que ha

⁵⁶⁴ CARL WELLMAN: *Welfare rights* (New Jersey, Totowa, 1982).

⁵⁶⁵ Lo cual importa considerar a la vida como un beneficio de suyo, lo cual es fuertemente discutido porque quienes defienden una tesis más ajustada a la calidad de vida como verdadero valor de la vida humana.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

considerado relevante imponer tal deber. ¿Cómo se resuelve entonces la disparidad de criterio entre el titular de la vida y la sociedad que busca protegerlo, más allá de su voluntad? Necesariamente, en la mayoría de las sociedades contemporáneas, el tema se resuelve sobre la base de una consideración favorable a la definición social de daño por sobre la definición subjetiva de éste por parte de una persona: “el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación; se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general —y el primero que antecede a todos— el de no lesionar a los demás en sus bienes —acuñado en el latín con la expresión *neminem laedere*—; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho. La observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica. La existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado —nadie que viva en sociedad se comporta como un ermitaño que sólo respeta las normas de su conciencia—. Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus está haciendo un uso arbitrario de su libertad, está configurando un estado de cosas que el Derecho desapruueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le atribuye una responsabilidad jurídico-penal”⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ JOSÉ ANTONIO CARO JOHN: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf (sitio consultado en marzo de 2012).

V. El derecho a la vida como garantía constitucional

El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona son los derechos fundamentales por excelencia; importan una base de protección que el ordenamiento jurídico brinda al individuo y que posibilita su ejercicio de todas las demás prerrogativas.

Lo anterior obliga a tener presente que no se trata de unos más de tantos derechos que encontramos en diversas declaraciones, cartas y listados, sino que constituyen una suerte de derecho *germen*, inicio de todos los demás y, por ello, especialmente relevante y esencial. Estos derechos son inseparables del sujeto en el cual recaen, como aspectos esenciales de él, y a diferencia de otras garantías tales como la propiedad, la libertad de asociación o de reunión, no son susceptibles de ser estudiados u observados separadamente de su titular. De ello resulta el hecho de que no pueden serle suspendidos ni restringidos ni aun en las circunstancias más extraordinarias o graves, ya que toda interrupción o imposibilidad de ejercerlos deriva en la destrucción o en el menoscabo irreparable del individuo.

Sólo la privación del derecho a la vida ha sido admitida en los diversos ordenamientos jurídicos, habida consideración de conductas de tal modo graves y atentatorias contra el orden social, que justifican que la vida sea sacrificada ya sea como una forma de sanción extrema impuesta por el bien común o como un resultado de una conducta justificada en la legítima defensa. Sin embargo, aun en casos como éstos, existen posturas firmemente contrarias a la imposición de la pena de muerte, que tendremos ocasión de detallar.

De esta forma, la vida y la integridad humanas son un pilar fundamental del Derecho, no sólo en su aspecto constitucional, sino en el conjunto del ordenamiento jurídico, que, como producto humano, se dirige precisamente al bien del hombre y a la salvaguarda de sus atributos fundamentales. La protección que el Derecho les debe, en consecuencia, implica el reconocimiento de dos

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

fuentes íntimamente ligadas entre sí: la dignidad intrínseca del ser humano y el Derecho como elemento que se legitima precisamente al servicio de esa dignidad.

En las constituciones chilenas anteriores a la de 1980 no habían sido consagrados en forma explícita, lo que no debe llevar a pensar que se desconocían. Por el contrario, se daban por entendidos, como una suerte de prerrequisito evidente de las garantías del ideario liberal e incluso de los derechos económicos y sociales cuando empezaron a ser introducidos en las cartas de derechos. Asimismo, los bienes “vida” e “integridad física” se encontraban protegidos por el ordenamiento penal, a través de la existencia de delitos tales como el homicidio, el parricidio, el aborto, las mutilaciones y lesiones, aunque sin duda esa protección y su conceptualización de apoyo resultaban insuficientes.

Frente a tal escenario, las crecientes demandas jurídicas, particularmente intensificadas a fines de la Segunda Guerra mundial, evidenciaron la necesidad de incluirlos de manera expresa: “se establecen los fines perseguidos por el movimiento constitucional que se inicia en el siglo XVIII y pese a su evolución sigue propiciando hasta hoy la dignidad del ser humano, como valor supremo, y en la forma en que el Estado tiene que respetar el ámbito de acción privada del individuo”⁵⁶⁷, cosa que se concretaría precisamente en la Carta de 1980, en su artículo 19 n° 1.

1. Las razones del surgimiento de esta garantía

La introducción de este precepto se realizó en consideración a que frente a un desarrollo sistemático y verdaderamente racional de la Constitución, se hace necesaria la consagración del derecho a la vida, en virtud del menosprecio que en la actualidad la ha afectado, cometándose delitos de la más diversa naturaleza en

⁵⁶⁷ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 24, p. 3.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

su contra. Aún más, el sacrificio que de ella se ha hecho se estima como secundario e incluso instrumental cuando se exaltan otros valores. Entre los argumentos que fueron invocados a este respecto estaba que este derecho es por lo demás inspirador de otras normas de protección que encuentran su centro en el respeto fundamental a la vida humana. En consecuencia, el derecho a la vida debe manifestarse en forma clara desde el comienzo del listado de los derechos que contempla la Carta, ya que el valor indudable que sostiene toda la estructura de la convivencia social y de las relaciones humanas es el derecho a vivir⁵⁶⁸.

Ello guarda plena concordancia con el hecho que la estructura de la Carta Fundamental de 1980 descansa en una concepción humanista y cristiana del hombre, que de acuerdo a la historia fidedigna de ésta, se identifica con el sentir e idiosincrasia de la comunidad nacional, que considera que la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales son anteriores al ordenamiento jurídico, el cual debe prestarles una protección eficaz y segura⁵⁶⁹.

Sobre la extensión de este derecho, se ha de indicar que “todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida y de exigir que el ordenamiento jurídico se la proteja contra atentados de la autoridad y de particulares”⁵⁷⁰.

Lo anterior no sólo se fundamenta en el hecho de que el ser humano tenga una dimensión material y espiritual, por el hecho de contar con cuerpo y alma, sino en que por la circunstancia de privarlo de la vida, constituida ésta en un componente fundamental, ello implica destruirlo y llevarlo irremediablemente a su fin. Esta es una situación única en que por despojar a un ser de un carácter determinado éste se destruye, lo que como ya se ha explicado no ocurre con todos los derechos y

⁵⁶⁸ Vid. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión N° 89.

⁵⁶⁹ Idem, sesión N° 18, p. 23.

⁵⁷⁰ *Ibíd.*

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

libertades, sin perjuicio que también han de ser protegidos y garantizados por la Constitución, por ser igualmente partícipes de la dignidad humana.

Sobre el particular Alejandro Silva Bascuñán ha sostenido que “este derecho o garantía debe ser necesariamente destacado en la actualidad, ya que, desde hace algún tiempo, la vida humana ha sido menospreciada, que se han cometido diversos y deleznable delitos que atentan contra ella. Considera que debe contemplarse el derecho a la vida junto con el derecho a la integridad física, porque, en definitiva, lo que hay que asegurar es una vida realmente humana”⁵⁷¹.

Entendido el concepto *vida* como un fenómeno “constituido, pues, por la capacidad real de un ser de ser la causa y el fin de su propia acción: esto significa justamente la expresión *acción inmanente*”⁵⁷², podemos distinguir diversos aspectos como componentes de la protección que le es debida y que se ordenan, de alguna manera, de forma cronológica, es decir, desde el momento de la concepción hasta el de la muerte:

a) En primer término, la vida humana es objeto de protección constitucional desde la concepción⁵⁷³, ya que desde ese momento estamos en presencia de un ser humano que reúne en sí todas las calidades y requisitos de tal, sin importar que

⁵⁷¹ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 84, p. 16.

⁵⁷² ELIO SGRECCIA: *Manual de Bioética* (México D.F., Editorial Digna, 1996, 1ª edición) p. 87.

⁵⁷³ El texto aprobado en la Cámara de Diputados, durante la segunda discusión particular del proyecto de ley contenido en el Boletín n° 1993-11 que regula la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana, hoy Ley N° 20.120, establece el siguiente Artículo 1°: “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”. El tenor de este artículo es una confirmación del modelo constitucional de protección de la vida del que está por nacer desde el momento de su concepción.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

aún no haya desarrollado todas las potencias propias del hombre⁵⁷⁴, y que por ello cuenta desde ya con la calidad de persona, que lo hace ser reconocido como digno y merecedor de la protección constitucional. Como lo manifestara el profesor José Luis Cea, quien fue invitado a las sesiones de la Comisión en que se discutió el tema de los derechos humanos, señalando que éstos “se conceden no sólo al ser humano que ya tiene capacidad jurídica, sino también al ser desde el momento en que es concebido y hasta después de su muerte”⁵⁷⁵.

Lo anterior incluye el resguardo de la criatura mientras se encuentra en el vientre de su madre, como también la protección de la salud de ésta y de sus condiciones de vida durante el embarazo. Asimismo, deben proporcionarse a ambos las condiciones materiales y espirituales que aseguren que el nacimiento se desarrolle en un ámbito de respeto y protección.

b) Una vez que la persona ha nacido, la protección constitucional que le corresponde implica que sea resguardada de todo atentado contra su vida⁵⁷⁶, como asimismo que se tomen todas las medidas conducentes –dentro de los recursos de cada grupo humano– para que la vida de la persona tenga la mejor calidad posible, lo cual no se agota sin duda en prestaciones materiales, sino que también incluye una gran cantidad de factores psicológicos y espirituales.

En efecto, en atención a que, en el artículo 1° de la Carta y también como base de la institucionalidad, se indica que el Estado se encuentra al servicio de la persona, es menester que la vida no sólo sea objeto de protección en sentido negativo, sancionando todo acto u omisión atentatoria, sino que se haga al Estado

⁵⁷⁴ “La dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón”: JOAQUÍN ARCE Y FLOREZ – VALDÉS: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional* (Madrid, Civitas, 1990), p. 148.

⁵⁷⁵ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 88 p. 21.

⁵⁷⁶ “La prestación que corresponde a este derecho consiste en una conducta: acción u omisión, de respeto y salvaguarda al bien básico de la vida”: CARLOS IGNACIO MASSINI: “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos” en C. I. MASSINI Y P. SERNA (editores) *El Derecho a la Vida* (Pamplona, Eunsa, 1998) p. 193.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

responsable de su promoción y esto se ha de entender como, por ejemplo, diseñar políticas estatales que mejoren la calidad de vida de las personas o que se ocupen de los sectores más apartados de la sociedad. La materialización de esta labor nos dirige a la vinculación con otras garantías constitucionales como vivir en un medio ambiente libre de contaminación o la protección de la salud, entre otras.

No se trata exclusivamente de que la vida se desenvuelva libre de atentados, sino también de hacer de ella algo mejor y acorde a las posibilidades que los recursos del Estado lo permitan.

Ello, sin embargo, no debe transformarse en una transposición entre la dignidad de la vida y la calidad de ésta, como algunas tendencias de la postmodernidad han pretendido, sino más bien considerar que la dignidad de la vida importa la búsqueda de una calidad aceptable de éste, como un objetivo del Estado hacia las persona, que demanda tomar decisiones respecto a aquellas vidas que irremediablemente sean de mala calidad⁵⁷⁷, sin que por ello se ignore que “la dignidad de la vida debe ser respetada a ultranza, pues conlleva en sí una objetividad propia”⁵⁷⁸.

c) En relación con lo anterior, toda vida humana debe ser tratada dignamente. En este punto se debe recordar que toda persona humana es digna por ser tal y ello directamente lleva a excluir la alternativa de que se le trate como cosa o de modo indigno: “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera sea la situación en que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales,

⁵⁷⁷ Decisiones que pueden ser de muy diversa naturaleza y objetivo.

⁵⁷⁸ NATALIA ROA VIAL: “La calidad como aspecto de la dignidad de la vida” en ARMANDO ROA: *Ética y Bioética* (Santiago, Andrés Bello, 1998) p. 252.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁵⁷⁹.

d) Este derecho también se proyecta al período final de la vida del ser humano. En esta etapa, su manifestación se refiere al trato digno de las personas que enfrentan graves postraciones o enfermedades, respetándolas, acompañándolas y procurando mitigar su dolor. En el mismo sentido, la muerte debe ser reconocida como un momento íntimo y trascendente del ser humano, en el cual éste no debe ser abandonado, sino por el contrario, gozar de una particular consideración: “Morir con dignidad significa que, cuando ha llegado el momento de dejar la vida, esto suceda sin estar solo, en el hospital, entubado, inyectado, conectado a fríos aparatos, desfigurado, con dolor, sino entre los seres queridos, en el hogar, con el afecto de familiares y amigos, de la mano de quien en la vida nos acompañó y dio sentido”⁵⁸⁰. Ello no significa, por cierto, que la situación de internación hospitalaria de los pacientes terminales sea, de suyo, negativa, sino que debe considerar las necesidades de acompañamiento y de contacto con los seres queridos, lo cual motiva –en los casos en que ello es posible– buscar fórmulas de cuidado domiciliario que ofrezca las garantías de los servicios clínicos en un entorno emocionalmente favorable.

⁵⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 120/1990 de 27 de junio, cuyo fundamento jurídico estriba en la distinción entre la autonomía asociada con la propia vida y el eventual derecho a la propia muerte, sometida en cuestión asociada a huelguistas de hambre al sentenciador constitucional: “Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho”. Vid. un comentario sobre esta cuestión en ANDRÉS OLLERO TASSARA, “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?” en C.I. MASSINI Y P. SERNA (editores) *El Derecho a la Vida* (citado) p. 288.

⁵⁸⁰ CELIA BORDÍN ET AL.: *Bioética* (Buenos Aires, Lumen, 1996) p. 120.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Las Cortes del país han precisado los alcances de esta garantía constitucional: “Es de derecho natural que el derecho a la vida es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra, pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos, sino en la facultad de exigir de los otros, la inviolabilidad de ella”⁵⁸¹.

2. ¿Derecho a la vida o derecho a la protección de la vida?

La vida es un hecho biológico, realidad de la que se hace cargo el Derecho, estableciendo respecto de esa vida una garantía constitucional. Por tal causa, cuando se pretende hablar de nacimiento o final de la vida es necesario determinar qué es lo que se entiende por vida, para así poder discriminar entre lo vivo y lo no vivo. Para poder definir lo vivo debemos partir señalando que los organismos vivos comparten una serie de características básicas, que los harán distinguibles de los seres no vivos, aun cuando estos compartan algunas de ellas, como por ejemplo, los virus.

Como premisa general, y haciendo alusión a la *Teoría celular* elaborada por Schleiden, Schwann y Virchow, en el siglo XIX⁵⁸², todos los seres vivos están constituidos por células y, es más, la célula es la pieza fundamental en la naturaleza viviente y no hay vida sin ellas. Ésta constituye el elemento más simple pero esencial de la materia viva en el que se da una unidad biológica de estructura, función y reproducción.

A partir de esta estructura y de la determinación de sus propiedades químicas y físicas, necesarias y suficientes, podremos dar una definición de vida mínima, y al

⁵⁸¹ Considerando 10° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el día 9 de agosto de 1980, acogiendo un recurso de protección, reproducida en la XII *Revista Chilena de Derecho* n° 1, p. 148. Esta declaración tendrá una evolución posterior que luego revisaremos.

⁵⁸² CLAUDE A. VILLE: *Biología* (México D.F., Nueva editorial interamericana, 1990, 7° edición) p. 33.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

respecto, citaremos a Humberto Maturana y Francisco Varela, que introducen en la década de los setenta el concepto de *autopoiesis* (autoproducción). Para explicar este concepto, Varela se vale de un diálogo imaginario entre un granjero inteligente y un extraterrestre que visita la tierra para investigar las formas de vida que existen en nuestro planeta, con el cual deja absolutamente claro que muchos rasgos que presumimos propios de los seres vivos no son tales, estableciendo una definición macroscópica de vida, para dar lugar, más tarde, al concepto que estamos analizando⁵⁸³.

Podemos decir, que un sistema físico está vivo cuando es capaz de transformar la materia/energía externa en un proceso interno de automantenimiento y autogeneración, y teniendo como base estructural a la célula, ésta se caracteriza,

⁵⁸³ “El diálogo parte con una lista de ítemes que el granjero separa en cosas vivas (hombre, árbol, gusano, mula, mosquito y coral) y no vivas (radio, automóvil, computador, robot, luna, marea). El extraterrestre, sorprendido por la seguridad con que el granjero discrimina entre ambas categorías, quiere saber cuál es la cualidad que caracteriza a todas las cosas vivas y que está ausente en las de la derecha. También exige que esta cualidad pueda reconocerse en tiempo corto, ya que sólo dispone de unos cuantos días libres. Cuando, apuntando a la gallina y a la mula, el granjero dice “movimiento y crecimiento”, el extraterrestre disiente con la cabeza, ya que ni el árbol ni el coral se mueven ni dan señales de crecimiento en un tiempo de observación relativamente corto; a la inversa, un trozo de papel se mueve con el viento y la luna y las mareas crecen en forma periódica. Cuando el granjero se vale del criterio “reacción ante los estímulos”, el extraterrestre tampoco se muestra convencido: efectivamente, tanto la gallina, como la mula y el hombre reaccionan ante el pinchazo de una aguja, pero la callampa y el árbol permanecen insensibles; por otro lado, el computador y la radio pierden su eficacia ante la interferencia de una aguja.

Los seres vivos- agrega el granjero, que comienza a mostrar señales de irritación – “son capaces de realizar sus funciones gracias al consumo de alimentos y a la consiguiente producción de energía. La energía es transformada en acción por el propio organismo”. Pero el extraterrestre señala que el auto y el robot son capaces de moverse haciendo precisamente lo mismo, transformando la energía en acción. “¡Reproducción!”- exclama el granjero. La mula no se reproduce, replica con sorna el extraterrestre. “Además, los niños humanos y los ancianos no se reproducen ¿acaso no están vivos?” “Bien, pero todos los ítemes de mi lista derivan en estructuras parentales”- dice el granjero ¡Todas las cosas vivas tiene un ancestro: se originan de un ser vivo del mismo tipo!”

El extraterrestre se queda pensativo, pero no está convencido. “Supón – dice él- que encuentre una cosa aislada que se parece a un coral. No hay forma de saber si tiene ancestro; y no hay forma de saber si tendrá progenie ¿Cómo puedo determinar que están vivos o no en un tiempo relativamente corto?”

El granjero adopta un tono más reflexivo, y luego de pensar un rato, concluye que en todos los animales y plantas, a los que define como vivos, los tejidos sufren un proceso continuo de destrucción y regeneración fruto de algún tipo de actividad en su propio interior. ¡Los organismos vivos son capaces de albergar una actividad que regenera sus propios componentes!

Ahora el granjero se siente satisfecho, el extraterrestre sonríe”. FRANCISCO VARELA: *El fenómeno de la vida* (Santiago, Dolmen ediciones S.A, 2000) p. 26 - 33.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

en primer lugar, por una barrera o membrana semipermeable que establece un límite de difusión y permeabilidad que discrimina entre un interior químico (o sí mismo) y los medios libremente difusivos en el ambiente externo (no sí mismo). Dentro de este límite, la vida celular es una red metabólica: basada parcialmente en nutrientes que ingresan desde el medio exterior, pero –y esto es lo importante– manteniendo una red de transformaciones químicas, que es capaz de regenerar los componentes que están siendo transformados, incluyendo aquellos que constituyen la barrera o membrana⁵⁸⁴.

A modo de síntesis, todo ente dotado naturalmente de las características desarrolladas en los párrafos anteriores (borde semipermeable, red de reacciones, interdependencia) es un ser vivo, aunque las posean de distinta forma o en distinto grado. A un nivel de descripción más genérico, y con relación a la teoría de la evolución, tenemos que los sistemas tienen un carácter dinámico, capacidad de autocontrol (homeostasis), excitabilidad, capacidad de reproducirse, herencia de los caracteres y la tendencia evolutiva⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Cfr. Un sistema autopoietico está organizado (esto es, se define como una unidad) como una red de procesos de producción (síntesis y destrucción) de componentes, en forma tal que estos componentes: (i) se regeneran continuamente e integran la red de transformaciones que los produjo, y (ii) constituyen al sistema como una unidad distinguible en su dominio de existencia. *Ibíd.* Actualmente, el término *autopoiesis*, entendido como autocomposición, se ha extrapolado, por las corrientes más liberales, en el sentido de explicar la libertad y la plena autonomía del hombre para la toma de las decisiones que le atañen directamente. Así, el hombre se compondría así mismo, tomando, del ordenamiento jurídico, sólo aquello que le sirva a su propia construcción y realidad. Para esta línea de pensamiento, la realidad no se capta, se construye. Hay diversas lecturas de la realidad y no existen criterios absolutos de validez que diriman la calidad de estas diversas interpretaciones de lo real. Consecuentemente, debe haber tolerancia para las variadas formas de estructurar el propio mundo de valores, de jerarquizar la importancia de las actuaciones y de desarrollar éticas de diverso corte. Véase. MIGUEL KOTTOW.: *Ob. Cit.* pp. 48-49; CARMEN TOMÁS – VALIENTE LANUZA: *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal* (Madrid, BOE y Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1999) pp.200 y ss. y PETER SINGER: *Ob.Cit.* pp. 187 – 216.

⁵⁸⁵ ROBERTO COLOMBO: “De la bioética a la ética” en ANGELO SCOLA (editor): *¿Qué es la vida? Bioética al debate* (Madrid, Ediciones Encuentro, 1999) p. 159

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

El derecho a la vida, de acuerdo a lo expresado, se proyecta sobre quien ya goza de vida humana y se traduce en la garantía contemplada en el artículo 19 n° 1 incisos 1° y 2° de la Carta Fundamental, asegurándose a todas las personas “el derecho a la vida, a la integridad física y síquica de las personas” y “otorgando a la ley la protección de la vida del que está por nacer”. Así, el derecho a la vida, como cualquier otro derecho, tiene un deber correlativo, que en este caso es el que tienen los demás de no dañarlo quitándole la vida a su titular⁵⁸⁶.

El ámbito de protección constitucional al derecho a la vida ha sido objeto de importantes sentencias del Tribunal Constitucional español, tanto remarcando su importancia como sus límites: “Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ JUAN DE DIOS VIAL CORREA: “Derecho a la vida y la persona humana” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Antofagasta, editada por Universidad Católica del Norte, año 5, 1998) p. 7.

⁵⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 53/1985, 11 de abril de 1985.).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

“...Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho... En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente”⁵⁸⁸.

En nuestra Constitución el texto mismo no hace referencia a la disponibilidad de la vida; se limita a garantizar el derecho de todas las personas. Sin embargo, hay también algunos fallos constitucionales que remarcan el sentido y alcance de esta garantía, como en el caso español, v.g. las sentencias del Tribunal Constitucional rol 220 de 13 de Agosto de 1995 sobre Ley de Trasplantes⁵⁸⁹ y rol 325 de 26 de Junio de 2001 sobre vehículos catalíticos⁵⁹⁰, que si bien no versan específicamente

⁵⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 120/1990, 27 de junio de 1990

⁵⁸⁹ La cual destaca la capacidad para normar, por el legislador, las situaciones de vida y muerte de una persona. El texto completo puede encontrarse en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>, con el rol de la causa.

⁵⁹⁰ La cual destaca el derecho a la vida como el más preciado de los asegurados en nuestro Código Político. El texto completo puede encontrarse en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>, con el rol de la causa.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

sobre el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, abordan aspectos de importante incidencia en éste.

De estas incursiones jurisprudenciales podemos caracterizar el derecho a la vida como un derecho básico del ordenamiento jurídico, con límites que, sin embargo, puede establecer el legislador y que no implica como resultado necesario un derecho a morir, aunque sí importa el derecho a tomar decisiones autónomas sobre la vida de la que se es titular.

3. Quiénes son los que cuentan con protección constitucional de su vida

Como ya se ha explicado, el enunciado del artículo 19 de la Carta Fundamental, establece que las garantías “se aseguran a todas las personas”. Sin embargo, como ya hemos explicado, el término persona está sujeto a controversias que inciden sobre una genuina protección de la vida, por lo cual es importante acuñarlo en una perspectiva fuerte: “... Sin abandonar su base constitucional, uno de los retos del Derecho de nuestros días es reconocer la realidad de una subjetividad humana en el no nacido como ser personal, aun a riesgo de no acelerar la carrera por los éxitos científicos (aunque a medio plazo supondría encauzar y potenciar los avances de la ciencia). Tal opción no es arbitraria, porque debe tomar en cuenta los datos de la ciencia. Tampoco resulta una opción irresponsable, porque se trata de aceptar el carácter protector del Derecho, para limitar y encauzar la propia actividad científica respetando esa subjetividad personal. Esta propuesta pretende así reconocer los datos que aporta la ciencia sin prescindir además de la tutela que proporciona el Derecho a esa realidad”⁵⁹¹.

Si bien no es del caso discutir aquí la situación del *nasciturus*, ya someramente comentada, sí vale la pena examinar en la perspectiva constitucional si se ha

⁵⁹¹ PABLO SANCHEZ-OSTIZ: “¿Todos tienen derecho a la vida?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 11-11 (2009).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

efectuado algún distingo respecto de la persona humana en diversas fases de enfermedad, postración o sufrimiento.

Al respecto, cabe destacar que, dentro de las sesiones de estudio de la que luego sería la Constitución de 1980, algunos comisionados manifestaron precisiones no sólo atinentes al que está por nacer, sino a la disponibilidad de la vida de personas que estuvieran enfermas o padeciendo detrimentos importantes desde la perspectiva física: “El comisionado Sr. Evans estima que el derecho a la vida elimina la posibilidad de eugenesia y de la eutanasia, vale decir, de la muerte piadosa del enfermo”.... “el comisionado Silva Bascuñán considera que no vale la pena vivir si no se tiene una vida digna y, en cambio, es atendible sacrificar la vida para mantener íntegra la dignidad”... “⁵⁹², si bien, no se dejó mención de ellas dentro del articulado de la Constitución.

No hay un debate constitucional detallado, en la época, acerca de la posibilidad de disponer de la vida, en un marco constitucional en el cual recién se consagraba como derecho, pero claramente esta garantía se consideraba trascendente y no estuvo contemplada la posibilidad de disponer de la vida a través de conductas eutanásicas o eugenésicas, como se ha explicado. Los proyectos de ley ya referenciados en este trabajo evidencian que la pretensión de regular el tema de la eutanasia es bastante tardía y los grandes debates constitucionales que se han dado en el país acerca del derecho a la vida no refieren a ella, sino al estatuto del embrión humano y de la eventual disposición de la vida del *nasciturus*.

⁵⁹² *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución: Sesión 89, celebrada el 21 de Noviembre de 1974.*

4. Qué es lo protegido y respecto de quiénes

El derecho a la vida, como ya se ha explicado, no es en realidad un derecho sobre la vida misma como realidad biológica, sino un derecho que se desarrolla fundamentalmente en torno a la idea de proteger esa vida respecto de atentados que los demás puedan cometer en su contra, por lo cual importa el derecho a mantener la vida de la cual se goza respecto de atentados de terceros, lo cual se ha sostenido también en las interpretaciones jurisprudenciales iniciales en la materia⁵⁹³.

Tal enunciado, sin embargo, demanda hacer varias precisiones, particularmente con una mirada más contemporánea sobre el derecho a la vida.

A. El derecho a la vida no es un derecho absoluto en el ordenamiento jurídico chileno

La existencia de causales de justificación respecto de conductas de disposición de la vida como es el caso de la legítima defensa, la cual puede llegar incluso a configurar una acción matadora; la posibilidad legítima de interrumpir un embarazo de alto riesgo aun con la posibilidad que el feto muera, lo cual se encuadra en el cumplimiento del deber médico y, a nuestro juicio, no demanda siquiera legislar sobre aborto terapéutico⁵⁹⁴; la decisión terapéutica de interrumpir

⁵⁹³ Vid. Al efecto una síntesis de los fallos de la justicia ordinaria en la materia, anteriores al año 2000, en EMILIO RIOSECO ENRÍQUEZ, *El Derecho civil y la Constitución ante la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).

⁵⁹⁴ Al asumir médica y terapéuticamente el embarazo de riesgo se encuentra dentro de las facultades y de los deberes del médico que los exigen el Derecho de ordinario; no hacerlo podría constituirse en una acción que alcanzaría hasta responsabilidades penales de su parte por una negligencia inexcusable o incluso por dolo manifiesto. Ante tales circunstancias el médico aplica las medidas que la *lex artis* indica, entre las que se pueden considerar la interrupción del embarazo como última ratio, para, como es obvio, no con el propósito de privilegiar a uno de los pacientes en desmedro del otro sino procurando realizar una acción salvadora de ambos. Tal posibilidad es plenamente ajustada al Derecho vigente y no se traduce en decisiones de conflictuación de derechos sino en la prestación médica debida a los dos pacientes que penden del embarazo en esta

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

un tratamiento o de establecer en la ficha clínica de un paciente la orden de no reanimación, sin que tal cosa merezca sanción alguna e incluso la subsistencia disminuida de la pena de muerte respecto de algunos delitos en tiempo de guerra⁵⁹⁵, son evidencias que aún en un sistema jurídico en el cual debates sobre el fin de la vida se encuentran aun pendientes existe conciencia que la vida no es un derecho absoluto y tiene límites como los descritos.

Sin embargo, la profundización respecto de todos y cada uno de esos límites no se ha realizado aun ni por el constituyente derivado ni por nuestra justicia constitucional.

B. El derecho a la vida, así, no protege respecto de cualquier atentado contra ella, sino respecto de los atentados ilegítimos

En estricta vinculación con el punto anterior y con la realidad de situaciones admitidas por el Derecho en orden a justificar ciertas vulneraciones, al menos aparentes, al derecho a la vida, es que se ha precisado que los atentados de los

situación: la madre y su hijo. Vid. de la autora: “El aborto terapéutico: un nuevo intento de despenalizar el aborto en el Derecho chileno” (citado).

⁵⁹⁵ “Chile ha ratificado tanto el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General de la ONU, del 15 de diciembre de 1989, como el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, adoptado en Asunción el 8 de junio de 1990, en el Vigésimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA: “Ambos instrumentos tienen como propósito obtener que los Estados parte dejen de aplicar la pena de muerte en sus respectivos territorios. Así, mientras el artículo 1º del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte establece que “No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo”, el mismo artículo, pero del Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, dispone: “Los Estados Partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción” . Es de nuestra opinión que frente a la suscripción de estos acuerdos internacionales, ya no es posible para Chile volver a aplicar la pena capital en su territorio”: HUGO TÓRTORA ARAVENA, “Las limitaciones constitucionales al derecho a la vida”, *Nomos* - Universidad de Viña Del Mar - N° 3 (2009) pp. 175-201.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

cuales la Carta Fundamental protege a todas las personas son aquéllos que pueden calificarse de ilegítimos.

Si presumimos como legítimas las excepciones ya referenciadas sobre la protección de la vida humana, sin perjuicio de recordar el debate que se genera al respecto, surge entonces una interesante pregunta: ¿lo que se entiende como atentados ilegítimos contra la vida ha de identificarse necesariamente con los delitos tipificados como contrarios a las personas o al bien jurídico vida o se trata de un concepto más amplio? A nuestro juicio, si bien debe tener a la vista el antecedente de las figuras penales existentes, es indispensable que este interrogante sea resuelto en sede constitucional, pues la consideración de la Carta Fundamental como un gran marco de valores, asegura la posibilidad de examinar las leyes existentes y las posibilidades de derogarlas o modificarlas contrastadas no sólo con intereses legislativos, sino con el marco de pacto social que la Constitución representa.

Así, sin perjuicio de que en el Derecho penal chileno, la eutanasia sea asimilable a una figura de homicidio, considerar si constituye o no un atentado ilegítimo contra la vida de un ser humano es una pregunta que ha de responderse en sede constitucional respecto de variables que consideramos importantes de examinar en esa perspectiva y que permiten determinar si eventualmente la eutanasia podría ser admisible de acuerdo a la Constitución, condición necesaria para intentar cualquier modificación legal de la realidad ya existente. Dichas variables, sintéticamente, son las siguientes.

B.1. Quiénes están protegidos de los atentados ilegítimos contra su vida

El reconocimiento del derecho a la vida respecto de todas las personas identifica la titularidad del derecho con la calidad de persona, concepto que se hace equívoco en un debate fundamentalmente orientado a cuestionar a los individuos de la especie humana en desarrollo gestacional como pertenecientes a la categoría

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

de personas. Sin embargo, esa discusión constitucional no es el centro de la discusión acerca de la constitucionalidad de la eutanasia, ya que la disposición de la vida del *nasciturus* en gran medida se proyecta en el examen de los conceptos de aborto y de eugenesia.

Vistas así las cosas, y tratándose la eutanasia de una decisión acerca de la disposición de la vida de personas nacidas que presentan altos grados de sufrimiento o postración, en gran medida no hay discusión respecto de ellas acerca de la titularidad de su derecho a la vida, sino más bien respecto del contenido de este derecho que permita calificar a la eutanasia como un atentado ilegítimo contra su vida, más aún cuando una de las hipótesis de eutanasia – particularmente, la aplicada en países que han tendido a su despenalización- es que se aplica con el consentimiento de la persona que sufre.

B.2. Qué atentados contra la vida de las personas pueden considerarse ilegítimos y por qué

a) Sobre las claves de la normativa penal

Si el delito de homicidio configurado en el ordenamiento chileno fuera un delito que requiriera la falta de voluntad o la negativa de la víctima, podría considerarse a partir de ese criterio que la clave de la ilegitimidad de los atentados contra la vida sería la falta de voluntad o consentimiento del titular del derecho. Así, la eutanasia avoluntaria o la contravoluntaria constituirían atentados ilegítimos contra la vida humana, pues se encasillarían en un tipo de homicidio equivalente, más o menos, a “matar a otro sin su voluntad o consentimiento”, mientras que la

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

eutanasia voluntaria habría de considerarse excluida de la calificación de atentado ilegítimo⁵⁹⁶.

Sin embargo, esa fórmula interpretativa no podría aplicarse en Chile, no sólo porque el tipo de homicidio no refiere a la voluntad o consentimiento de la víctima, sino porque además no existen causales de justificación o atenuantes de responsabilidad penal que invoquen el consentimiento como causal general que permitiera restarle reprochabilidad al atentado y transformarlo en legítimo o justificado. Además, el sistema constitucional chileno demanda un examen de constitucionalidad sobre una materia de afectación de derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida, por disposición de las normas sobre supremacía constitucional del artículo 6° y la prohibición de afectación de la esencia de los derechos fundamentales consagrada en el artículo 19 N° 26 de la Carta.

b) Sobre las claves de la interpretación constitucional

En un ordenamiento jurídico que no hace distinción alguno respecto de los atentados contra la vida, en cuanto a si son o no consentidos, se podría optar, en principio, por las siguientes posibilidades interpretativas: considerar que todo atentado contra la vida es ilegítimo, salvo aquéllos que el mismo ordenamiento contempla y justifica, entre los que no se hallan, por cierto, los atentados consentidos; o considerar que los atentados ilegítimos se basan en una voluntad de daño que no estaría presente allí donde es el presuntamente dañado quien lo ha solicitado o, alternativa o concomitantemente, se efectúa el acto por piedad o razones humanitarias.

⁵⁹⁶ “[...] los individuos [...] no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad”. .. “la actuación del sujeto activo carece de antijuricidad porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquel que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal pide le ayuden a morir”: Corte Constitucional de Colombia el año 1997, autos rol n° C-239/9, recaída en Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980- Código Penal (citado).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Parece claro que la tendencia del Derecho chileno no ha sido la de otorgar a la decisión o voluntad del sujeto la facultad de evitar la punibilidad de las acciones típicas y antijurídicas cometidas por terceros, salvo en aquellos casos en que la ausencia de voluntad o de consentimiento es un elemento expreso o al menos interpretable en el tipo, como ocurre en el caso del delito de hurto o de la mayoría de los delitos sexuales⁵⁹⁷. Por esta causa, un atentado contra la vida, aun consentido por el que lo ha de sufrir –al menos en términos jurídicos sino fácticos– parecería considerarse ilegítimo⁵⁹⁸, ya que el examen de legitimidad de la conducta no se correspondería con una validación individual sino, por el contrario, con el reproche social que se haría respecto de la conducta de quien atenta contra la vida de otro.

En otras palabras, la apertura del sistema a favor de la autonomía de la persona llegaría hasta la comisión de actos autónomos, aun dañosos, como el suicidio, o de

⁵⁹⁷ “Al ser el consentimiento un renunciar al resguardo que concede la ley se justifica que decaiga la razón para punir el desmedro que se hubiere originado ya que la protección penal de bienes tiene como fundamento el proporcionar a su titular un mínimo de libertad frente a terceros y por lo que el menoscabo cierto que ha podido producirse no puede constituir ilícito ya que el mismo se halla cubierto por la voluntad del afectado y está en armonía con la libre autodeterminación y no en contradicción con ésta”: JAIME RÍOS: Ob. Cit.

⁵⁹⁸ Haciendo un vínculo con el Derecho español, esta interpretación parecería claramente coincidente entre la Constitución y la ley penal chilena: “La sanción penal de la eutanasia no sólo es totalmente acorde con la protección constitucional de la vida, sino que una eventual despenalización podría incurrir incluso en inconstitucionalidad (dado el mandato implícito de criminalización que incorpora el derecho a la vida del art. 15 CE). Algún autor ha llegado a comparar la eutanasia con el tiro de gracia que se da a un animal irreversiblemente herido. Los presupuestos de este modelo suelen presentarse en la abrumadora mayoría de estudios doctrinales como ideológicamente conservadores y superados por la realidad, pero lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional ha establecido rotundamente que la vida no es un bien del que pueda disponer su titular y que el suicidio no es un derecho fundamental, sino una simple libertad, y, además, nuestro Código Penal castiga la eutanasia activa directa (de forma atenuada, es cierto, pero esto no se opone al modelo, que incluso podría considerar justificadas, por su menor desvalor de acción o por su menor responsabilidad, ciertas hipótesis concretas de eutanasia). Así que, en contra de lo que un tanto superficialmente pudiera pensarse, este modelo, que cuenta a su favor con la inercia de las interpretaciones tradicionales, goza, en la realidad del Derecho, de una mala salud de hierro que, sin embargo, le niegan los teóricos”: FERNANDO REY MARTÍNEZ, “Eutanasia y derechos fundamentales”, *Revista DIREITO E JUSTIÇA–Reflexões Sociojurídicas* Año IX, Nº 13, Novembro 2009.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

decisión no transitable por el Estado, como el caso del rechazo de tratamientos médicos o aun de medidas de soporte vital, pero no tendría la capacidad de tornar a los atentados contra la vida en legítimos por el hecho de ser consentidos, puesto que el consentimiento no sería capaz de legitimar un atentado contra la vida al no tener el peso suficiente para revertir la prohibición de éste formulada por la Constitución⁵⁹⁹.

Descartada esta posibilidad, al menos de momento, y sin perjuicio de lo que veremos a continuación sobre la relación vida/autonomía, cabe preguntarse entonces por la eventual segunda hipótesis, esto es, la de considerar que no se puede configurar un atentado ilegítimo contra un derecho, allí donde este eventual atentado ha sido consentido o se efectúe con un ánimo humanitario o piadoso, pues no resultaría en un efectivo daño real para la presunta víctima. La verdad es que tal planteamiento considera el acto eutanásico como una conducta que únicamente vincula a quienes participan directamente en él, esto es, quién realiza la acción matadora y quién es su destinatario, pero la problemática de la eutanasia, como ya ha sido explicada en este trabajo, tiene una indudable connotación social y, en consecuencia, los criterios de daño y de legitimidad no son constitucionalmente examinados sólo a la luz de los intereses del paciente sino también de los intereses y el afán de la sociedad de proteger la vida humana.

Así, en el rango de la autonomía constitucionalmente garantizada, no puede impedirse que las personas tomen decisiones dañosas, omitan su autocuidado o incluso cometan conductas de disposición de su vida, las que, en esta perspectiva, no constituirían un derecho, sino un espacio autónomo no penalizado y protegido por la esfera de la libertad individual. Sin embargo, ese espacio no sería susceptible de ser ocupado para validar acciones de terceros contra la vida, pues éstas se desarrollarían dentro del espacio de las conductas socialmente relevantes

⁵⁹⁹ “Matar no puede formar parte de los actos realizados por el médico, aquí esta el límite de la frontera de la autonomía del paciente”: CARLOS FERNANDO FRANCISCONI, “Eutanasia: una reflexión desde la mirada bioética”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Enero-Junio 2007.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

e infringirían directamente el mandato de no privar de la vida a otro. Si bien se podría invocar el consentimiento prestado o la voluntad de actuar humanitaria o piadosamente, el interés social en la vida humana descartaría ambos elementos por no alcanzar las barreras de la legitimidad, el primero por carecer el consentimiento del titular de la capacidad de liberar el deber constitucionalmente impuesto a todas las personas de preservar la vida como contrapartida del derecho protegido, y el segundo por constituir una interpretación propia sobre el bien actuar, que podría defenderse como interpretación ética pero que no podría operar como una suerte de objeción de conciencia validada para omitir el cumplimiento del deber referido⁶⁰⁰, sin perjuicio de la posibilidad de constituirse en una atenuante o en una eximente de responsabilidad en materia penal.

5. La consideración de la vida como un derecho eventualmente superior a los demás

La importancia del derecho a la vida es un tema que implica ciertas contradicciones. Por una parte, en varios países del mundo, y Chile no es la excepción, el derecho a la vida es de reconocimiento relativamente nuevo en el orden constitucional. Sin embargo, a la vez, se le llega a veces a considerar un derecho superior o más importante que los restantes derechos, incluso como un bien social que lleva aparejados especiales deberes por parte de su titular.

⁶⁰⁰ La objeción de conciencia se caracteriza por los siguientes rasgos: primero: la objeción de conciencia es, ante todo, un comportamiento, no exclusivamente el reconocimiento legal de la posibilidad de eximir de la norma jurídica; segundo: ese comportamiento hace relación directa a la ética; tercero: se entiende que se refiere a unos comportamientos poco frecuentes, respecto a los cuales el ordenamiento jurídico no tiene, en principio, inconveniente para conceder exención; cuarta: la inicial respuesta del ordenamiento jurídico estatal a la conducta omisiva es la sanción; quinta: cuando el Estado democrático toma en consideración la objeción de conciencia como fenómeno potencialmente digno de protección puede considerarse incluso una pretensión de legalidad”: RAFAEL PALOMINO, *Las objeciones de conciencia* (Madrid, Montecorvo, 1994) pp. 21-22. En dicha perspectiva, la situación no se trataría técnicamente de una objeción de conciencia, sino más bien de la presentación de un interés frente al colectivo, que se validaría en la medida de su reconocimiento por este.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Dicha situación puede explicarse porque el elemento en el cual el derecho recae, esto es, la vida humana, que es, a la vez la condición básica para que el sujeto llegue a ser titular del derecho, por lo cual el requisito parece traducirse en el elemento protegido. Si bien, como ya se ha dicho, la vida humana como hecho biológico amplio y complejo no puede ser protegida mediante una garantía constitucional, sino sólo aquel aspecto relativo a que la vida de la cual ya se goza no debe ser objeto de atentados por terceros, sin duda la relevancia de la vida misma es una realidad que incide poderosamente en la posibilidad de disponer de la vida y en la eventual renunciabilidad del derecho.

En la perspectiva histórica, por cierto, se le daba tal importancia y entidad al mantenimiento de la vida que se consideraba que aun el titular estaba impedido de ponerla en riesgo, de negarse a tratamientos médicos ordinarios –luego proporcionales– o de pedir se le retiraran o no aplicaran medidas de soporte vital. Tal cosa ha sido superada con el desarrollo no sólo del concepto de autonomía, sino con la consideración de un estatuto del paciente como ente decisor y que valida el acto médico, además de que éste sea ejecutado de acuerdo a las reglas del arte, cuando consiente en él, al punto que aun un tratamiento exitoso y proporcionado se estima extrapatrimonialmente vulneratorio cuando ha faltado el consentimiento respecto de él⁶⁰¹. Por tal causa, en la mayoría de los países occidentales, no se considera que la vida sea un derecho de tal entidad que impida a su titular tomar decisiones sobre este derecho, pero ello dista, como se verá, de considerar tal disponibilidad sobre él que represente la posibilidad de legitimar actos de terceros en orden a poner fin a una vida humana.

⁶⁰¹ La ausencia de consentimiento informado origina por sí mismo un daño que debe ser indemnizado. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de junio de 2009 aborda el tema de la cuantificación del daño causado por la falta de consentimiento informado, entendiendo que la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico, optando por moderar la suma indemnizatoria aplicando el art. 1103 CC al entender que “no debe equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico”...

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

A. Relación con la autonomía del sujeto

La autonomía privada es “aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”⁶⁰². Tal principio, desarrollado en la perspectiva civil, es también un basamento constitucional como una de las variantes de la libertad del ser humano, valor reconocido en nuestra Carta Fundamental desde su artículo 1º: “La libertad, además de valor y principio básico que funda nuestro sistema constitucional, es un derecho que está asegurado en distintos aspectos de su concreción práctica en el artículo 19 de la Carta Fundamental, constituyendo expresión o manifestación concreta de la libertad el derecho a la libertad de conciencia y culto, el derecho a la libertad personal, de residencia, circulación y entrada y salida del país; el derecho a la libertad de opinión e información, el derecho a la libertad de reunión, la libertad de asociación, entre otros”⁶⁰³.

Sin embargo, los criterios sobre la libertad humana que se manejaron en la discusión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que propuso el primer texto de la que sería la Constitución de 1980 a la Junta de Gobierno, consideraba fuertes limitaciones derivadas de una *imago mundi* con una fuerte orientación religiosa, la cual proponía un concepto de libertad *para el bien*: la libertad a la que se refiere el Constituyente original, y que es parte del ser humano por ser tal, no consiste simplemente en la autodeterminación de éste, es decir, en su capacidad para obrar de acuerdo a su voluntad, sino que tiene un innegable componente valorativo, ya que la libertad se ejerce para el bien y el hombre puede

⁶⁰² FEDERICO DE CASTRO: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, Oct-Dic, XXXV (IV).

⁶⁰³ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ: “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno” *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2002, vol.13, p.161-186.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

calificarse de auténticamente libre sólo cuando utiliza sus prerrogativas para alcanzar su fin último: “la libertad humana no es absoluta, sino relativa a una verdad y a un bien independientes de ella, y a los que ella *debe* dirigirse, aunque *puede* no hacerlo. Este límite de la libertad no es, en realidad, una cortapisa, sino condición de existencia y de perfección de la libertad misma, pues nuestra libertad es finita, limitada, contingente”⁶⁰⁴.

Ello explica muy bien el hecho de que las libertades que, posteriormente, aparecen garantizadas en forma expresa por la Constitución, como aspectos de esta libertad básica y fundamental del individuo, tengan siempre límites impuestos por el respeto a los derechos de los demás y por las necesidades del bien común, como la salvedad del “perjuicio de terceros” a propósito de la libertad personal o el no poder desarrollar actividades económicas “contrarias al orden público”, por dar algunos ejemplos⁶⁰⁵.

En este sentido, esta concepción constitucional de libertad es plenamente concordante con el Magisterio de la Iglesia Católica: “la libertad del hombre, modelada sobre la de Dios, no sólo no es negada por su obediencia a la ley divina, sino que solamente mediante esta obediencia permanece en la verdad y es conforme a la dignidad del hombre”⁶⁰⁶.

Cabe, no obstante lo anterior, hacer presente que una de las grandes dificultades con las que se ha encontrado el sentido que el Constituyente de 1980 quiso dar a la libertad de la persona en la clave de esta Carta Fundamental ha consistido en que la interpretación de la libertad en el Derecho Comparado se ha identificado,

⁶⁰⁴ FERNANDO CUERVO: Ob. Cit, p. 41. Es muy probable que si el Constituyente hubiera optado por un marco diferente, éste también contaría con aspectos valorativos, pero quizás la diferencia es la exclusión que este modelo hace de otros más pluralistas o menos rígidos, como eventuales alternativas.

⁶⁰⁵ Vid. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 90, pp. 24 y ss.

⁶⁰⁶ Idem, p. 42.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

cada vez en mayor medida durante las postrimerías del siglo XX y el actual siglo XXI, con una amplia y rica autodeterminación del ser humano en el ámbito de *lo propio* y con la sujeción a reglas generales de convivencia pacífica en lo que respecta a *los temas sociales*. Ello implica ciertas derivaciones que pueden, sin duda, identificarse con el pensamiento liberal de un John Stuart Mill ya descrito en este trabajo⁶⁰⁷ y que han importado tensiones constitucionales de envergadura.

La filtración de estas nuevas concepciones, presentes sin duda en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile e impulsados por importantes fuentes doctrinarias, han ido superando esta idea de libertad con un condicionamiento moral exógeno y transformándola en un criterio de autonomía, con dos limitaciones: la afectación de derechos de terceros y el marco que impone el orden público, dentro del cual se encuentra, por ejemplo, la consideración de un interés general en la protección de la vida, como se ha explicado.

Sin embargo, la falta de un adecuado desarrollo del concepto contemporáneo de autonomía en el caso chileno ha hecho dudar respecto a cuál es exactamente la garantía constitucional que la ampara, sin perjuicio de la formulación de un principio constitucional de libertad en el artículo 1° de la Carta Fundamental.

Algunos pensarán que la protección de la autonomía de la persona en el caso chileno reside hoy en la protección de la vida privada, asegurada a todas las

⁶⁰⁷ JOHN STUART MILL, *Sobre la libertad* (citado), pp. 37 y 38: “El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección... La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo... La única parte de la conducta de cada uno porque la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

personas en el artículo 19 n° 4 de la Constitución, lo cual importaría darle un sentido anglosajón asociado con la no injerencia⁶⁰⁸. Sin embargo, no nos inclinamos por este criterio, pues nuestras Cortes no han considerado que sea en esta garantía donde debamos hacer residir la temática constitucional de la autonomía, considerando a la vida privada más bien en la perspectiva de la reserva de información, sino en otras dos garantías que, si bien no cuentan tampoco con una pormenorización de texto identificable con un ejercicio robusto y claro de la autonomía, se ajustan más al propósito perseguido: los derechos cautelados en los números 6 y 7 del artículo 19 de la Constitución.

El artículo 19 n° 6 de la Carta garantiza “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos”, siendo la primera de las garantías enumeradas la que más se identifica con la protección constitucional de la autonomía. Ya en los albores de la discusión constitucional se la consideró el aspecto más íntimo del pensar humano, referido a la capacidad de cada persona de formar sus ideas, hacer sus propios juicios,

⁶⁰⁸ La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció por primera vez el derecho independiente a la privacidad en el marco de la protección implícita en las primeras diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos o *Bill of Rights* en el caso *Griswold contra Connecticut*. En este caso, se invocó el derecho de privacidad de las personas casadas para anular una ley que prohibía la anticoncepción. Casos posteriores ampliaron este derecho fundamental y, en el caso *Roe contra Wade*, se estableció definitivamente el derecho de privacidad conforme a la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda. La Corte clasificó este derecho como fundamental y, de ese modo, solicitó que toda violación por parte del gobierno estuviese justificada por intereses apremiantes del estado. *Roe* estableció que el interés apremiante del estado en evitar el aborto y proteger la vida de la madre era más importante que su autonomía personal únicamente después de que el feto fuese viable. Antes de la viabilidad del feto, el derecho fundamental a la privacidad personal de la madre limita la intervención del estado, ya que no existe un interés apremiante, según la Corte. El aspecto de la autonomía personal en el derecho a la privacidad tiene límites, aunque éstos siempre cambian. En 1986, por ejemplo, una ley que penalizaba la sodomía entre personas del mismo sexo fue ratificada en el caso *Bowers contra Hardwick*. La Corte consideró que no toda actividad sexual privada y consensual está fuera del control del estado. En ese momento, las actividades en cuestión entre personas del mismo sexo no estaban incluidas en las categorías de relaciones que protege el debido proceso. Sin embargo, las opiniones han cambiado. *Bowers* fue anulado en el caso *Lawrence contra Texas* en 2003 y se reconoció un cambio en la opinión pública sobre las relaciones entre personas del mismo sexo. Vid. MARÍA NIEVES SALDAÑA, “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego” en http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/5618/El_derecho_a_la_privacidad_en_Estados%20Unidos.pdf?sequence=2, sitio consultado en octubre de 2012..

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

calificar su conducta o la de otros y de establecer parámetros morales internos. La conciencia implica la formación personal de valores y pertenece a la intimidad de la persona y no le corresponde al Derecho entrometerse; por ello, sólo le corresponde proteger la conciencia y asegurar que sea libre, incluso de influencia del propio Estado.

Así, la libertad de conciencia para el comisionado Guzmán era “la libertad del fuero interno, que entiende siempre en forma absoluta e inviolable, en la cual nadie puede penetrar y a la cual la esfera del derecho no alcanza. Libertad que se puede extender a materias religiosas en forma prioritaria, pero se puede extender a otras materias”⁶⁰⁹. Cuando los productos de la conciencia se exteriorizan, se está en presencia de otras garantías constitucionales.

En gran medida, la libertad de conciencia ha sido el sustrato constitucional destinado a proteger las decisiones libres y autónomas de los individuos: “La conciencia surge de un compromiso fundamental o intención de ser moral. Unifica los aspectos cognitivos, conativos y emocionales de la vida moral (...) Es un compromiso de sostener las creencias más profundas que nos identifican (...), de discernir los caracteres morales de los casos particulares en la mejor forma que podamos y de razonar moralmente al máximo de nuestras habilidades, un compromiso de balance emocional en la toma de decisiones (...) de decidir de acuerdo con la mejor habilidad moral que tenemos y actuar de acuerdo con lo que uno determinó como el curso de acción moralmente correcto”⁶¹⁰. Comprende, así, los distintos elementos que componen la estructura de conciencia y establece su capacidad de discernir y tomar decisiones de acuerdo con ello. Todo lo anterior, entendiendo la naturaleza humana con limitaciones, ya que condiciona su desarrollo a la habilidad. Engloba dentro de su visión no solo un teórico de razón,

⁶⁰⁹ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 130, p. 12.

⁶¹⁰ DP. SULMASY: “What is conscience and why is respect for it so important?” *Theor Med Bioeth* 2008, 29: 135-149.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

sino también de acciones concordantes, desprendiéndose que el actuar de la persona debe estar rectamente guiado por la conciencia y sus juicios⁶¹¹.

Tal visión es compatible con el desarrollo comparado que se ha efectuado acerca del *libre desarrollo de la personalidad*⁶¹², el cual se traduce en el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ellos es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él de acuerdo con su temperamento y el carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público, pues éste, al igual que los demás, no constituye un derecho absoluto⁶¹³. Asimismo, la jurisprudencia española ha considerado la fundamentación del consentimiento informado y de la autonomía que éste conlleva en el derecho a la integridad física y moral del individuo consagrada en el artículo 15 de la Constitución de dicho país⁶¹⁴.

Por otra parte, la garantía contemplada en el artículo 19 n° 7 acerca de libertad personal y seguridad individual, si bien se orienta hacia la libertad física del

⁶¹¹ ANTONIETA VALDERRAMA SANDOVAL Y RODRIGO LÓPEZ BARREDA: “Conciencia moral: ampliando su aplicación en salud. Aspectos teóricos y prácticos de los juicios de conciencia en Chile”. *Acta bioeth.* [online]. 2011, vol.17, n.2, pp. 179-188.

⁶¹² Ya planteado en La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): “Artículo 29 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” y recogido, por ejemplo, en la Constitución de Colombia: “ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

⁶¹³ “En varias ocasiones ha acentuado la Corte Constitucional que en el derecho al libre desarrollo de la personalidad se contiene la libertad de actuación in nuce a la cual se contrae cualquier otro tipo de libertad, bien se trate de la libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, de escoger profesión u oficio, de las libertades económicas, etc., o bien se refiera a otros ámbitos ligados con la autonomía de las personas que no se encuentren protegidos por ninguno de estos derechos. Puesto de otra manera: que el derecho al libre desarrollo de la personalidad signifique una cláusula general de libertad la cual debe ser respetada sin excepción por todas las autoridades públicas, no significa que este derecho carezca de un contenido más sustancial o material o que únicamente sea factible delimitarlo por medio de trazar las restricciones que su ejercicio supone”: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-008/10, 14 de enero de 2010.

⁶¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 37/2011.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

individuo en su redacción constitucional, se identifica con el derecho a verse libre de injerencias arbitrarias, como contrapartida del reconocimiento a la autonomía de la persona⁶¹⁵.

B. Los criterios jurisprudenciales y su evolución

Sin perjuicio de los aportes jurisprudenciales que revisaremos acerca del rechazo a tratamientos médicos, la autonomía del paciente en sus decisiones en salud ha sido reconocida en nuestras Cortes, sobre la base de una reflexión sobre este valor en claves netamente contemporáneas, pero asimismo se ha reflexionado sobre sus límites, asociados con los derechos de terceros y con la protección de la salud pública.

a) Corte de Apelaciones de Arica Rol: 338-2011

El paciente que se niega a continuar tratamiento médico contra la tuberculosis pone en riesgo su vida y la de su familia:

“... las bases de la acción de cautela constitucional, el asunto sometido a la decisión de esta Corte y que se indica como acto arbitrario o ilegal que priva, perturba o amenaza garantías constitucionales de una pluralidad de personas, es la negativa de la recurrida a tratarse médicamente y bajo supervisión la enfermedad que la aqueja./... habiéndose entablado el recurso de protección por un organismo garante de la salud, no en contra, sino a favor de la propia recurrida para torcer su voluntad, puesto que aquella ha decidido espontáneamente abandonar un tratamiento médico, poniendo en grave riesgo su salud y, consecuentemente, su

⁶¹⁵ La Convención Interamericana reconoce este derecho asociado con la privacidad (“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”), pero sin duda puede entenderse como un aspecto de la protección de la autonomía de la persona, no sólo en su pensamiento sino en su actuar.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

vida, como también la de su grupo familiar antes mencionado, y constituyendo la tuberculosis una enfermedad contagiosa, por vía aérea y a través de objetos que ha manipulado la enferma, flagelo que Chile ha erradicado de la mayor parte de su territorio como política de salud pública, resulta claramente que con su actitud la recurrida no sólo pone en riesgo su salud e incluso su vida si no también la de los demás componentes de su grupo familiar que vive con ella./... en consecuencia, la conducta... en cuanto se opone a continuar con su tratamiento ya iniciado contra la tuberculosis que padece, como asimismo permitir que su grupo familiar reciba la atención médica necesaria para detectar en ellos la eventual transmisión del mismo mal, es una conducta que vulnera la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, por cuanto pone en riesgo no tan sólo su vida sino también la de su familia, resultando indispensable que la recurrida continúe con su tratamiento y los componentes de su grupo familiar se practiquen los exámenes correspondientes para detectar esta enfermedad y su posterior tratamiento”.

b) Corte de Apelaciones de Valdivia: Rol N° 103-2009 FAM, 14 de Mayo de 2009

La Juez de Familia de Valdivia resolvió una medida de protección (RIT P-178-2009) interpuesta mediante oficio dirigido a ese Tribunal y suscrito por la médico hemato-oncóloga infantil tratante, relativo a un menor de once años, que se encuentra aquejado por una recaída, ahora adicionalmente con cáncer testicular, de una Leucemia Linfoblástica Aguda:

“... aunque el oficio en cuestión no resultaba claro en cuanto a expresar en concreto cuál era la medida de protección que se pedía, pudiendo inferirse que se trataba de ubicar a la madre para que ejerza la opción de someter a su hijo al tratamiento médico que le ofrece una posibilidad de supervivencia de un 40%, la Juez a quo entendió que, atendido lo dispuesto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, que impone a los Jueces de Familia el deber de adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar la debida protección de los niños, niñas y adolescentes, le resultaba jurídicamente imperativo pronunciarse directamente sobre la opción que se plantea a la madre... / Que en la audiencia respectiva, el

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Tribunal de Familia constató que la madre rehúsa someter a su hijo al tratamiento médico que se ofrece, por cuanto éste le asegura escasas posibilidades de sobrevivida y su práctica le significará a su hijo enormes padecimientos, que ya conoció al vivirlos en similar tratamiento que se le suministró en el periodo 2005-2007. Por otra parte, la médico tratante... expuso que omitiendo el tratamiento prescrito, la muerte del niño es inevitable en breve tiempo, en tanto que con el tratamiento las posibilidades de sobrevivida son de un 40%./Que, en la sentencia en alzada la juez razonó que, en definitiva, "la opción que se plantea es o enfrentar al niño a la muerte inevitable en un breve lapso, o brindar una posibilidad de sobrevivida que puede ser superior a ese periodo con la aplicación de los tratamientos que la medicina ofrece", y concluyó que "enfrentados a esa opción (") debe privilegiarse la alternativa que científicamente ofrece una posibilidad de sobrevivida que es superior al del transcurso letal de la enfermedad, no existiendo motivo alguno para privar al niño de esa alternativa."/ Conclusión que reafirma al agregar luego "que la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de ésta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediamente acarreará su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevivida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles", con lo que termina resolviendo que "se acoge la medida de protección, en cuanto se dispone que debe practicarse al niño... el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida."/ Que, fundando su apelación de la resolución antes reseñada, y en estrados, la recurrente ha sostenido, luego de relatar los hechos, y en síntesis máxima, que la decisión adoptada por la madre, en conjunto con su hijo, es razonada y fundada puesto que se ha precedido de una completa evaluación, concluyendo que la quimioterapia ya tuvo su oportunidad y dejó al niño con irremediables secuelas físicas y psicológicas, aparte de no resultar eficaz, puesto que la remisión sólo duró dieciocho meses. En consecuencia, se optó por buscar nuevas alternativas de tratamiento, partiendo por un naturópata, que fue sólo el primero de los expertos que han intervenido, encontrándose hoy en manos de un médico alópata que le ofrece un tratamiento alternativo de inmunoterapia (y acompaña certificado del

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

médico en cuestión)./ Por ello, apunta, el rechazo de la quimioterapia y la extirpación testicular no significa que el menor no vaya a recibir un tratamiento médico distinto, tratamiento que está reconocido legalmente por el Decreto N° 42 del Ministerio de Salud (Diario Oficial de 14 de Junio de 2005). Agrega que el propio Comité de Ética del Hospital de Valdivia se pronunció sobre el caso, ordenando la integración de la medicina alternativa y no pronunciándose acerca del sometimiento forzado del menor a la quimioterapia. Realiza una acabada argumentación respecto de cada uno de esos puntos, haciendo especial énfasis en las capacidades terapéuticas de la medicina alternativa (y en la ausencia de consecuencias colaterales dañinas) y en la paupérrima e intolerable calidad de vida que le augura la quimioterapia y la extirpación testicular al menor..., en lo que puede ser el último tiempo de vida que le quede; y finaliza solicitando se acoja el presente recurso de apelación, revocando la medida decretada por el Tribunal de Familia de Valdivia que obliga al menor ... a someterse al tratamiento de quimioterapia, respetándose de esta forma la decisión de la madre y del niño de optar por un tratamiento médico distinto, decisión que ha sido tomada fundada y razonadamente./ Que, por el contrario, la tarea fundamental de esta Corte consiste en decidir cuál es el margen constitucional y legal en que el Estado puede actuar para forzar la práctica de un tratamiento médico, y cuáles son, por consiguiente, los límites que en esta materia el Estado no debiera traspasar./ Que parecen encontrarse razonablemente justificadas esas decisiones estatales (jurisprudenciales) que han forzado tratamientos médicos, en todos los casos en que esas actuaciones profesionales no suponen un atentado grave a la calidad de vida del paciente, y al mismo tiempo, garantizan, al menos en un grado estadístico alto, la recuperación de la salud del mismo; y resultan, a juicio de esta Corte, especialmente justificadas cuando se refieren a menores de edad y a la oposición a tratamientos curativos fundada en razones religiosas de sus padres”.

c) Corte Suprema, Rol: 5623-2004

“... el acto contra el cual se recurre, esto es, la terminación del tratamiento de hemodiálisis a que debe someterse el recurrente por parte de la recurrida, aparece provisto de los fundamentos necesarios que impiden estimarlo arbitrario e, igualmente, no se divisa contrario a la ley./ Por otra parte, la discusión relativa a

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

la existencia o inexistencia de un contrato de prestación de servicios médicos, atendida la materia, no admite la acción cautelar de que se trata./ Que, no obstante lo razonado precedentemente, la medida contra la cual se recurre aparece como una amenaza al derecho a la vida del afectado, desde que padece de una deficiencia crónica y debe someterse permanente y continuamente al tratamiento de hemodiálisis que, hasta ahora, le proporciona la Clínica recurrida, motivo por el cual, haciendo primar el bien jurídico referido, el presente recurso debe ser acogido en los términos que se dice en lo resolutivo del fallo que se revisa”.

C. El conflicto de derechos aplicado al marco constitucional chileno

El hecho que la jurisprudencia haya ido considerando, crecientemente, a la autonomía del paciente respecto de la toma de decisiones médicas, ha importado, tras un cierto tiempo, plantearse si tal consideración de la autonomía genera o potencia los llamados conflictos de derechos en el ámbito jurídico chileno.

La teoría del conflicto de derechos importa la estimación que los derechos fundamentales se encuentran en una especie de pugna permanente que ha de ser resuelta optando por uno de ellos: “Al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quién debe ceder y quién debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales”⁶¹⁶.

Según las posturas conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, entendiéndose *por conflicto de derechos* a “la inevitable colisión de derechos o de bienes jurídicos”⁶¹⁷, lo cual

⁶¹⁶ GREGORIO PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 594.

⁶¹⁷ RAMÓN RODRÍGUEZ: *Derecho Constitucional* (México DF, UNAM, 1978) p. 378.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para esto se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro⁶¹⁸.

La problemática de este tipo de soluciones es que a menudo generan no sólo desmedro de derechos sino exclusión de sus titulares de la protección jurídica: “Concebir los derechos fundamentales como realidades contrapuestas entre sí que tienden a entrar en colisión, la cual se resuelve a través de mecanismos que jerarquizan derechos (en abstracto o en concreto), trae como consecuencia la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Esto significará que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado, sacrificado, afectado en su contenido jurídico, en buena cuenta, vulnerado. De esta manera, mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, *pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos*”⁶¹⁹.

Por tal razón, consideramos que el presunto conflicto de derechos no puede resolverse por la vía de la jerarquización ni tampoco por la modalidad de ponderación de intereses o *balancing test*, pues necesariamente ello conduce a estimar que en ciertas y determinadas circunstancias los derechos son sacrificables o se sitúan en una posición de desmedro respecto de otros. En efecto: “Los métodos que criticamos –especialmente el *balancing*- llevan implícito un lógico corolario –aunque esto no se diga o quien los utiliza no repare en ello-: que los dos derechos alegados existen en el caso concreto, pero uno de ellos, del cual una

⁶¹⁸ LUIS FERNANDO CASTILLO CÓRDOVA: “¿Existen Los Llamados Conflictos Entre Derechos Fundamentales?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 12, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm - 104k, sitio consultado en abril de 2012.

⁶¹⁹ Idem.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

de las partes es titular y lo ejerce, lo ha ejercido o lo ejercerá legítimamente, debe sacrificarse en aras de un contrincante superior en abstracto y *a priori* –tal es el caso de la categorización o jerarquización -o superior en concreto –como ocurre en el método del balance- que será, pues, el derecho realmente eficaz”⁶²⁰.

Por tal causa, parece más lógico y más adecuado a una correcta interpretación examinar los derechos en aparente conflicto y determinar su contenido esencial. Así, el legislador al hacer la estimación acerca de la equidad que importa la resolución del caso establecimiento una norma general, o el juez, cuando ha de hacerse cargo de la situación particular conflictuada, no podrán directamente disponer de una respuesta pretasada o de salir de la encrucijada “declarando” un derecho prevalente al otro: en un escenario de derechos fundamentales, la determinación de contenido de los derechos respecto de su titular es lo que resulta determinante y a menudo se vislumbra que aquello que, de una parte, aparece como derecho, es más bien un interés o una expectativa que no corresponde necesariamente a una prerrogativa constitucionalmente garantizada, pues ésta tiene límites emanados –a diferencia de los criterios de la prevalencia– de su propia naturaleza: “*Delimitar un derecho* es establecer su contenido (haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación) y sus fronteras o límites. En otras palabras, delimitar es determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho lo que determina sus contornos/ Todo derecho en este sentido es limitado ya que ampara sólo el contenido del derecho garantizado constitucionalmente, el cual tiene presente el contenido de los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados/ *El límite de un derecho* es la frontera entre lo que algo es y lo que no es. El límite es parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. El límite de un derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido prefijado dentro del cual conlleva un límite como contorno o frontera./ *Los límites o fronteras* de los derechos consideran los demás bienes y derechos

⁶²⁰ PEDRO SERNA Y FERNANDO TOLLER: Ob. Cit, p. 29.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado y armónico”⁶²¹.

D. Las posibilidades de conflicto del binomio vida/autonomía, vida/libertad de conciencia, vida/calidad de vida

La pretensión de despenalizar la eutanasia, en gran medida, se apoya –desde la perspectiva de las políticas públicas- en la necesidad de dar una solución objetiva y legal a un conflicto de derechos que perjudica al propio titular: “En la cuestión de la eutanasia existen bienes jurídicos en conflicto y, necesariamente, eso obliga a que la elección de primar uno sobre otros conlleve una ponderación de éstos. Las diferencias de planteamiento señalan la existencia de distintas posibilidades de valoración de los intereses subyacentes y de las prioridades en la protección de éstos. Lo mismo ocurre con las demás manifestaciones de tensiones jurídicas, como por ejemplo en el conflicto entre libertad e igualdad, o en las colisiones entre los derechos a la información y a la intimidad, que, con frecuencia, resultan tan conflictivas en los medios de comunicación, como es bien sabido... La mayor dificultad estriba en compatibilizar el derecho a una muerte digna —lo que significa a no recibir tratos inhumanos o degradantes, al rechazo de tratamiento, a la autodeterminación y libre disposición corporal, a disponer libremente de la propia vida, a la misma intimidad—, con una concepción del derecho a la vida que, en la práctica, quiere convertirse en absoluto, tanto en lo que se refiere a la eutanasia, como en lo que atañe al aborto; pero que, como se ha señalado más arriba, acepta la ponderación en su colisión con intereses de cuño distinto y, en ocasiones, de carácter meramente material”⁶²².

⁶²¹ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ: “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, 11 (2): 15 - 64, 2005.

⁶²² MARIA CASADO: “Una vez más sobre la eutanasia”, *Enrahonar* 40/41, 2008 pp. 113-121.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Asimismo, para quienes centran el conflicto en la libertad de conciencia y en las creencias como opuestas a una interpretación del derecho a la vida, estiman: “El alcance y contenido de la libertad religiosa se interpretará de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos el cual en su artículo 18 manifiesta que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” el mismo artículo señala que la libertad de manifestar la propia religión se verá limitada por la Ley, por el orden público y los derechos fundamentales de los demás. La propia Ley Orgánica de Libertad Religiosa entiende como límite de aquélla la salvaguardia de la seguridad, de la salud y la moral pública... Como hemos expuesto, es claro que la libertad de conciencia no se garantiza de forma absoluta. En el caso que nos ocupa la objeción de conciencia a un determinado tratamiento médico, manifiesta el conflicto entre la libertad religiosa y el derecho a la vida. El Tribunal entiende que la forma de resolver el recurso es establecer la prioridad de un derecho fundamental sobre otro”⁶²³.

Sin embargo, tal tesis no es recogida por toda la doctrina, pues hay quienes consideran que el modelo del conflicto de derechos no es el camino para resolver esta aparente contradicción: “De ordinario suele proponerse la cuestión de la eutanasia como una ponderación entre el derecho fundamental a la vida del artículo 15 de la Constitución y el derecho de autonomía que se hallaría en la cláusula de dignidad o de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10, apartado primero de la Constitución. Habría una contradicción en esta hipótesis entre el bien “vida” y el bien “libertad”. Pero a mí no me convence este planteamiento. Primero porque el principio de autonomía personal (tal como lo defendieron, por ejemplo, filósofos de la talla de Dworkin, Nagel, Nozick, Rawls,

⁶²³ ALMUDENA RODRÍGUEZ MOYA: “Objeción de conciencia a tratamientos médicos: ¿eutanasia?” en *Boletín de la Facultad De Derecho*, núm. 19, 2002 pp. 443 y ss.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

etc. en su Informe de apoyo al suicidio asistido en los casos judiciales antes citados) no podría entenderse de modo absoluto (¿por qué limitarlo sólo a los enfermos terminales o con graves padecimientos y no a toda persona? –en ese caso, estaríamos de nuevo en presencia de la tesis del suicidio como derecho fundamental), no explica la necesaria intervención de un tercero en la eutanasia y no tiene en cuenta los riesgos de errores y abuso que pudieran presentarse, además de que, desde un punto de vista más técnico, no ofrece suficiente densidad normativa (¿en qué derecho fundamental concreto se ubicaría?) como para invalidar hipotéticamente una determinada legislación (si se tomara en serio esta tesis, habría que concluir, lógicamente, que la actual prohibición penal de la eutanasia sería inconstitucional). Segundo, porque tampoco la idea de dignidad es útil o clarificadora en este debate. De hecho, el argumento de la dignidad humana juega aquí (como en muchos otros casos) como opera la reina en el juego del ajedrez, que tiene la misma fuerza en todas las direcciones. En efecto, la dignidad es invocada tanto para defender la eutanasia (pues incluiría el derecho a elegir el momento, lugar y modo de la propia muerte) como para rechazarla por completo (ya que elimina al sujeto titular de esa dignidad). El concepto de dignidad es lábil, comporta riesgos (el mayor es de imponer una determinada ideología con un respetable disfraz jurídico) y es demasiado radical (su empleo en cualquier disputa jurídica conduce a cerrarla de inmediato a favor de una de las partes y en detrimento de las demás). Tercero porque tampoco la cláusula de libre desarrollo de la personalidad parece del todo concluyente en este ámbito ya que lo que está en juego es, precisamente, la destrucción de la personalidad”⁶²⁴.

Esta solución no implica desconocer las valoraciones culturales sobre los derechos que todo sistema es susceptible de hacer, que resultan el fundamento y trasfondo de la textualidad de los derechos garantizados constitucionalmente, pero tal existencia de valores o de decisiones sociales contingentes no puede afectar la cabida del derecho ni transformarlo en una cosa distinta a la que es, como por

⁶²⁴ FERNANDO REY MARTÍNEZ: “Eutanasia y derechos fundamentales” (citado).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ejemplo un derecho que, sin mediar un disvalor alguno previsto en la Constitución, disminuye ostensiblemente su rango de protección al invocarse otro derecho por un tercero.

Sobre esa base, tendemos más fuertemente a pensar que la materia, en realidad, no refiere a tener que privilegiar, en abstracto o en concreto, un derecho respecto de otro, sino al necesario análisis jurídico de la protección constitucional de la autonomía, a fin de determinar si alcanza en su esencia a la posibilidad de validar actuaciones de terceros en principio atentatorias contra el derecho a la vida como garantía protegida respecto de las personas pero con impacto y trascendencia social: “La Carta de 1980 no ha previsto la jerarquización de los derechos contenidos en ella o la subestimación de estos derechos según los ejerzan ciertos titulares, por el contrario, demanda la adecuada ponderación y armonización del orden constitucional: “El *principio de unidad de la Constitución* exige que el legislador realice el máximo esfuerzo para configurar y regular los derechos en un sistema donde cada uno de ellos colisione lo menos posible con otros, donde los derechos constituyan círculos tangentes y no círculos secantes que se invadan unos a otros, lo que exige la adecuada ponderación y un eventual sacrificio mínimo de cada derecho que exige el principio de proporcionalidad que debe emplear necesariamente el legislador en la regulación de los derechos”⁶²⁵.

En esa perspectiva, al buscar entonces como herramienta de solución la definición del contenido esencial de los derechos, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional ha manifestado que “... un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible. Se impide su ‘libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo

⁶²⁵ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ: “Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada” (citado).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”⁶²⁶.

E. Pautas de la jurisprudencia comparada acerca de la preservación de la vida ante el principio de autonomía

Existen varios fallos de la jurisprudencia comparada, algunos de los cuales ya hemos comentado en esta investigación, que nos permiten usar algunas de sus conclusiones para una mejor comprensión de la búsqueda de la esencia del derecho a la autonomía, enfrentado a las decisiones acerca de la vida humana.

Al efecto, nos parece necesario destacar los siguientes principios contenidos en dichos fallos:

E.1. Caso de Debbie Purdy⁶²⁷

Este caso trata de una persona que, imposibilitada de obtener una prestación de suicidio asistido en su país, Inglaterra, decide viajar a Suiza a obtener dicha prestación con ayuda de su marido, pero teme que a su regreso existan represalias judiciales en contra de él.

“La Sra. Purdy no pide que a su marido se le otorguen garantías de inmunidad judicial. Una excepción de ese tipo, como el Señor Pannick acepta, sería una materia para el Parlamento. Lo que ella busca es información. Es una información

⁶²⁶ Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 1987. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 84, sección 6°, p. 4, rol N° 43, considerandos 20 y 21. Publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1987.

⁶²⁷ HOUSE OF LORDS: R (on the application of Purdy) (Appellant) v Director of Public Prosecutions (Respondent) *on appeal from*: [2009] EWCA Civ 92 30 July 2009. Como resultado de este fallo se dictaron las “Policy for Prosecutors in respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide” con fecha 25 de febrero de 2010, las que puede consultarse en http://www.cps.gov.uk/publications/prosecution/assisted_suicide_policy.pdf, sitio revisado en octubre de 2012. Dichos lineamientos refiere a la investigación, apertura de la conducta de auxilio (al suicida) fue motivada enteramente por la compasión”.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

que dice necesitar para que pueda tomar una decisión que afecta a su vida privada. Un buen número de otras personas ya han hecho el viaje a los países donde el suicidio asistido es legal, y los que han asistido no han sido procesados... Como se ha dicho, ella no busca la inmunidad. En cambio, sí quiere ser capaz de tomar una decisión informada en cuanto a pedir ayuda de su marido para este viaje. Ella no está dispuesta a exponerlo al riesgo de ser procesado si le ayuda. Sin embargo, el Director se negó a decir cuáles son los factores que se tendrán en cuenta para decidir si es o no es de interés público perseguir a los que asisten a la gente para poner fin a sus vidas en los países donde el suicidio asistido es legal. Esto le presenta un dilema...”- *La House of Lords*, por ello, ordena establecer un código que “...ofrecerá una guía suficiente tanto para la Corona como para los fiscales y el público en cuanto a cómo serán tomadas las decisiones en un caso dado, en relación con el interés público para procesar. Esta es una salvaguardia valiosa para las personas vulnerables, pues permite que el fiscal tome en cuenta todo el trasfondo de la caso. En la mayoría de éstos, su aplicación servirá para garantizar la previsibilidad y la coherencia de la toma de decisiones, y las personas sabrán a qué atenerse”.

E.2. Caso de Inmaculada Echeverría⁶²⁸

Si bien éste no es un caso judicializado, implica la toma de decisiones en el sistema público español acerca de una persona con grave estado de postración, que solicita se suspendan a su respecto medidas de soporte vital estando consciente y competente. Al inhibirse los servicios de salud de tomar una decisión en esta materia, el caso fue transferido a la Comisión Autónoma de Ética e Investigación de Andalucía, la cual resolvió el 15 de Diciembre de 2006 de modo unánime lo siguiente: “(debe) asegurarse, hasta un grado de convicción razonable,

⁶²⁸ Ver resolución de la Comisión Autónoma de Ética e Investigación de Andalucía, España, de fecha 15 de Diciembre de 2006 en <http://scielo.isciii.es/img/revistas/medinte/v32n9/64v32n09-13129965tab01.gif> (sitio consultado en abril de 2012).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

que la paciente toma su decisión en forma voluntaria, libre de coacciones y manipulaciones por parte de terceras personas/ Proporcionarle información detallada acerca de las consecuencias de la decisión que está tomando, incluyendo la alta probabilidad de fallecimiento, de una manera reiterada y clara/ Asimismo deberán explorar con ella todas las alternativas posibles a la suspensión de la ventilación mecánica y extremar la oferta de unos cuidados paliativos de calidad/ Evaluar explícitamente su capacidad de obrar de hecho para tomar esta decisión. Es particularmente importante descartar que los síntomas depresivos, aunque los tuviera, puedan interferir en la capacidad de la paciente. A este respecto debe ser tenido en cuenta el informe de valoración ya emitido por dos psiquiatras del hospital donde está ingresada, donde se insiste en la ausencia de depresión actual establecido y en la capacidad de la paciente para tomar decisiones/ Asegurar la perdurabilidad y estabilidad de la decisión mediante un tiempo razonable de espera antes de tomar la decisión final/ Una vez que se hayan cumplido satisfactoriamente estos requisitos, no se ven actualmente razones éticas que impidan a los profesionales cumplir la petición de suspensión de desconexión de ventilación mecánica. Y aunque ello suponga, con elevada probabilidad, la muerte de la paciente”.

E.3. Caso de Eluana Englaro⁶²⁹

Esta persona se encontraba en estado vegetativo persistente hacía varios años y su padre, tras varias instancias judiciales, obtuvo de la Audiencia Civil de Milán, sobre la base de una sentencia en casación de 16 de octubre de 2007, pronunciarse el 9 de julio de 2008 autorizándolo, en su calidad de tutor, a interrumpir el tratamiento de hidratación y alimentación artificiales que mantenían con vida a su hija desde hace dieciséis años. Los fundamentos de dicha sentencia fueron los

⁶²⁹ CORTE D’APELLO DI MILANO: Sentencia reclamo in grado d’apello ex. Art. 739 c.p.c. caso Eluana Englaro, http://www.aduc.it/generale/files/allegati/sentenza_englaro.pdf, sitio consultado en octubre de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

siguientes: “el artículo 32 de la Constitución italiana establece que la República «tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad y, al tiempo que garantiza la posibilidad del enfermo de aceptar o rechazar un tratamiento sanitario, subraya que la Ley no puede en ningún caso violar los límites que impone el respeto del ser humano;» el Tribunal de Lecco había declarado inadmisibile, con anterioridad, el recurso del padre de Eluana, basándose en el hecho de que según las disposiciones de los artículos 2 y 32 de la Constitución, «un tratamiento terapéutico o de alimentación, incluso invasivo, que sea indispensable para mantener en vida a una persona que se encuentra imposibilitada de prestar su consentimiento, no es tan sólo lícito, sino preceptivo, como expresión del deber de solidaridad que pesa sobre la colectividad y que resulta aún más significativo si, como en el caso de autos, el sujeto interesado no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad;» el ordenamiento jurídico italiano presenta un vacío legislativo sobre las modalidades según las cuales una persona debe manifestar su propia voluntad; la Audiencia de Milán, basándose en la sentencia en casación n.º 21748, ha considerado que la interrupción de los cuidados puede encontrarse justificada cuando la presunta voluntad de la persona inconsciente se puede reconstituir por medio de elementos de prueba claros, unívocos y convincentes, así como en base al estilo y a la naturaleza de su vida”⁶³⁰.

⁶³⁰ Este caso generó un gran debate fundamentalmente por dos causas: Tratarse de una paciente que no podía solicitar su propia desconexión, como igualmente había sucedido en el caso de Terri Schiavo y tratarse de medidas de alimentación e hidratación, respecto de las cuales se suscita un debate acerca de si han de considerarse susceptibles de ser o no rechazadas por representación, puesto que no constaba un documento de instrucciones o directrices anticipadas de Eluana Englaro. La discusión sustantiva estriba, de este modo, en si son considerados tratamientos rechazables o cuidados, lo que hace más controvertida la posibilidad de rechazo.

E.4. Caso de Diane Pretty⁶³¹

El caso de Diane Pretty llegó en última instancia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo al recurrir a él la interesada, quien se encontraba paralizada y sufriendo una enfermedad degenerativa e incurable, alegando que la negativa del Director de la Fiscalía Pública del Reino Unido, ratificada luego en fallo de la *House of Lords*, de proporcionar inmunidad a su marido si él la ayudaba a cometer suicidio y la prohibición del derecho nacional de dar asistencia al suicidio infringían sus derechos bajo los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El fallo, luego de transcribir partes de relevancia del fallo de la *House of Lords*, examina la relevancia del derecho interno del Reino Unido –particularmente la *Suicide Act* de 1961– y de la práctica, citando el famoso caso de *Ms B*⁶³². Menciona que en marzo de 1980 el *Criminal Law Revision Committee*, en su decimocuarto informe (“Ofensas en contra de la Persona”) revisó la ley relativa a varias formas de homicidio y las penas aplicables a ellas. En la sección F, se discutió el “homicidio por compasión” (*mercy killing*) y se consideró que desde el punto de vista práctico esta figura presenta problemas de definición y puede producir un efecto contrario, es decir, que en vez de evitar el sufrimiento lo cause, al dejar a las personas débiles con una inferior protección de la ley que las que se encuentran sanas y bien.

Luego se cita parte del informe de la *House of Lords Select Committee on Medical Ethics* de 31 de enero de 1994, en el cual, si bien los miembros mencionan lo conmovedores que son muchos casos de pacientes terminales con largas agonías y dolores, consideran sin embargo que tales argumentos no son suficientes para

⁶³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Diane Pretty: *Pretty vs. United Kingdom (Application n° 2346/02)* dictado en Estrasburgo el 29 de abril de 2002 (citado).

⁶³² Ms B. v. an NHS Hospital, Court of Appeal judgement of 22 March 2002. Sobre este caso, puede encontrarse interesante información en <http://www.guardian.co.uk/letters/story/0,3604,675063,00.html>. Se trata de una paciente terminal que solicita autorización judicial para no proseguir con un tratamiento respiratorio necesario para vivir. Se enfatiza, sin embargo, que se trata de una situación diferente a la de la señora Pretty, pues se plantea el rechazo a una medida de soporte vital por una paciente competente y no el presunto derecho a ser muerta por un tercero.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

levantar socialmente la prohibición del homicidio intencional, pues dicha prohibición es la piedra angular del Derecho y de las relaciones sociales.

Si bien en algunos casos individuales la eutanasia puede aparecer como lo más adecuado, ellos no permiten razonablemente establecer el fundamento de una política que puede importar severas y graves repercusiones. Más aún, la muerte no es un asunto solamente personal o individual; la muerte de una persona afecta las vidas de otras, incluso de maneras y con una extensión que no puede ser prevista. Los miembros del Comité, de acuerdo a ello, consideraron que el tema de la eutanasia es uno de aquellos en que el interés individual no puede ser separado del interés de la sociedad en su conjunto⁶³³.

Después de hacer estas menciones, que resultan sin duda ilustrativas respecto de la interpretación que hace la Corte respecto de la disponibilidad de la vida, pasa a fijar el contenido preciso del artículo 2° de la Convención, en el sentido de que éste protege el derecho a la vida, sin el cual el goce o disfrute de cualquiera de los demás derechos y libertades garantizados por la Convención sería ilusorio. Tras fijar las prohibiciones que dicho precepto impone al Estado, de acuerdo a los casos más recientes de su jurisprudencia (Casos *Osman v. Turquía* y *Keenan v. United Kingdom*), señala que su redacción no comparte la misma naturaleza que los derechos de libertad. En definitiva, aclara, en concordancia con la *House of Lords*, que el contenido del derecho a la vida no podría ser interpretado, sin grave distorsión del lenguaje, como comprensivo de un derecho diametralmente opuesto: el del derecho a morir. De esta forma, el máximo Tribunal europeo de Derechos Humanos no considera posible deducir del artículo 2° del Convenio el derecho a morir, sea con la ayuda de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública.

⁶³³ Un extracto bastante completo del informe señalado puede encontrarse en JOHN KEOWN (editor): *Euthanasia examined: ethical, clinical and legal perspectives* (citado) pp. 99 y ss.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

En segundo lugar, respecto de la presunta vulneración del artículo 3° -prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes-, que según la parte requirente estaba representada por las conductas que tuviesen por objeto no evitar la llegada atroz de una muerte irreversible derivada de enfermedad en fase terminal, lo que conduciría a una muerte inhumana, la Corte señala que dicho precepto debe considerarse como una de las cláusulas primordiales del Convenio, en cuya virtud se consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, signatarias del Consejo de Europa. Agrega que una interpretación del concepto *malos tratos o tratos inhumanos o degradantes* como el que se sugiere va más allá de su jurisprudencia, y aunque mantiene un concepto dinámico y evolutivo de la misma el artículo 3° debe sin embargo interpretarse en relación con el artículo 2°, más arriba expuesto, en el sentido que no puede obligarse al Estado a proteger los actos que tienen por objeto interrumpir la vida humana.

Luego la Corte se dirige a la noción de vida privada, señalando que el artículo 8° protege también el derecho a un desarrollo de la personalidad y a establecer y llevar a cabo las relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior (Caso Burghartz v. Sweden, 1994), si bien precisa que en ningún caso anterior la Corte ha declarado que el artículo 8° importe un derecho a la autodeterminación en cuanto tal.

Tras ello, la Corte aborda la cuestión nuclear del caso examinado, de la mano de las consideraciones de si el Estado puede recurrir a la protección penal, a través de la tipificación de determinados delitos para prevenir las consecuencias derivadas de la adopción de algunos estilos de vida, lo que produciría una injerencia en la esfera privada del individuo⁶³⁴.

La Corte enfatiza que la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma de la Convención y sin negar de ninguna la protección de la vida contenida en el

⁶³⁴ Resulta interesante el comentario que hace, en este punto, MANUEL PULIDO QUECEDO en su artículo “Eutanasia y ayuda al suicidio. Caso Pretty c. Reino Unido” en *Tribuna* (RTC n° 6) que se puede encontrar en http://www.aranzadi.es/online/areas/penal/artpub/bib_2002_624_rtc6.html.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

artículo 2º, considera que, desde la perspectiva del artículo 8º, la noción de *calidad de vida* adquiere toda su significación. Agrega que en unos momentos históricos de avance y sofisticación de la Ciencia Médica que permiten un aumento de la esperanza de vida, numerosas personas temen que se les fuerce a vivir hasta una edad muy avanzada o en un estado de grave deterioro físico y mental, que les coloque en las antípodas de la percepción de ellos mismos o de su identidad personal. Bajo estas consideraciones y teniendo presente el caso resuelto en 1994 por la *Supreme Court* de Canadá en el caso Rodríguez, la Corte admite examinar la queja de la requirente en cuanto a que la evitación de poder dar fin a lo que a sus ojos constituye un fin de vida indigno y penoso, constituye una vulneración del respecto a la vida privada, tal como queda formulado en el artículo 8º de la Convención. Para examinar tal vulneración, la Corte señala que el artículo 8º permite también una injerencia en el ejercicio de un derecho siempre que ello esté previsto en la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria con los valores que el mencionado precepto declara.

E.5. Caso de Ernst Haas⁶³⁵

El 20 de enero de 2011 la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una sentencia muy esperada en el caso de Haas frente a Suiza (solicitud no 31322/07) sobre el “derecho al suicidio asistido”: “el asunto planteaba la cuestión de si, en virtud del derecho al respeto de la vida privada, el Estado debió garantizar que un hombre enfermo que deseaba cometer suicidio podría obtener una sustancia letal (pentobarbital sódico) sin prescripción médica, no obstante lo dispuesto por la ley, con el fin de ser capaz de acabar con su vida sin dolor y sin riesgo de fracaso”.

⁶³⁵Tribunal Europeo de Derechos Humanos: AFFAIRE HAAS c. SUISSE (Requête no 31322/07), 20 de Junio de 2011, vid. en

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

A pesar de admitir una especie de derecho al suicidio, la Corte negó la existencia de un derecho al suicidio asistido que pudiera derivar de la Convención Europea y ser garantizado por el Estado. En efecto, el demandante, que sufría de un trastorno psíquico grave, quiso suicidarse con una sustancia letal disponible sólo con receta médica, de acuerdo con la legislación suiza. Como él no tenía derecho conforme a dicha ley, basa su reclamo en que esta imposibilidad vulnera su derecho a la intimidad, garantizado por el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerando que el Estado debería haberle proporcionado las drogas para poder cometer suicidio.

Para responder a la cuestión, el Tribunal recuerda en primer lugar la gran extensión de la noción de vida privada, ampliado a través de sucesivas interpretaciones, en especial el derecho a la autonomía y desarrollo personal. Así, en el caso de *Pretty contra el Reino Unido* (2002), el Tribunal de Justicia declaró que la decisión del solicitante para evitar lo que consideraba sería un final indigno y penoso para ella la vida era parte de la esfera privada cubierta por el alcance del artículo 8° de la Convención.

En virtud de la aplicación de la jurisprudencia *Pretty*, y utilizando las palabras del Tribunal Federal Suizo, el Tribunal afirma que el derecho de toda persona a decidir cómo y cuándo poner fin a su vida, a condición de que dicho individuo se encontraba en condiciones de hacer su propia decisión en ese sentido y tomar la acción apropiada, era uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en virtud del artículo 8 de la Convención (§ 51). Así, el Tribunal reconoce, con condiciones, una especie de derecho a la libre determinación en cuanto a la propia muerte, es decir, un derecho al suicidio. La existencia de este derecho está sujeto a dos condiciones, una vinculada a la libre voluntad de la persona interesada y la otra en relación con su capacidad para tomar las medidas oportunas. La segunda condición muestra que el derecho existe en la medida puede ser implementada por la persona en cuestión.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Asimismo, la Corte recuerda que la Convención debe ser leída en su totalidad, por lo que es necesario hacer referencia al artículo 2 de ésta, que protege el derecho a la vida. La Corte observa que la gran mayoría de los Estados miembros dan más peso a la protección de la vida de un individuo que en el derecho a poner fin a la propia vida (§ 55) y llega a la conclusión de que los Estados tienen un amplio margen de apreciación a este respecto. En todo caso, el respeto al derecho a la vida obliga a las autoridades nacionales para evitar que una persona que ponga fin a su vida si tal decisión no se toma libremente y con pleno conocimiento (§ 54).

La Corte pondera los intereses en juego y observa que la exigencia de una prescripción para la adquisición de ciertos fármacos persigue el objetivo legítimo de proteger a los individuos de tomar una decisión precipitada y evitar abusos (§ 56), sobre todo en un país como Suiza, que fácilmente permite el suicidio asistido. La Corte considera que el riesgo de abuso inherente a un sistema que facilita el suicidio asistido no puede ser subestimada (§ 58). El Tribunal concluye que la restricción en el acceso a la sustancia letal fue pensado para proteger la salud y la seguridad pública y de prevención del delito (§ 58).

Así, a pesar del reconocimiento de una especie de derecho al suicidio, la Corte no comparte las alegaciones del demandante, según las cuales el Estado tiene la obligación positiva para tomar medidas que permitan un suicidio rápido y sin dolor. Por el contrario, en virtud del artículo 2º, que garantiza el derecho a la vida, el Estado debe garantizar la protección de la vida de las personas bajo su jurisdicción. Incluso cuando el suicidio asistido está permitido, como en Suiza, el Estado debe prevenir el abuso en el uso de esta facultad debido a su obligación de proteger la vida.

E.6. Algunos aportes de los fallos citados

En el escenario de una creciente opción por la autonomía del paciente y por considerar que el concepto de “vida digna” puede superponerse a la protección misma del derecho a la vida, sea por vía constitucional, legislativa o directamente jurisprudencial, respecto de las figuras que implican de uno o de otro modo una disposición de la vida humana, la jurisprudencia citada resulta altamente destacable, aunque no exenta de dificultades. En efecto:

a) En los fallos dictados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y sin perjuicio que las garantías de los ordenamientos internos, se reconoce que la Convención Europea de Derechos humanos protege la privacidad y la libertad de conciencia de las personas. De este modo, asimilando las argumentaciones dadas en el caso de Sue Rodríguez en Canadá⁶³⁶, destacan los sentenciadores que éstas pueden ser limitadas en aras de las necesidades propias de proteger ciertos valores fundamentales por parte del Estado, como es el caso de la vida humana, la que es prioritario conservar, por lo cual legalizar la asistencia a la decisión de muerte de un ser humano puede representar una facilitación a la muerte de personas débiles o enfermas, que se ven compelidas a ello no por una genuina decisión, sino por soledad, abandono e incluso la presión de quienes los cuidan⁶³⁷. Se hace énfasis, además, en que debe distinguirse claramente la facultad que tiene una persona competente de rechazar tratamientos médicos incluso vitales, como asimismo su posibilidad de darse muerte, respecto de la colaboración directa en dicha muerte, ya que en un caso se

⁶³⁷ Esta opinión es plenamente coincidente con lo señalado en *Washington et al versus Glucksberg*, 1997, en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos declara directamente como interés del Estado “prevenir el suicidio, estudiarlo, identificarlo y tratar sus causas... Legalizar el suicidio asistido puede hacer más difícil para el Estado proteger a personas deprimidas o mentalmente enfermas o a quienes son víctimas de dolores no tratados, respecto de sus impulsos suicidas”. Esta sentencia se encuentra transcrita en MICHAEL M. UHLMANN (editor), *Last Rights. Assisted suicide and euthanasia debated* (Michigan, Eerdmans, 1998) pp. 600 – 629.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

trata de una decisión propia de la paridad actualmente reconocida en la relación médico–paciente y de la valoración del principio de calidad de vida frente a tratamientos gravosos, desproporcionados o inútiles, mientras que en el segundo caso hay una acción directamente encaminada a dar muerte a un individuo⁶³⁸, o bien, puede tratarse de una decisión de suicidio de un sujeto autónomo y competente, que no constituye un derecho exigible al Estado sino más bien un espacio autónomo no penalizado, pero que no alcanza a validar la activa participación de terceros en dicho acto suicida o generar un deber del Estado en orden a proporcionar medios fáciles y expeditos para que la conducta se realice. Se previene, además, que las decisiones de rechazo de medidas de soporte vital sean dadas por pacientes seguros de su decisión, convenientemente informados y sin estados depresivos o imposiciones de criterios de terceros, aunque en personas en estado vegetativo persistente se está a las declaraciones de testigos respecto de lo que estas personas hubieran deseado, lo cual entraña un cierto grado de peligro, como sucede en el caso Englaro y antes en el caso Schiavo.

b) En el caso Englaro la problemática no estriba en la autonomía, pues no hay directrices confiables ni indiscutibles sobre lo que deseaban estas pacientes que se hiciera a su respecto y lo que pasa a primar es la interpretación que las Cortes pueden efectuar acerca de la dignidad de sus vidas yacentes, considerando las facultades de sus guardadores a este respecto.

⁶³⁸ En la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso de *Vacco (General Attorney, State of New York) v. Quill*, distingue precisamente entre dejar morir a un paciente y causar la muerte de éste “ya que es un derecho del paciente rehusar tratamientos médicos que interfieren en sus decisiones prioritarias, pero no existe derecho y aún más, se penaliza por las leyes de la mayoría de los Estados, el asistir a otro para que se suicide”. Fallo transcrito en *MICHAEL M. UHLMANN*, ob. Cit, pp. 630 – 633.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

c) Finalmente, el caso Echeverría que no es un caso judicializado, es un ejemplo del desarrollo y cristalización del derecho al rechazo de tratamientos médicos, no sólo respecto de dar inicio a éstos, sino del derecho a interrumpirlos por parte de una paciente competente, matiz no menor particularmente si confrontamos esta visión con la que evidenciaremos luego en la normativa chilena sobre derechos y deberes de las personas en salud.

6. ¿Es bajo la Carta de 1980 la vida un derecho–deber?

La vida física es un bien fundamental y primario de la persona, pero el deber fundamental y primario de conservar y promover el bien de la vida física es “no absoluto” y por tanto admite algunos límites circunstanciales para su cumplimiento⁶³⁹.

La vida no es una excepción al tratamiento de los derechos constitucionales en su conjunto, en el sentido de que el sistema jurídico reconoce y ampara dichos derechos bajo la forma de garantías individuales, pero no impone ni fuerza al titular a su salvaguarda, pues precisamente ése es el ámbito propio de su conciencia y su libertad. Sin embargo, las conductas autolesivas no constituyen de suyo un derecho, sino la manifestación de espacios autónomos no penalizados en que cada uno decide de acuerdo a su propio criterio y responsabilidad, para lo cual son especialmente relevantes su competencia y su capacidad de discernir sobre una buena base de información comprensible⁶⁴⁰.

⁶³⁹ MAURICIO CALIPARI: *Curarse y hacerse curar. Entre el abandono del paciente y el encarnizamiento terapéutico* (Buenos Aires, Educa, 2007).

⁶⁴⁰ “La muerte es una realidad inevitable y no un derecho o una opción, de tal manera que el derecho a morir debe entenderse más bien como el derecho a morir con determinadas condiciones de cuidado. En otras palabras, no se trata estrictamente del derecho a morir, sino del derecho a morir con dignidad, y esto tiene que ver con los tratamientos que las personas reciben al final de su vida, los cuales pueden ser insuficientes, proporcionados, excesivos, o aun encaminados a producir la muerte. Por lo anterior, el derecho a morir con dignidad debería entenderse como el derecho a recibir cuidados adecuados y proporcionados”: L.P.FRANCIS, “Legal Rights to health Care at the End of Life”, *JAMA* 1999; 282: 2079.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

La inexigibilidad jurídica –sin perjuicio de las precisiones morales que legítimamente pueden hacerse desde los modelos éticos o religiosos– de un deber de autocuidado en personas competentes y, sobre esa base, la legitimación de la posibilidad de determinar por ellas en qué términos, hasta dónde y hasta cuándo consideran necesario preservar su vida, mantener tratamientos o aceptar la aplicación de medidas terapéuticas son probablemente muestra de los grandes logros de la autonomía en el sistema constitucional contemporáneo, que se han venido a plasmar en las normas legales recientemente dictadas en Chile⁶⁴¹. Ello, sin embargo, no ha importado, ni en sede constitucional ni legislativa, la consideración de que el reconocimiento a esta autonomía del paciente pueda traducirse en una conducta que goce de una causal de justificación, asociada ya sea con dicha voluntad o en un ánimo piadoso, para legitimar constitucionalmente la eutanasia.

Por ello, la dicotomía entre el deber de vivir, como una imposición del Estado hacia el individuo, que se ubicaría como un eje jurídico contrapuesto con el derecho a la disposición de la vida por parte de un tercero, no es una controversia real en el ámbito constitucional chileno, en el cual no se considera a la eutanasia como una opción mayoritaria válida, pero que sí ha desplegado una fuerte aprobación por las decisiones autónomas del paciente, considerado en una situación paritaria con el médico y en una relación bilateral con éste.

⁶⁴¹ “[E]l deber de cuidar y atender la salud propia no es un deber jurídico cuando estamos ante una conducta autorreferente. El deber deviene jurídico y exigible sólo cuando el que no atiende a su salud compromete a otros o, más claramente, cuando daña o pone en riesgo a terceros”: GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS, "La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático", -nota a fallo-, revista *El Derecho*, Buenos Aires, 11/12/1995.

7. El derecho a la vida enfrentado a las situaciones de dolor, enfermedad y muerte próxima

El derecho a la vida, en su ejercicio, transita por las distintas etapas que enfrenta un sujeto, desde su concepción hasta su muerte. Una de esas etapas constituye aquella relacionada con la enfermedad, el dolor y el proceso de muerte, la cual representa un tránsito especialmente complicado para el ser humano, no sólo porque pone a prueba sus fuerzas, su estabilidad, su plan de vida y su relación con las demás personas y con el entorno, sino porque además es una etapa medicalizada, en la cual la persona en gran medida depende de otros y necesita de una serie de prestaciones para superar o al menos paliar los efectos de estos eventos.

El desarrollo contemporáneo de los derechos de los pacientes, proceso del cual Chile no ha estado ausente, ha ido configurando cada vez en mayor medida las herramientas necesarias para que el paciente cuente, durante esta etapa, no sólo con las prestaciones necesarias, sino con un trato digno y la debida consideración a sus decisiones, a su voluntad y a su propia individualidad, dentro del marco constitucional que ya hemos descrito. Algunos de los referidos derechos consagrados durante el siglo XX y fuertemente proyectados en el siglo XXI refieren al paciente postrado, que sufre, que es susceptible de ser víctima de encarnizamiento terapéutico o de abandono o que se encuentra en una etapa terminal de su enfermedad, lo cual motiva la construcción jurídica de las opciones que, en la perspectiva de la deontología médica, ya se le reconocen, pero que resulta necesario plasmar en normas jurídicas claras y estrictas, cuyo cumplimiento se pueda demandar.

A nuestro juicio, ese desarrollo normativo descansa en tres premisas básicas a las cuales ya nos hemos referido: la dignidad del paciente, la validación del acto médico mediante el consentimiento informado, y la autonomía decisoria de la persona competente. Tales premisas admiten, a nuestro juicio, la disposición de la

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

vida por parte del paciente en lo relativo al rechazo de tratamientos, a establecer directrices anticipadas y a determinar incluso los tiempos en que está dispuesto a ser sometido a medidas de soporte vital, al punto de no sólo liberar al médico de responsabilidad por el acatamiento de esa voluntad, sino de imponerle no actuar en contra de ella so pena de arriesgar responsabilidades cuando menos civiles y, por cierto, incluso penales.

Sin embargo, estimamos que de tales posibilidades no emana, ni se ha previsto que así sea, una facultad de legitimar la participación de terceros en acciones matadoras –aun tratándose de médicos– ni de validar omisiones que importen un aceleramiento del proceso de muerte aplicando las reglas generales de representación. Por el contrario, allí donde hay consentimiento informado o pautas contenidas en directrices anticipadas, primará la autonomía del sujeto en lo que a su propio ámbito respecta, esto es, a la aceptación o rechazo del tratamiento, lo cual incluye la interrupción, pero no llegará al punto de generar una excepción respecto de los terceros obligados a no participar en la muerte de otro según las normas constitucionales y legales asociadas con la protección de la vida.

A. El derecho al rechazo de tratamientos médicos y sus eventuales implicancias sobre la protección de la vida. Consideraciones sobre la calidad de vida

A.1. Evolución jurisprudencial

El respeto por la autonomía del paciente y la institución del consentimiento informado como elemento esencial de la relación médico-paciente no sólo importa conseguir la aprobación o anuencia del paciente respecto de los tratamientos que han de aplicársele, sino que importa necesariamente, como contrapartida, relación con el rechazo de tratamientos médicos. “La justificación jurídica de este derecho emana del presupuesto que el paciente tiene como un deber propio de la relación

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

médico-paciente y del ejercicio del derecho a la vida y de la protección de la salud un deber de autocuidado, pero tal deber no es exigible compulsivamente en el paciente competente y en situaciones que no comprometen ni afectan la salud pública o la vida, salud o seguridad de terceros”⁶⁴².

Sn embargo, el rechazo de tratamientos no se consideró como parte de las facultades jurídicas de los pacientes en las etapas iniciales de vigencia de la Carta Fundamental de 1980, marcadas por tres ideas que se contraponían a tal posibilidad: la consideración de la vida como un bien en sí misma, don otorgado por Dios a los hombres (interpretación acorde con el Magisterio de la Iglesia Católica) y, en consecuencia, indisponible; la consideración del derecho a la vida como un derecho jerárquicamente preferente a otros, en términos abstractos, aun en relación con la autonomía o la libertad de conciencia del titular; y el examen de la proporcionalidad de la medida radicado fundamentalmente en el médico y no en el paciente. Esta posición sin duda ha variado sustancialmente, merced tanto al desarrollo comparado de estas temáticas como al cambio de prisma que ha significado la aplicación de la Constitución en un modelo democrático recuperado del año 1990 en adelante, fue proclive a la suscripción de numerosos tratados internacionales de derechos humanos y a una mayor recepción de las interpretaciones sobre ellos efectuadas en instancias internacionales y bajo prismas laicos y tendientes a la armonización de los derechos mucho más que a su jerarquización, como se ha explicado.

⁶⁴² De la autora: “Negativa de un menor de edad y de su familia a que éste reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la jueza de familia de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N°2 (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2009) p. 421. Este mismo fallo es comentado también en GONZALO FIGUEROA YANEZ: “El "derecho a la vida" y el "derecho a hacer la vida" en colisión: algunas consideraciones frente a una sentencia judicial”, *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 12, julio 2009, pp. 209-214.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Ello ha significado, en la práctica, que la temática del rechazo a los tratamientos médicos ha pasado por una interesante evolución jurisprudencial que se puede sintetizar de la siguiente forma:

- a) Primera etapa, en que no se admite la posibilidad de rechazar medidas terapéuticas de trascendencia vital: sobre esto encontramos, por ejemplo, las transfusiones de sangre respecto de Testigos de Jehová donde el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 24 de marzo de 1992, sobre negativa por razones religiosas a que se practique transfusión de sangre, estimó en su considerando Sexto que:

“si bien es cierto, nuestra Constitución, en el artículo 19 N° 6, asegura a todos los habitantes la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, en este caso, habiendo conducido doña L.B.B. a su hijo al Hospital Regional para ser atendido por el grave estado en que se encontraba, lo que se puede deducir de los antecedentes, el cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados, porque la recurrida solicitó la atención médica para su hijo, a fin de preservar su salud y conservar su vida, disponiendo el hospital de los elementos humanos y materiales para que el paciente recuperara la salud y mantuviera la vida, proporcionándosele al enfermo los auxilios médicos necesarios, entre ellos la transfusión de sangre, que lo han llevado a su recuperación. Que, por otra parte, el juramento y rol profesional del médico lo obligan a preservar la vida”.

- b) Segunda etapa, en que los tribunales admiten el rechazo de tratamientos en razón de que nadie puede ser forzado a defender su propio derecho: aquí encontramos el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Autos Rol N°

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

806-96 Hospital San José con J.C., que rechazó el recurso de protección interpuesto por dicho hospital para forzar al paciente a someterse a una transfusión sanguínea estimando:

“Que el recurso de protección invocado, tiene por objeto amparar la vida de una persona que se encuentra perturbada o amenazada por la acción de un tercero, pero no puede perseguir el amparo ante la omisión voluntaria de aquella para conservarla, pues nadie puede ser forzado a defender su propio derecho”. En el mismo sentido, el año 2001 la Corte de Apelaciones de Talca, en autos Rol N° 60069-01, declaró inadmisibles un recurso de protección en el mismo tenor, estimando que “del mérito de los antecedentes se desprende que la persona a favor y en contra de quien se recurre es la misma, se declara inadmisibles el recurso deducido”.

- c) Tercera etapa, donde se acepta el rechazo de tratamientos médicos respecto de paciente competente, cuando consta tal decisión, pero rechaza la objeción de conciencia a tratamientos médicos formulada por los padres de un menor. En esta etapa encontramos sentencias referentes a menores de edad o *nasciturus*, como la de la Corte de Apelaciones de Iquique, en Autos Rol N° 39.162 -2002:

“4°) Que, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, el accionar de los médicos tratantes y del Director del Hospital Regional, no ha sido ni arbitrario ni ilegal, por cuanto todas sus acciones estuvieron orientadas a lograr la recuperación del menor A.C.C., mediante tratamientos destinados a preservar la vida y cuyo diagnóstico y tratamiento está entregado por nuestra legislación vigente a los profesionales médicos, de tal manera que procede rechazar el recurso interpuesto, en cuanto se estima vulnerado el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política; / 5°) Que, en lo tocante a la segunda garantía constitucional que los recurrentes estiman amagada, la del artículo 19 N° 6 de la Constitución Política, esto es, “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”,

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

procede asimismo rechazarla, por cuanto de acuerdo con lo manifestado por los médicos tratantes, se está frente a un caso médico debidamente analizado en que las quemaduras eran de tal riesgo para la vida del niño y estaba expuesto a contraer infecciones, frente a los cuales los padres del menor pierden la autonomía de decidir, y será el médico tratante, quien asuma la representación para hacer el tratamiento clínico que corresponda”.

También encontramos sentencias referidas a adultos, como la Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel en Autos Rol N° 104-2008, la cual en verdad importa una suerte de involución en confrontación con el proceso descrito:

“Decimocuarto: Que en consecuencia, en los casos de prescripción de tratamientos terapéuticos por parte de un profesional médico respecto de un paciente, que en plenitud de sus facultades físicas y psíquicas, resuelve rechazarlo, sea por causa de estimar que produce con ello un ensañamiento terapéutico o porque este lo priva de condiciones de vida que estima esenciales y mínimas, la garantía afectada no sería necesariamente el derecho a la vida. En efecto, en esa situación entrarían en conflicto dos intereses contrapuestos respecto de un mismo derecho fundamental, pero distinto. A juicio de estos sentenciadores, en tal caso la libertad de conciencia entre dos sujetos es la que entra en contradicción, primero el derecho del paciente requerido para someterse al procedimiento curativo, y segundo la libertad de conciencia del médico que dispone dicho procedimiento y que al hacerlo cumple con su deber de cuidar de la salud y de la vida de las personas a su cargo./ Decimoquinto: Que ante un conflicto bioético de esta naturaleza, la doctrina se ha orientado en el sentido de reconocer al individuo adulto, en pleno goce de sus facultades físicas y psíquicas, la prerrogativa de oponerse al tratamiento terapéutico cuando lo solicitara extremo o insoportable, o porque lesiona, en la apreciación de ese individuo, aspectos que para él constituyen factores esenciales de la vida y de su calidad... / Decimosexto: Que en los términos descritos corresponde examinar cual ha sido el grado de libertad e independencia de la decisión adoptada por don L.S.G. –si en la realidad de los hechos la ha habido–, y si al adoptarla actuó en pleno conocimiento de ella

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

y particularmente de sus consecuencias./ Decimonoveno: Que en consecuencia estos sentenciadores no han adquirido la indispensable y esencial convicción de que don L.S.G., en pleno uso y ejercicio de sus facultades físicas y psíquicas, haya rechazado el tratamiento terapéutico que se le formulara./ Vigésimo: Que, por otra parte, de acuerdo con los antecedentes médicos agregados al recurso, existe certidumbre, que sin la intervención quirúrgica recomendada, don L.S.G. necesariamente fallecerá en un breve tiempo./ Vigésimo primero: Que dilucidado el conflicto entre el derecho a la libertad de conciencia protegido y el derecho a la vida, como se ha hecho en los fundamentos precedentes, estos sentenciadores optarán por proteger la garantía constitucional del derecho a la vida consagrada en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, en los términos que lo permite el artículo 20 del texto constitucional... y en consecuencia se autoriza a los médicos de ese servicio de salud para adoptar todos los procedimientos médicos necesarios para la preservación de su vida y pronta recuperación, incluyendo las intervenciones quirúrgicas que fueren menesteres al efecto”.

d) Corolario de las consideraciones sobre el rechazo de tratamientos médicos fue la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia: Rol N° 103-2009 FAM, 14 de Mayo de 2009, ya citada dentro de los aportes jurisprudenciales chilenos a la consideración de la autonomía del paciente, por varias causas:

d.1 El reconocimiento a la competencia de un menor de edad para tomar ciertas decisiones atinentes a su salud, comúnmente asistido por sus padres.

Se encuentra ratificada por Chile y vigente la Convención de los Derechos del Niño, que rige hasta los 18 años en coordinación con nuestra normativa interna y que suple de algún modo las deficiencias legales, en el sentido de hacer referencia expresa a la posibilidad del niño de expresar su pensamiento:

“Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño./ 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”⁶⁴³ y a la protección de su salud: “*Artículo 24* 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. /2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes,

⁶⁴³ De acuerdo al N° 8 del artículo 8° de la Ley de los Tribunales de Familia (N° 19.968), será de competencia de éstos “8) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores”, estableciéndose en el artículo 16 de la misma ley “Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”. Esta normativa resulta de especial importancia dada la naturaleza del fallo del que trata este comentario.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. /3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. /4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

d.2 Se reconoce el criterio de la inutilidad o futilidad del tratamiento: el médico no está obligado a proporcionar al paciente tratamientos inútiles, es decir, terapias que no curen la enfermedad que sufre el paciente ni que curen sus síntomas, aunque si puede aplicar medidas que alivien el dolor del paciente. Pero con todo, es difícil determinar con exactitud la utilidad de un tratamiento y por ello este solo criterio no basta para determinar la proporcionalidad de una terapia impartida a un enfermo. “Existe un deber moral de implementar aquellas medidas terapéuticas que juzgamos necesarias o útiles. Esta obligación se refiere no sólo a las medidas curativas, sino también a aquellas de carácter paliativo. Sin embargo, no siempre resulta fácil determinar la verdadera utilidad de las intervenciones médicas”⁶⁴⁴. La utilidad de una terapia está directamente relacionada con la posibilidad de que se reporte un beneficio al paciente por la aplicación de tal o cual medida. También ayuda a determinar la proporcionalidad de un tratamiento para poder determinar los riesgos que su aplicación trae al enfermo. Evidentemente, la medida proporcionada es aquella que resulta útil al efecto querido y que, además, presenta buenas posibilidades respecto al futuro.

⁶⁴⁴ PAULINA TABOADA: “El principio de proporcionalidad terapéutica en las decisiones de limitar tratamientos” *Boletín Escuela de Medicina Pontificia Universidad Católica* N°27 (Santiago, Pontificia Universidad Católica): p. 20. Vid. También, en específica referencia a la futilidad, LJ SCHNEIDERMAN, NS JECKER & AR JONSEN, “Medical futility: its meaning and ethical implications”, *Annals of Internal Medicine* 112 (1990), pp. 949-954. En español puede revisarse también el trabajo de JL MONZÓN, I. SARALEGUI, I. ABIZANDA ET AL, “Recomendaciones de tratamiento al final de la vida del paciente crítico”, *Medicina Intensiva* 32/3 (2008), pp. 121-133.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

d.3 Se considera la opinión del paciente: “(...) el rol de la opinión actual del paciente o de su voluntad antecedente es un factor determinante. El enfermo ciertamente no puede obligar al médico a realizar una acción u omisión ilícita, pero tampoco el médico puede decidir por otro sin causa justificada. (...) Sobre todo cuando la consecuencia de su determinación pueda significar, de manera previsible para otro, una carga psicológica y moral que ni yo mismo sería capaz de soportar”⁶⁴⁵. Dentro de este criterio, para valorar la opinión del paciente se debe tener en cuenta el sufrimiento psicológico o moral que debe enfrentar.

d.4 La vida ha de tener una “calidad” para su titular

“DUODÉCIMO: Que, sin embargo, como el difícil y delicado caso del menor G.N. lo pone particularmente de relieve, el derecho a la vida no puede entenderse pura y simplemente como la mera continuación de las funciones biológicas. En este sentido, se ha sostenido que el derecho a la vida no se limita al derecho a conservar la vida biológica sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de esos valores, a vivir la vida escogida, e incluso, el derecho a morir por esos valores, derecho del que es titular cada persona. Así, el derecho a la vida además de abarcar el derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho a “hacer la vida”...

“En buenas cuentas, el derecho a la vida constitucionalmente garantizado supone, primero y obviamente, el derecho a que no se nos prive de nuestra continuidad biológica, pero además, implica el derecho a decidir los parámetros con los cuales viviremos nuestra existencia física y espiritual. Del artículo 19 N° 1° de la Constitución no se sigue, entonces, la existencia de un deber de vivir (en el sentido primario de conservar ciertas funciones biológicas) a todo evento, a

⁶⁴⁵ MANUEL LAVADOS, MANUEL Y ALEJANDRO SERANI, *Ética Clínica: Fundamentos y aplicaciones* (Santiago, Ediciones Universidad Católica, 1993) p. 137.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

cualquier costo y bajo cualesquiera condiciones, si ello supone una radical vulneración de la autonomía individual, y particularmente, de la dignidad intrínseca de la persona humana. Menos, desde luego, que el Estado tenga siempre y en todo caso la tarea de imponer coactivamente ese deber, especialmente teniendo a la vista el contenido del inciso tercero del artículo primero de la carta fundamental: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”⁶⁴⁶.

B. Normativa recién dictada en Chile sobre la materia: ley N° 20.584

Esta corriente jurisprudencial ha sido un importante antecedente que se ha tenido a la vista con la dictación de la ley N° 20.584, publicada el 24 de abril de 2012, y cuya vigencia se difirió al 1° de octubre del mismo año, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, la cual reconoce este principio en los tres primeros incisos de su artículo 14:

“Artículo 14.- Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

“Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

“En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”.

⁶⁴⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia: Rol N° 103-2009 FAM, 14 de Mayo de 2009 (citada).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

De la exégesis de este precepto emana sin lugar a dudas un trasfondo constitucional:

- a) Se reconoce, en general, un derecho a consentir o a rechazar tratamientos médicos, en forma libre, voluntaria, expresa e informada.
- b) Sin embargo, el derecho referido tiene los límites señalados en el artículo 16 de la ley, a saber:

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

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

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

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

“Siempre podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona, el apoderado que ella haya designado o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enunciación”.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

c) Los límites del artículo 16 representan una restricción importante, sin embargo, respecto de la autonomía del paciente, que estimamos no compatible con la jurisprudencia comparada y con el avance del tema y evidenciado en nuestras cortes. En efecto, estos límites son los siguientes:

c.1 El paciente, aunque rechace tratamientos médicos, no puede negarse a las medidas de soporte ordinario, entendidas éstas como alimentación e hidratación, tema que en el epígrafe siguiente evidenciamos que admite cuando menos ciertas distinciones.

c.2 “En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte”: Esta redacción nos parece, cuando menos, extraña, por varias causas: primero, porque el rechazo de un tratamiento en realidad importa dejar al sujeto como se encuentra respecto de su estado terminal, por lo cual difícilmente tal cosa podría acelerar artificialmente ningún proceso, el cual sigue su curso naturalmente; segundo, porque la redacción parece aplicarse solo al enfermo terminal, por lo cual se supone que el estatuto de ese paciente sería más restrictivo que el de pacientes con expectativas de vida, lo cual representa un contrasentido.

c.3 Se plantea en la redacción del artículo 16 el derecho a los cuidados paliativos y la solicitud de alta voluntaria como una decisión autónoma del sujeto. Sin embargo, la norma del artículo 18 parece echar ambas cosas por tierra:

“Artículo 18.- En el caso de que la persona, en virtud de los artículos anteriores, expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas, podrá solicitar el alta voluntaria. Asimismo, en estos casos, la Dirección del correspondiente establecimiento de salud, a propuesta del profesional

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

tratante y previa consulta al comité de ética, podrá decretar el alta forzosa”.

Como se ha reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que hemos venido tratando, el rechazo de tratamientos médicos es un derecho del paciente. Esta nueva normativa chilena, si bien en principio reconoce tal derecho y da un avance en relación a la total carencia de regulación en la materia, construye un derecho con fuertes limitaciones exógenas e incumple una condición que nos parece esencial para el correcto ejercicio de este derecho, que es la opción del paciente de seguir gozando de prestaciones médicas alternativas o de cuidados paliativos, aunque haya rechazado un determinado tratamiento o tipo de tratamiento haciendo uso de su autonomía.

No hay fundamento constitucional alguno que permita prescindir de esa posibilidad para el paciente, a menos que se trate de una opción voluntaria o que el estado de salud en el cual se halle como consecuencia del rechazo no pueda ser eficientemente abordado por la institución respectiva, caso este último en que corresponde transferir al paciente pero no negarle atención médica. Así, la determinación de un alta forzosa es una contrapartida vulneradora del derecho que se pretende reconocer⁶⁴⁷ y aparece como una suerte de represalia respecto de

⁶⁴⁷ Es decir, derecho al rechazo de tratamientos, como un contenido esencial del consentimiento informado, el cual ya se encuentra amparado por una norma administrativa que nos parece encuentra sustento directo en preceptos constitucionales: el Reglamento N° 570 del Ministerio de Salud de Chile, Reglamento para la internación de las personas con enfermedades, 14 de julio de 2000. precisa: "Consentimiento para tratamiento es la autorización que una persona otorga, en forma voluntaria, a la propuesta del plan de tratamiento que le indica el médico a cargo y a sus variaciones. Esta autorización deberá estar basada en el conocimiento de los fundamentos que hacen aconsejable tal tratamiento o procedimiento, los propósitos, riesgos y efectos directos y colaterales, incluyendo las posibilidades de éxito de otras alternativas terapéuticas existentes y la factibilidad de su realización". Si es un derecho autorizar por parte del paciente a que se aplique un tratamiento, de igual derecho goza a rechazarlo y ello no puede ser excusa ni fundamento para omitir las demás prestaciones de salud que le son debidas, lo cual queda de manifiesto en el Decreto Supremo N° 140, artículo 34 del mismo Ministerio, Reglamento orgánico de los servicios de salud, que establece como obligación para el médico tratante "...informar a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de ellos sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico-quirúrgicas que se aplicarán y los riesgos que estas o su omisión conllevan, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

quien ejercita su autonomía, en el marco reconocido a partir de principios constitucionales volcados en preceptos expresos⁶⁴⁸.

C. ¿Son la alimentación e hidratación elementos que admiten rechazo?

El retiro de una sonda nasogástrica

Este problema se presenta en una importante cantidad de casos, respecto de pacientes en estado vegetativo, situación médica ya descrita en este trabajo: “En los pacientes en EV⁶⁴⁹ existe una importante disfunción de los mecanismos normales de deglución, lo que hace que la nutrición sea uno de los aspectos más complejos de su manejo. Éstos pueden presentar alteraciones de distintas fases de la alimentación que pueden ser secundarias a la condición neurológica propiamente dicha, o a lesiones asociadas a la causa del daño inicial. Dada la ausencia de reactividad al medio, por definición es esperable una alteración de la primera y segunda fase de la deglución, lo que con frecuencia se asocia a hipotonía de la faringe y alteración de los movimientos peristálticos esofágicos normales. Mientras el paciente se encuentre en estado vegetativo se puede esperar

que correspondan al paciente o a su grupo familiar. En caso de negativa o rechazo a procedimientos diagnósticos o terapéuticos por parte del paciente o su representante, deberá dejarse constancia escrita en un documento oficial del servicio”.

⁶⁴⁸ Tal disposición vulnera la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, promulgada en el año 1948. Que, en su artículo 2, expresa: “que el potencial paciente tiene derecho a recibir cuidados de su salud, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Las negritas son nuestras. Muy distinto tratamiento prevé la norma equivalente a la nuestra, Artículo 21 de la Ley española 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, referida a El alta del paciente: “1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.”2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión”. Las negritas son nuestras.

⁶⁴⁹ Estado vegetativo.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

que necesite nutrirse a través de una sonda enteral que, en condiciones ideales, debe ser instalada a través de una gastrostomía. Es importante mencionar que en este caso en particular la hidratación y la nutrición se realizan a la vez, de la misma forma y con las mismas consecuencias (la suspensión de la nutrición y el mantenimiento de la hidratación solo prolongarían una muerte inevitable, por lo tanto nunca se plantea). Es por eso que en este caso parece suficiente centrar el análisis sobre la nutrición médicamente asistida. Un dato relevante en este sentido es el siguiente: en la mayor parte de los casos de pacientes que se recuperan del EV se consigue la rehabilitación de la nutrición por vía oral. Sin embargo, la instalación de la sonda se realiza en el periodo agudo del daño neurológico, y habitualmente antes de conocer el desenlace final del paciente. Es por esto que en los pacientes en EV, especialmente en la medida en que éste se prolonga en el tiempo y se considera probablemente irreversible, se plantea la pregunta: ¿es moralmente lícito suspender el aporte nutricional realizado a través de la sonda enteral a pacientes en estado vegetativo?⁶⁵⁰.

Frente a una situación de esta especie, con indudables connotaciones tanto éticas como jurídicas, la pregunta que ha de responderse es si la nutrición puede considerarse una medida terapéutica o un tratamiento disponible por parte del paciente precisamente porque en virtud del principio de autonomía hemos hecho énfasis en el derecho del paciente para rechazar dichos tratamientos⁶⁵¹, o si se trata en realidad de un cuidado, hasta cierto punto obligatorio o cuando menos de más escasa disponibilidad por parte del paciente: “La nutrición por vía natural es un cuidado en nuestra sociedad. La nutrición artificial es considerada por la

⁶⁵⁰ BEATRIZ SHAND-KLAGGES: “Nutrición en los pacientes en estado vegetativo: ¿cuidado básico o tratamiento?”, *Persona y Bioética* (Universidad de La Sabana, Colombia) Vol 15, No 2 (2011) en <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/1580/2045> (sitio consultado en abril de 2012).

⁶⁵¹ Derecho que, por cierto, no estaría dentro de los contenidos del artículo 14 de la ley chilena ya citada, pues las limitaciones del artículo 16 de la misma impiden la decisión libre acerca de las medidas de soporte vital, aún en un paciente competente.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

mayoría de los profesionales un tratamiento sometido a consentimiento informado; no es un cuidado. La hidratación y la nutrición tienen diferentes dimensiones según el fin sea luchar contra la enfermedad o, a pesar de todos nuestros esfuerzos, conseguir que los pacientes mueran en paz. Es necesario reevaluar periódicamente la indicación de los tratamientos de acuerdo con los fines. Es necesario que la sociedad conozca las opciones técnicas de nutrición que hoy día existen, y que los ciudadanos debatan y se sitúen, considerándolas como medidas ordinarias o no para ellos, para que puedan manifestar anticipadamente su voluntad de soportarlas o no ante sus familiares o por escrito”⁶⁵².

El hecho que no exista una definición legal acerca de la naturaleza de estos elementos, más aun existiendo una limitación a priori de las posibilidades de rechazo respecto de ellos sin hacer distinción alguna, vuelca el tema a las consideraciones acerca de la situación de cada paciente, puesto que en los que se encuentran en estado vegetativo no existe la opción de direccionar el tema mediante la autonomía, salvo que se hubieran dado directrices anticipadas o testamentos vitales: “En los pacientes en estado vegetativo cada medida terapéutica por implementar debe ser analizada de acuerdo con un juicio de proporcionalidad. Sin embargo, en la nutrición asistida tal juicio difiere de otros tratamientos por el hecho de que, a diferencia de tratamientos tales como los antibióticos cuya implementación aumenta porcentualmente la posibilidad de sobrevida del paciente, la nutrición asistida mantiene directamente la vida del mismo. Para proponer su suspensión es necesario tener motivos lo suficientemente graves como para que superen sus beneficios (el primero de los cuales es mantener al paciente en vida). Encontramos aquí una cierta similitud entre la nutrición asistida y las terapias de soporte vital. La inmensa diferencia en términos de complejidad, costo y complicaciones asociadas, entre la nutrición asistida y terapias como la ventilación mecánica o la hemodiálisis, hacen que estas

⁶⁵² J.C. MARTÍN: “Hidratación y nutrición al final de la vida”, *Endocrinol Nutr* 2004;51(4):197-201 <http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/12/12v51n04a13060919pdf001.pdf> (sitio consultado en marzo de 2012).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

últimas, a diferencia de la nutrición, caigan a menudo bajo la categoría de desproporcionadas. La nutrición asistida, en este sentido, tiene un lugar único como terapia de sostén vital de bajo costo y fácil acceso, por tanto, con una obligatoriedad moral particular. /Esto no significa que en casos específicos la asistencia nutricional, especialmente por métodos tales como la nutrición parenteral total, pueda llegar a ser desproporcionada e incluso constituirse como una forma de ensañamiento terapéutico”⁶⁵³.

Lo que parece ser claro es que los simples poderes de representación general no serían suficiente título para que se ordenen suspender estas medidas de soporte vital respecto de personas en estado vegetativo, sin perjuicio de señalar que la construcción de la ley chilena impide la posibilidad de decidir sobre este tema aún al paciente competente

D. Las consideraciones constitucionales acerca de la limitación del esfuerzo terapéutico, órdenes de no reanimación y directrices anticipadas

D.1. La limitación del esfuerzo terapéutico (LET) y las órdenes de no reanimación (ONR)

La limitación del esfuerzo terapéutico “consiste en la retirada (en inglés, *withdraw*) o no inicio (en inglés, *withhold*) de las terapias de soporte vital cuando parece claro que son inútiles o fútiles porque lo único que hacen es mantener la vida biológica, pero sin posibilidad de recuperación funcional del paciente con una calidad de vida mínima. Retirar o no iniciar tales medidas permite a la enfermedad concluir su victoria sobre la vida del enfermo. Por lo tanto, es la enfermedad lo que produce la muerte del enfermo, y no la actuación del

⁶⁵³ Idem.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

profesional. La LET «permite» la muerte en el sentido de no evitarla, pero no la «produce»⁶⁵⁴.

Esta posibilidad del médico respecto de su paciente está sin duda fuertemente mediada por el principio de proporcionalidad terapéutica y bajo ninguna circunstancia, de aplicarse correctamente dicho principio y las exigencias éticas que lleva aparejado, puede entenderse como forma alguna de tendencia eutanásica, lo que por supuesto no impide que pueda existir cierta controversia respecto del modo de interpretarlos: “En cuanto a los motivos de LET existe cierta discordancia con los casos de adultos donde el mal pronóstico de la enfermedad, manifestado en el fallo multiorgánico, es la razón principal para la LET, el sufrimiento del paciente la segunda, y la mala calidad de vida posterior la tercera. En los niños es este último el principal motivo de LET, reflejado en las graves secuelas neurológicas frente a la posible supervivencia. El pronóstico también es un elemento clave. El bienestar del paciente es primordial en su cuidado, se evita en lo posible el dolor y la ansiedad; el uso de la sedoanalgesia lo demuestra. El sufrimiento psicológico, tan frecuente en los adultos y adolescentes, es menos patente y más difícil de valorar en los niños pequeños, y es razón de peso para plantear estas decisiones”⁶⁵⁵.

La ley recientemente dictada en Chile toca tangencialmente la posibilidad de LET en su artículo 17:

“Artículo 17.- 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 a su salud o a riesgo de morir,

⁶⁵⁴ PABLO SIMÓN LORDA E INÉS MARÍA BARRIO – CANTALEJO: “El caso de Inmaculada Echevarría: implicaciones éticas y jurídicas” (citado). Vid. También PABLO SIMÓN LORDA et al “Ética y muerte digna” (citado).

⁶⁵⁵ V. TRENCHS SÁINZ DE LA MAZA ET AL: “Limitación terapéutica en cuidados intensivos”, <http://www.medynet.com/usuarios/jraguilar/Limitacion%20terapeutica%20en%20cuidados%20intensivos.pdf>(sitio consultado en marzo de 2012).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

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. 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”.

Esta regulación, sin embargo, sólo se ocupa de resolver los conflictos respecto de una decisión de LET que es resistida por el paciente o su familia, pero no regula las condiciones en que ésta puede ser una decisión acertada por parte del médico ni tampoco aquéllos en que, correspondiendo hacerlo, no se resuelve una LET y ello, a la larga, se transforma en un modo de ensañamiento o encarnizamiento terapéutico. El equilibrio necesario entre la autonomía del paciente y las consideraciones del médico acerca de la debida protección de los derechos del paciente, particularmente cuando no cuenta con la competencia necesaria para

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

rechazar por sí mismo, es un componente necesario de una relación terapéutica respetuosa de los derechos fundamentales de las personas.

Asociado con lo anterior, se entiende por “Orden de no reanimación (ONR)”, dentro del tema de la restricción terapéutica, la instrucción explícita de abstenerse de efectuar maniobras de "reanimación cardiopulmonar" cuando un paciente, que sufre de una condición irreversible, deja de respirar o le sobreviene una detención de la actividad cardíaca, un evento que es esperable dentro de su condición”⁶⁵⁶.

En un sistema constitucional contemporáneo, se ha concluido que la decisión de no reanimar en el caso de pacientes terminales no se traduce bajo circunstancia alguna en una práctica eutanásica, sino en una adecuada LET ante la inminencia de la muerte y la total futilidad de poner al paciente en un respirador artificial después de una maniobra cardiorrespiratoria de reanimación.

El uso de estas instrucciones es propio de las decisiones de limitación de esfuerzo terapéutico de directrices anticipadas del paciente terminal, las cuales no se contemplan en la nueva ley a pesar que se usan en Chile, en la práctica médica, bajo la modalidad de *tratamiento conservador*.

D.2. Directrices anticipadas

Una de las grandes problemáticas de las decisiones acerca de la vida, además de las dimensiones de su ejercicio, reside en la necesidad de asegurar que aquellas decisiones que sean válidas de adoptar de acuerdo al ordenamiento jurídico respectivo, y al marco constitucional que le da sustento, correspondan

⁶⁵⁶ JACQUELINE BONILLA MERIZALDE: *Actitudes éticas del personal médico, participación de enfermería y la familia en la toma de decisiones humanizadas en pacientes con Limitación del Esfuerzo Terapéutico* (Tesis de grado de doctor, Quito, Universidad Libre Internacional de las Américas, Quito, 2010) en http://www.bioeticacs.org/iceb/investigacion/2_BONILLA_LET_Ucis_Hospitales_Quito.pdf (sitio consultado en mayo de 2012).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

efectivamente a la voluntad y a las reales apreciaciones del paciente, y no lleguen a confundirse con los intereses de guardadores, de la familia o del propio Estado.

En aras de obtener una mayor certeza acerca de estas variables, se ha desarrollado, a partir del sistema anglosajón, la herramienta de las llamadas directrices, voluntades o instrucciones anticipadas, como declaraciones de voluntad manifestadas cuando la persona es consciente y está en pleno uso de sus facultades, pero destinadas a regir si se hallare incompetente y debieran tomarse ciertas decisiones sobre su salud o su vida, estableciéndose de este modo un sistema formal y registrado para dejar constancia de ellas y permitiendo, así, contar con una fuente directa acerca de la voluntad del paciente⁶⁵⁷.

La dictación de directrices anticipadas, así, constituye una variable que se ha ido extendiendo en cuanto al interés que concita y que ha ido aunando partidarios y subsecuentes regulaciones proclives a esta fórmula en varios países del mundo⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Vid. AZUCENA COUCEIRO, “Las directivas anticipadas en España: límites y aplicaciones clínicas”, *Revista de Calidad Asistencial* 22/4 (2007), pp. 213-222. Desde una perspectiva jurídica actual, vid. JOSÉ ANTONIO SEOANE, “Derecho e instrucciones previas” (citado).

⁶⁵⁸ “El Convenio Europeo de Bioética se ocupa de las voluntades anticipadas (art 9º): “Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”. El Informe Explicativo al Convenio arroja luz sobre el alcance de esta disposición: afirma que se trata de dar cobertura jurídica a los casos en que “personas con la capacidad de entender han expresado con anterioridad su consentimiento (ya sea para admitir o rechazar) en relación con situaciones previsibles y para el caso de que no estén en condiciones de expresar su opinión sobre un tratamiento”. Ya hay aquí un punto interesante, pues la posibilidad de manifestar la voluntad de manera anticipada se ofrece no a los sujetos competentes desde el punto de vista legal, sino a quien tiene “capacidad de entender”. Así, en los hospitales de la Administración de Veteranos de Estados Unidos, es común que redacten voluntades anticipadas enfermos psicóticos –la mayoría de ellos incapacitados legalmente- cuando atraviesan momentos de lucidez, de modo que disponen de manera responsable sobre qué tratamientos y cuáles no quieren que se les administren en las crisis que seguramente sufrirán en el futuro”: FRANCISCO JAVIER LEÓN CORREA, “Las voluntades anticipadas: análisis desde la experiencia de la ética clínica”, *Revista Colombiana de Bioética* • Vol. 3 N° 2 - Diciembre 2008, pp. 83-101. En España, la Ley de la autonomía del paciente 41/2002 contempla instrucciones previas que da el paciente competente, en el uso de su autonomía: en su artículo 11, punto 1, especifica que “Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Con ese antecedente, si bien la ley chilena, en el párrafo 2 que se ubica justamente antes del ya citado artículo 16, anuncia referirse al estado de salud terminal y la voluntad manifestada previamente, en el articulado respectivo no se distingue acerca de la voluntad concomitante al acto o la voluntad previamente manifestada, por lo cual no se acierta a entender si existe tal opción para el paciente, pues tampoco se establece una regulación acerca de la dictación de tal instrumento, las referencias que en él se pueden hacer a cuáles son sus límites.

La carencia descrita es una razón poderosa para estimar que en Chile no se puede considerar que exista una regulación clara respecto de estas directrices, lo cual causa una cantidad relevante de problemas, pues de hecho hay quienes recurren a este método para tratar de tener alguna certeza respecto de lo que ocurrirá con ellas en tales circunstancias, sin sopesar que al ser un tema sólo soslayado por la ley, su acatamiento y consideración queda más bien entregado a las políticas internas de la institución, más que a un mandato legalmente emitido acerca de qué ha de hacerse en el caso dado.

En el caso de que se cuente, efectivamente, con una regulación concreta de este aspecto, ha de ponerse énfasis en las siguientes cuestiones: Si existe algún límite temporal respecto de la directriz anticipada, cuáles son las formalidades de su dictación, si se contemplará algún tipo de registro para asegurar el conocimiento de esta instrucción sin perjuicio de dónde se encuentre el paciente, cómo se

y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. Para el estudio de la normativa española, incluyendo la legislación autonómica, ver JOSÉ ANTONIO SEOANE, “Derecho e instrucciones previas” (citado) y apéndice legislativo publicado como “Fe de erratas: JOSE ANTONIO SEOANE, “Regulación jurídica de las instrucciones previas en España”, Derecho y Salud 21/2 (2011) pp. 7-12. En relación con el Convenio Europeo, conviene mencionar una reciente Recomendación de 2009 que aclara el significado del artículo 9º y modifica lo establecido en la referencia.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

interpretan y se relacionan con la realidad médica del caso⁶⁵⁹ si se admite la posibilidad de nombrar apoderados o representantes especiales, sobre qué materias y posibilidades versa la directriz⁶⁶⁰, y si hay algún límite a estas últimas.

En el derecho anglosajón, las regulaciones sobre estas directrices normalmente dejan fuera de las posibilidades de instrucción a los lineamientos que se apartan del orden público, lo cual es plenamente atingente a nuestro tema, considerando que en el Derecho norteamericano el límite impuesto por el orden público, en la mirada de la Suprema Corte de los Estados Unidos, importa no poder servirse de un tercero para desarrollar una conducta de autodaño⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ “...cada DVA (documento de voluntades anticipadas) debe ser analizado y valorado en cada situación concreta porque la existencia de un DVA no exime al médico de la obligación de analizar qué es lo más conveniente para los intereses de su paciente en cada momento. Cada DVA debe ser valorado individualmente; no se puede aceptar su contenido sin más. Esta postura, en alguna medida, casi hace al DVA un documento éticamente superfluo para los médicos porque, en el fondo, los médicos deberán hablar y deliberar igualmente con los representantes de un paciente que tiene un DVA que con los del que no lo tiene para intentar tomar la decisión más acorde a sus intereses y valores actuales. Porque el hecho de que el DVA sea un documento legal no lo hace ni legítimo ni más válido éticamente que una buena deliberación”: K. MARTÍNEZ, “Los documentos de voluntades anticipadas”, *Anales CF Navarra*, Vol. 30, Suplemento 30, 2007. Vid. También JOSÉ ANTONIO SEOANE, “Derecho e instrucciones previas” (citado), JOSE ANTONIO SEOANE, “Regulación jurídica de las instrucciones previas en España” y AZUCENA COUCEIRO, ob. Cit.

⁶⁶⁰ “...estos documentos en cuanto que podrán «incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte»: JOSÉ LUÍS REQUERO IBÁÑEZ, “El testamento vital y las voluntades anticipadas. Aproximación al ordenamiento español”, <http://www.institutodebioetica.org/casosbioetic/formacioncontinuada/testamentovital/requero.pdf> (sitio consultado en marzo de 2012).

⁶⁶¹ “la autonomía del paciente tiene límites y éstos han de precisarse en la legislación, pues el paciente tiene a su vez deberes éticos para con su propia vida y salud, pero es su libertad la que lleva a poder mostrar anticipadamente sus decisiones en salud. Pero no veamos este tema únicamente como una expresión de autonomía del paciente, también lo es de beneficencia del médico, que quiere saber lo más conveniente para el paciente, según los propios valores de éste”: FRANCISCO JAVIER LEÓN CORREA: Ob. Cit. No es, sin embargo, el caso de España, pues el artículo 11.3 Ley Básica de la Autonomía del Paciente establece como límites al ordenamiento jurídico, la *lex artis* y la falta de correspondencia con el supuesto de hecho previsto en el documento.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Por su parte, los llamados “testamentos vitales” son una forma de directrices o voluntades anticipadas, consistentes en “declaraciones escritas, en previsión de la eventual incapacidad del declarante -estado de coma irreversible, condición terminal- en las cuales se ordena a los familiares y médicos del futuro paciente, si el tratamiento médico extraordinario o desproporcionado debe ser iniciado, continuado o discontinuado”⁶⁶².

Como se ha dicho, la actual ley chilena si bien menciona esta posibilidad, no la regula ni define. Tampoco hace referencia a cómo, con qué facultades y condiciones puede nombrarse un apoderado a efectos del tratamiento, pero en varios preceptos se menciona esta posibilidad y se enumera la figura del apoderado junto con la del representante. Sin duda que pormenorizar tal posibilidad resultaría casi tan eficiente como regular el otorgamiento de este tipo de documentos, pues se podría dotar al apoderado de todas las directrices necesarias para operar respecto de las decisiones sobre el paciente, por supuesto dentro de los límites que la Constitución y la ley admiten en el país⁶⁶³.

⁶⁶² P. SILVA RUIZ: “El Derecho a morir con dignidad y el testamento vital” en *Revista General de Derecho* N° 592-593 (enero-febrero 1994), Puerto Rico, p. 435.

⁶⁶³ “... usted puede nombrar a una persona que quiere que tome decisiones médicas por usted en un Poder de Duración Ilimitada para cuidados de la salud (DPAH por sus siglas en inglés). Esta persona podrá ser entonces quien tome decisiones médicas legales por usted en caso que usted no pueda hablar por sí mismo. Sin embargo, hay una excepción a esta regla: su DPAH no está autorizado a tomar decisiones sobre los tratamientos para el mantenimiento de la vida. En casos del fin de vida que usted esté terminalmente enfermo y no pueda hablar por sí mismo o si usted se queda inconsciente permanentemente, usted puede indicarles a sus médicos lo que quisiera que hagan o no en cuanto a los tratamientos para el mantenimiento de la vida (incluyendo respiración artificial, hidratación y nutrición). Para hacer esto, usted puede crear lo que se llama testamento en vida (la ley de Arkansas también llama a este documento una “declaración concerniente a los tratamientos para el mantenimiento de la vida”). Usted también puede nombrar a una persona que tome esas decisiones por usted. La persona que usted nombre para tomar decisiones sobre los tratamientos para el mantenimiento de la vida se llama un apoderado de salud (esta persona puede ser la misma persona que tiene un poder de duración ilimitada para los cuidados de salud, o puede ser alguien más si usted desea). Cada estado tiene sus propias leyes sobre las instrucciones anticipadas sobre los cuidados médicos, y en Arkansas, el testamento en vida y el apoderado legal solamente tienen autoridad si usted se queda inconsciente permanentemente (como en un coma permanente o en estado vegetativo) o si usted no puede hablar por sí mismo y tiene una condición terminal. Tener instrucciones anticipadas es una buena idea para todas las personas, jóvenes o ancianas, ya que accidentes y enfermedades pueden ocurrir en cualquier momento. Es su derecho aceptar o rehusar cuidado médico y las instrucciones anticipadas pueden defender su derecho si

E. Las decisiones relativas a los pacientes con grados de competencia disminuida: infancia, discapacidad y ancianidad

Como se ha explicado en los epígrafes anteriores, éstos son casos de extrema vulnerabilidad que requieren una especial atención, a fin de no confundir decisiones aparentemente autónomas con la imposición de los intereses de guardadores o representantes.

El artículo 17 de la Ley n° 20.584 trata la situación del paciente que no goza de la competencia necesaria para la toma de sus propias decisiones, remitiendo cualquier duda del médico tratante al Comité de Ética, sin perjuicio de la posibilidad de judicializar la medida compareciendo a la Corte de Apelaciones para revisar el caso:

“Artículo 17.- 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 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.

“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

usted no puede mentalmente o físicamente escoger o decirle a alguien sus deseos”: UNIVERSITY OF ARKANSAS FOR MEDICAL SCIENCE, “Qué son las instrucciones anticipadas sobre cuidados médicos?” en <http://www.uamshealth.com/upload/docs/patients/advance%20medical%20directives%20-%20spanish.pdf>(sitio consultado en abril de 2012).

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

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”.

Sin perjuicio de los eventuales caminos de reclamo, consideramos que el modo en que se ha abordado este tema en la perspectiva legal dista considerablemente de las reflexiones que hemos hecho en tono al contenido del derecho a la vida, el derecho a un trato igualitario y no discriminatorio y el derecho a la decisión autónoma del paciente.

8. Tramitación del Proyecto de ley de los derechos de las personas en salud y sus connotaciones constitucionales

La ley n° 20.584, publicada el 24 de abril de 2012, y cuya vigencia fue diferida al 1° de octubre del mismo año, regula, como se ha explicado, los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

Durante su tramitación, se plantearon varias veces cuestiones asociadas con la disposición de la vida y propiamente con la eutanasia, que resultan de interés para examinar el estado del arte en esta materia.

A. Cámara de Diputados

A.1. Primer informe Comisión de Salud. Discusión en general

Durante la discusión en general en la Comisión de Salud, diversos actores, tales como el representante de la Comisión de Bioética de la Conferencia Episcopal de Chile o del Instituto Libertad y Desarrollo, expresaron las dificultades asociadas a la regulación de la eutanasia pasiva⁶⁶⁴. Asimismo, parte de los Diputados de la Comisión estimaron que el derecho al tratamiento del enfermo terminal podría dar paso a la eutanasia activa⁶⁶⁵. A su vez, se planteó que la continuidad o suspensión del tratamiento debía ser adoptada por el paciente, en la medida en que estuviese suficientemente informado; al respecto se hizo presente que usualmente se traspasa esta responsabilidad a las familias, por lo que debería considerarse mayormente la voluntad del afectado⁶⁶⁶.

Con todo, también se manifestó que la decisión del paciente o de su familia en orden a perseverar en un tratamiento inútil no implicaba que el equipo médico deje de regirse primeramente por su buena praxis, negándose a continuar con procedimientos que no producirán resultados⁶⁶⁷.

Por su parte, la Subsecretaria de Salud Pública aclaró que los preceptos sobre la materia tenían por objeto permitir a las personas una muerte digna, pudiendo éstas rechazar el tratamiento que sólo prolonga la vida en forma artificial⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ Primer Informe de la Comisión de Salud recaído en el Proyecto de Ley que regula los derechos y deberes de las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, pp. 12-13.

⁶⁶⁵ *Íbid.*

⁶⁶⁶ *Ídem*, pp12-13.

⁶⁶⁷ *Íbid.*

⁶⁶⁸ *Íbid.*

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

Sobre el particular, el entonces artículo 17 de la iniciativa disponía que, en el caso de que la persona fuere informada por el profesional tratante de que su estado de salud había sido calificado como terminal, el rechazo de los tratamientos no podía implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte ni la renuncia al derecho a recibir los cuidados paliativos, ni a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado o a la asistencia espiritual. Al efecto, su inciso tercero prescribía que “estado de salud es terminal cuando la persona padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer sólo tendrían por efecto retardar innecesariamente la muerte”.

Ahora bien, al iniciarse el debate durante del artículo en análisis, parte de los parlamentarios consideraron innecesario que la norma señalara que el rechazo de los tratamientos no podía tener como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte, toda vez que el articulado ya aprobado, a su juicio, establecía que la voluntad de someterse o no a un tratamiento radicaba en el paciente⁶⁶⁹. Se señaló que a partir de esta disposición podría interpretarse que para no acelerar el proceso de muerte debe realizarse todo el esfuerzo posible, lo cual podría conducir a un encarnizamiento terapéutico no deseable⁶⁷⁰.

Por su parte, el representante del Ejecutivo aclaró que mediante esta norma se pretendía regular en forma especial el estado de salud terminal, abordando el reconocimiento al rechazo de los tratamientos médicos e impidiendo que el objetivo de este último consista en provocar la muerte, lo cual se asocia a la eutanasia pasiva. Asimismo expresó que para determinar si el rechazo a

⁶⁶⁹ Ídem, p. 46.

⁶⁷⁰ Íbid.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

tratamientos configura una especie de eutanasia se requería que la intención del sujeto consistiera en acelerar la muerte⁶⁷¹.

En definitiva, el artículo fue aprobado por la unanimidad –ocho votos a favor-, acogiéndose una indicación de orden formal.

A.2. Sala

La iniciativa fue aprobada en general el 31 de julio de 2007 (por la afirmativa, 56 votos; por la negativa, 54 votos). Durante el debate en la sala, diversas fueron las alusiones a la regulación del rechazo de tratamientos médicos y a la eutanasia.

A efecto, al exponerse el contenido del proyecto de ley, el Diputado Núñez manifestó que el proyecto incluía normas destinadas a evitar el encarnizamiento terapéutico⁶⁷², mientras que el Diputado Rossi expresó que presentaría una indicación para que el paciente terminal pudiera “solicitar al comité de ética del recinto hospitalario la eutanasia activa cuando se encuentre en una condición de precariedad extrema, sus expectativas de vida sean extremadamente limitadas, y los tratamientos sólo sirvan para prolongar artificialmente su vida”.

A.3. Comisión de Salud

En cuanto al rechazo de tratamientos médicos por parte de personas cuyo estado de salud fuera terminal, el artículo 17 fue objeto de diversas indicaciones.

Sobre el particular, con base en las diversas redacciones propuestas, se hizo presente la inconveniencia de calificar a la muerte como inminente e inevitable y condicionar el derecho del paciente a denegar su voluntad para someterse a

⁶⁷¹ Ídem, p.47.

⁶⁷² Diario de Sesiones Cámara de Diputados, Legislatura 355ª, Sesión 56ª (martes 31 de julio de 2007), p. 27.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

cualquier intervención, procedimiento o tratamiento a que éstos tengan como único objeto la prolongación artificial de la vida, de modo irracional o desproporcionado⁶⁷³. Asimismo, hubo consenso en torno a que los calificativos relativos a la muerte y a la forma de prolongar artificialmente la vida debían ser eliminados; a la vez que se sostuvo la conveniencia de referirse tanto a la aceleración artificial del proceso de muerte, con el objeto de excluir la eutanasia pasiva, como a la prolongación de la vida que revista igual carácter⁶⁷⁴. Además, se estimó pertinente no definir en la ley la expresión “estado de salud terminal”, a fin de que su interpretación recayera en quienes ejercen la medicina⁶⁷⁵. A su vez, la indicación del Diputado Rossi conforme a la cual el paciente terminal podría solicitar la desconexión de la ventilación mecánica y la suspensión de cualquier terapia, fue rechazada por unanimidad, cuestión que se repitió respecto de otras presentaciones⁶⁷⁶.

En la especie, se aprobó, como indicación de consenso, la siguiente:

Artículo 17.- 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. En ningún caso, el rechazo de tratamientos podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

Este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo de salud pública, en los términos establecidos en el Código Sanitario. De

⁶⁷³ Segundo Informe de la Comisión de Salud recaído en el Proyecto de Ley que Regula los Derechos y Deberes de las Personas Tienen en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención de Salud, p. 16.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ *Ibid.*, pp 15-19.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.

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

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

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

“Sin perjuicio de lo anterior, podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso cuarto del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.

A.4. Sala

Se procedió a votar el proyecto el 8 de enero de 2008. En cuanto al contenido del artículo 17 acordado, el Diputado Lobos cumplió con hacer presente que respecto a la disposición en comento “Se acordó dejar constancia de que, por una parte, se reafirma el derecho de las personas a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, consagrado en el artículo 14, haciéndolo aplicable, en este caso, a quienes, según el diagnóstico del profesional tratante, tienen un estado de salud terminal respecto de los tratamientos que tengan como efecto prolongar artificialmente su vida y, por otra, se cierra la posibilidad de que el rechazo de tratamientos pueda

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

constituirse en una forma de legalizar la eutanasia pasiva⁶⁷⁷.

Complementando la anterior, durante el debate se señaló expresamente que la regulación propuesta no posibilita la eutanasia activa⁶⁷⁸. Se agregó que esta iniciativa tampoco consagraba la eutanasia pasiva, precisándose que “el derecho del paciente a denegar su consentimiento en ningún caso puede tener como objetivo acelerar el proceso de muerte”⁶⁷⁹. No obstante, también existieron parlamentarios que estimaron que el contenido del artículo 17 no protegía en contra del ensañamiento terapéutico⁶⁸⁰.

Finalmente, el texto aprobado y remitido a la Cámara Revisora fue el siguiente:

Artículo 17.- La persona que fuere informada 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. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

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

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

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de

⁶⁷⁷ Diario de Sesiones Cámara de Diputados, Legislatura 355^a, Sesión 124^a (martes 8 de enero de 2008), p. 19

⁶⁷⁸ Intervención del Diputado Núñez. Ídem, p. 23.

⁶⁷⁹ Intervención del Diputado Rossi. Ídem, p. 27.

⁶⁸⁰ Intervención del Diputado Forni. Ídem, p. 34.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.

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

Sin perjuicio de lo anterior, podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso cuarto del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.”

B. Segundo Trámite Constitucional. Senado

B.1. Comisión de Salud

Durante el análisis de la iniciativa, la Ministra de Salud hizo presente que, en virtud del contenido del proyecto, toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. En general, ello se hará en forma verbal, salvo en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, y para procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado.

La Comisión lo aprobó en general por la unanimidad de sus miembros, Senadores Matthei, Girardi, Kuschel, Ominami y Ruiz-Esquide.

B.2. Sala

La iniciativa fue aprobada el 1 de abril de 2008. El Senador Ruíz-Esquide, al exponer el proyecto a la sala, indicó que respecto de las personas en situación terminal, la Comisión se había optado por la llamada “muerte digna”, dado que las normas aprobadas por la Comisión de Salud permitirían que “el enfermo exprese su deseo de que no se lo someta a tratamientos extraordinarios, y que, si no puede manifestarlo él, lo hagan sus parientes o quienes lo tengan a cargo, o bien, el comité de ética del establecimiento donde aquel se halla internado, con consulta a la familia, si ella existe. Esto, a los efectos de que el deceso sea digno y en paz, para lo cual incluso el paciente terminal puede ser enviado a su casa”⁶⁸¹. Si bien se presentaron diversas indicaciones al artículo 17, todas ellas fueron rechazadas, estimándose que el texto aprobado por la Cámara de Diputados resultaba suficientemente claro⁶⁸².

B.3. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

En sesión del día 28 de octubre de 2008, la sala, al tomar conocimiento del segundo informe y previo acuerdo de los Comités Políticos, resolvió que el proyecto se enviara a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, a objeto que ésta informara acerca de su constitucionalidad. Al efecto, la Comisión se abocó a analizar el proyecto, sumado a lo cual escuchó la opinión de diversos profesores universitarios. En relación a la muerte digna y eutanasia, la Presidenta de la Comisión -Senadora Alvear- expresó que a todo enfermo terminal debe suministrársele oxígeno, alimentación, suero, y demás

⁶⁸¹ Diario de Sesiones Senado, Legislatura 356^a, Sesión 5^a (martes 1 de abril de 2008), p. 42.

⁶⁸² Segundo Informe de la Comisión de Salud, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, pp. 41-43; proyecto convertido en ley n° 20.584, publicada el 24 de abril de 2012.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

paliativos para el dolor⁶⁸³. Al efecto, recalcó que facilitar la respiración y la alimentación son medidas básicas para la mantención de la persona, a su juicio, ello daría lugar a una muerte digna y no significaría eutanasia. Por su parte, los Senadores Chadwick y Walker coincidieron en la necesidad de precisar los términos utilizados sobre estas materias por el proyecto de ley, además, sostuvieron que resultaba necesario definir con claridad lo que habría de entenderse por “enfermo terminal”, siendo conveniente que el propio legislador fuese quien efectuara las necesarias precisiones⁶⁸⁴. En definitiva, la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Senadores Alvear, Chadwick, y Walker, resolvió proponer que la Comisión de Salud efectuara las aclaraciones y precisiones antes referidas.

B.4. Comisión Salud

Tras el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el proyecto fue remitido nuevamente a la Comisión de Salud. En la especie, durante el respectivo debate, todos los miembros de la Comisión estuvieron contestes en que resultaba inadmisibles dejar morir a una persona de deshidratación o asfixia, por lo que las medidas de soporte ordinarias procederían en todo caso⁶⁸⁵. En cuanto a la redacción de la norma, fueron aprobadas distintas indicaciones presentadas en orden a la mantención de las medidas de soporte ordinario, ciertos ajustes de redacción y modificaciones que tienden a dar cuenta que el alta voluntaria no se restringe a los casos de enfermos terminales.

⁶⁸³ Informe de la Comisión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en la consulta formulada por la Sala acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, p. 34; proyecto convertido en ley n° 20.584, de 24 de abril de 2012.

⁶⁸⁴ Ídem, pp. 34 y 35.

⁶⁸⁵ Nuevo Segundo Informe de la Comisión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, p. 45; proyecto convertido en ley n° 20.584, de 24 de abril de 2012.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

El texto aprobado, el cual pasó a ser el artículo 18, fue el siguiente:

Artículo 18.- La persona que fuere informada que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

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

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

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

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

Siempre podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso cuarto del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.

B.5. Sala

En sesión de 20 de abril de 2011, la sala acordó aplazar la discusión del proyecto hasta la primera semana de mayo de dicho año. Sin embargo, el 18 de mayo se acordó requerir un informe complementario a las Comisiones Unidas de Constitución y Salud.

B.6. Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y Salud

Analizada la norma relativa al rechazo de tratamientos respecto de pacientes terminales, el Senador Rossi sostuvo que la Comisión de Salud resolvió las observaciones efectuadas por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento incorporando en el primer inciso del artículo 17 (18), la frase “sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario”⁶⁸⁶

Por otro lado, de conformidad a otras modificaciones introducidas en esta instancia, se suprimió el inciso quinto del artículo 18, sobre obligación de informar a pacientes menores de edad y a personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, cuyo estado de salud sea terminal. A su vez, el inciso final fue redactado en otros términos, con la finalidad de ordenar su texto. Cabe señalar que, en atención al conjunto de cambios que sufrió la iniciativa, la norma en análisis pasó a ser el artículo 16 de la misma. El texto acordado y remitido a la sala, fue el siguiente:

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

⁶⁸⁶ Informe de las Comisiones Unidas de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Salud, sobre el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, p. 27; proyecto convertido en ley n° 20.584, de 24 de abril de 2012.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

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

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

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

Siempre podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona, el apoderado que ella haya designado o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enunciación.”

B.7. Sala

Se procedió a la votación del proyecto el 7 de septiembre de 2011. Sobre el particular, por acuerdo de la sala fueron votadas conjuntamente todas las normas sobre las que hubo acuerdo por parte de las Comisiones Unidas. Sin perjuicio de ello, sí fue objeto de debate la eliminación de la norma relativa a las directrices anticipadas, discutiéndose, en definitiva, el rechazo a tratamientos médicos⁶⁸⁷. En

⁶⁸⁷ Artículo 19 del articulado propuesto en el Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Salud: “La persona podrá manifestar anticipadamente su voluntad de no someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

dicho contexto, el Senador Chahuán manifestó que lo anterior “no implica no seguir la doctrina de la muerte digna, en términos de que una persona puede optar, frente al diagnóstico de una patología grave, por no someterse a cierto tratamiento. Aquí se intenta, básicamente, que a un paciente no se le pueda dejar de suministrar los insumos mínimos necesarios para sostener la vida. Y esa es una materia que dice relación con el testamento vital”⁶⁸⁸. Por el contrario, quienes consideraban que la norma debía ser aprobada, expresaron que la misma desarrollaba derechos esenciales. Por ende, a su juicio, con su rechazo “estaríamos violando el derecho fundamental de las personas a tomar decisiones sobre su propia vida cuando padecen una enfermedad terminal irrecuperable”⁶⁸⁹.

“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.

“Mediante esta declaración anticipada una persona podrá manifestar su voluntad sobre los cuidados y tratamientos a los que desearía ser sometida en el evento de que se encuentre en una situación en la cual no esté en condiciones de expresar su consentimiento personalmente.

“En esta declaración podrá designarse un apoderado para las decisiones vinculadas a los tratamientos. Asimismo, podrá expresarse la voluntad de que todos o algunos de los 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 propios del arte médico. En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 23 le corresponda al establecimiento de salud donde la persona 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.”

⁶⁸⁸ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 359ª, Sesión 51ª (miércoles 7 de septiembre de 2011), p. 39.

⁶⁸⁹ Intervención del Senador Girardi, Ídem, p. 47-48.

C. Tercer Trámite Constitucional. Cámara de Diputados

C.1. Comisión de Salud

La Comisión, por acuerdo unánime, determinó votar en un solo acto, y en su conjunto, todas las modificaciones y enmiendas despachadas por el Senado. La Comisión estimó conveniente recomendar la aprobación de las modificaciones introducidas por el Senado, por mayoría de votos: seis a favor y uno en contra. Cabe precisar que el Diputado Monsalve, quien votó por la negativa, lo hizo puesto que consideró que una de las normas del proyecto debió haber sido objeto de una consulta conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT.

C.2. Sala

Las modificaciones introducidas al proyecto de ley por el Senado, fueron aprobadas en la sesión del 20 de diciembre de 2011. Posteriormente, una vez que el Presidente de la República comunicó que no ejercería su derecho a veto, las normas del proyecto de ley propias de materias orgánicas constitucionales fueron remitidas al Tribunal Constitucional (3 de enero), para su examen obligatorio de constitucionalidad.

D. Fallo del Tribunal Constitucional⁶⁹⁰

Ejerciendo sus funciones de control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley, el Tribunal Constitucional chileno se pronuncia acerca del artículo 17

⁶⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE: Sentencia de 27 de marzo de 2012, rol 2159/12 Control de constitucionalidad del proyecto de Ley, aprobado por el Congreso Nacional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Boletín N° 4398-11).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

inciso 4^o⁶⁹¹ relativo a la autonomía de las personas en su atención de salud y, al efecto señala:

“Esta norma, en su inciso primero, establece que el profesional tratante, cuando tenga dudas acerca de la competencia de la persona o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, el que conforme al reglamento dispuesto en el artículo 20 le corresponda”.

“Por su parte, el inciso segundo dispone que también se podrá solicitar la opinión de dicho comité cuando la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico sea rechazados por la persona o sus representantes legales”.

“A su vez, el inciso tercero preceptúa que el pronunciamiento del Comité tiene sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva”.

Analizando la constitucionalidad de dicho precepto, el Tribunal lo considera atendido a la Constitución.

9. Contenidos de la ley e impacto constitucional

La tramitación y final redacción de la ley resultan un buen corolario de examen de los aspectos constitucionales de la eutanasia en Chile. Si bien se trata de una norma de rango legal, por lo que tal comentario podría parecer extraño o

⁶⁹¹ Otras normas del proyecto en las materias que nos tocan no son objeto de dicho examen de constitucionalidad, que se reserva sólo para normas orgánicas constitucionales e interpretativas de la Constitución.

LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA

paradojal, la verdad es que los contenidos de la ley ya comentados suministran, a nuestro entender, una adecuada visión del estado del arte sobre la reflexión jurídica en torno a la eutanasia en el país y demuestran el desarrollo que se ha experimentado en materias de autonomía, aunque aún se evidencian muchas limitaciones en confrontación con el Derecho Comparado. Esa visión se compone de los siguientes elementos:

- A. En plena conformidad con los avances jurisprudenciales evidenciados los últimos diez años, se ha superado como criterio interpretativo la consideración a priori del derecho a la vida como jerárquicamente superior a los demás y se ha considerado en mucha mayor medida y de un modo más equilibrado, a la autonomía del paciente y su participación en la relación médico-paciente como sujeto decisor.

En esa perspectiva, se reconoce legalmente el derecho del paciente tanto a consentir como a rechazar tratamientos médicos, facultad clave en un tratamiento adecuado de las prerrogativas de la persona ante la institucionalidad en salud, sea pública o privada.

- B. Sin embargo, el derecho al rechazo de tratamientos médicos presenta serias dificultades en su construcción jurídica que evidencian un deficiente desarrollo constitucional y legal en torno a los contenidos de la autonomía en materia de salud, pues sin perjuicio de ciertas restricciones cuya concurrencia práctica es cercana a lo imposible, se establecen dos límites muy fuertes, que sin duda distorsionan los criterios de consentimiento informado y de autonomía decisoria del paciente: que la decisión no pueda recaer en medidas de soporte ordinario y que, en caso de rechazo, sea una prerrogativa del servicio de salud, con apoyo de la decisión de su comité de ética, disponer el alta forzada del paciente.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- C. Idéntica cosa sucede con la mención no desarrollada de voluntades anticipadas y de nombramiento de apoderados para un tratamiento, que se transforman en puras declaraciones programáticas al no pormenorizarse ni regularse como corresponde.

- D. La discusión transcrita en el epígrafe anterior acerca de un eventual tratamiento del tema de la eutanasia en esta ley indica no sólo que el legislador se negó a toda posibilidad al respecto, sino que además el valor del consentimiento del paciente competente, si bien se halla considerado en la redacción del texto, no alcanza las dimensiones de otros ordenamientos y aún se encuentra fuertemente transitado por la consideración de un interés estatal no sólo en la preservación de su vida sino en la imposición de cierto tipo de medidas terapéuticas o de soporte vital.

- E. Si bien se reconoce la posibilidad de disentir acerca de lo que se resuelva respecto de pacientes vulnerables ante la comisión de ética y eventualmente, ante instancias jurisdiccionales, se desarrolla pobremente la toma de decisiones y sus límites acerca de dichos pacientes, por lo cual y tal como se explicó al inicio de este trabajo, no se puede configurar un concepto de eutanasia únicamente basado en el consentimiento, descartándose por la vía constitucional y legal la posibilidad de despenalizar una conducta eutanásica, hoy asimilada al homicidio de acuerdo a nuestra normativa penal. Todo ello sin perjuicio que una discusión más profunda que pueda desarrollarse a propósito de la aplicación de la ley, pudiendo conducir a un nuevo diálogo que permita la revisión del concepto mismo de eutanasia, lo que no infiere necesariamente en resultados de despenalización de ciertas figuras eutanásicas, pero sí en acotar lo que se entiende por ella en relación con otras de disposición de la vida.

CONCLUSIONES

1.- La discusión sobre la eutanasia y, en general, las decisiones de disposición de la vida se ha propiciado, en las sociedades democráticas contemporáneas, porque la valoración de la libertad/autonomía no sólo se manifiesta en el orden material o corpóreo (libertad personal, libertad económica, libre acceso a la propiedad, libertad de contratación, etc.) sino también en el ámbito de la conciencia, en el terreno de las valoraciones y, por ende, en el de la ética, lo cual permite establecer un propio plan de vida y una visión singular acerca del valor de esta última.

2.- La eutanasia, cuyo concepto originario correspondía al “buen morir”, volvió a surgir durante la segunda mitad del siglo XX como manifestación de la libertad humana y de la autonomía del individuo, premunido de la facultad de determinar por sí mismo cuándo la vida es o no digna de ser mantenida, quedando el Estado condicionado frente a una decisión individual y propia de la persona.

3.- En la actualidad, en algunos países se ha planteado considerar la eutanasia como una facultad constitucionalmente protegida que consiste en poder tomar una decisión autónoma sobre la propia vida, lo que puede importar una apelación a la teoría de los derechos contrarios, esto es, derechos que se escinden de otros como una suerte de contrapartida, referida en este caso al binomio vida/muerte. En la mayoría de las naciones, sin embargo, la eutanasia no se ha despenalizado, sino que se ha ido acotando a fin de distinguirla adecuadamente de decisiones de diversa naturaleza, como el rechazo a los tratamientos médicos o el suicidio médicamente asistido.

4.- La eutanasia como tipo se caracteriza por una expresa intención de la cual da cuenta la definición que, en 2002, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

propuso sobre eutanasia: “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”. Al tratarse de una conducta activa u omisiva, algunos autores distinguen eutanasia activa y eutanasia pasiva, correspondiendo una diversa valoración jurídica y ética según se trate de una acción u omisión, teniendo además presente que no se trata de una acción u omisión cualquiera, sino de aquéllas que son ejecutadas por quien, gozando del control de la situación, actúa con el fin específico de matar a otro u omite una conducta debida con el propósito de dejar morir a una persona. Por tal razón, no sólo es exigible el resultado de muerte para considerar una conducta como eutanásica, sino que ése haya sido el propósito buscado, lo cual excluye las decisiones que se traducen en limitar el esfuerzo terapéutico por fútil o desproporcionado o en cumplir con la voluntad del paciente que rechaza un determinado tratamiento.

5.- Si bien, podría entenderse que la eutanasia exige una relación determinada entre el sujeto activo y el pasivo, por ejemplo la relación médico-paciente o la de parentesco, esa relación puede servir para determinar, frente a la eutanasia considerada como un delito, si concurren atenuantes o agravantes de responsabilidad, o inclusive para despenalizarla, pero en absoluto puede ser mirada como definitiva de si estamos o no en presencia de ella.

6.- Las causas o razones que mueven a un individuo a practicar la eutanasia son las humanitarias o piadosas. Para objetivar las razones o causas de la acción u omisión eutanásica es preciso distinguir entre la valoración objetiva y la subjetiva. La legislación de los países que han regulado ciertas formas de eutanasia ha procurado establecer requisitos objetivos y medibles. Por el contrario, los países que no han llevado a cabo esta regulación determinan la responsabilidad penal por referencia a la visión subjetiva que tiene el propio individuo respecto del padecimiento de la víctima, es decir, a los elementos que configuran *para él* una

CONCLUSIONES

situación merecedora de conmiseración; o bien, en otros casos, los tribunales estiman qué puede considerarse o no una vida digna para el paciente.

7.- Sobre la base de la relevancia del consentimiento en la relación médico-paciente, hay quienes consideran que sólo es susceptible de ser despenalizada la eutanasia consentida, pues el consentimiento voluntario del sujeto humano importa la capacidad legal de prestar consentimiento y permite que se haga posible su facultad de decidir libremente, sin la intervención de ningún elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción, extralimitación u otra ulterior forma de constreñir o de coaccionar la voluntad, debiendo tener la suficiente comprensión y conocimiento de los elementos de la materia a decidir.

Sin embargo, se discute si tal consentimiento puede ser dado por representación, lo cual implicaría la posibilidad de renunciar a la protección de la vida bajo una fórmula de representación general por parte de otro o supliendo una voluntad de la cual el interesado carece, lo que sin embargo no evita que la legislación pueda admitir como lícitos casos de eutanasia involuntaria pero no impuesta, cuando media la voluntad de la familia o autorización judicial.

8.- Pese a la insistente invocación del principio de autonomía, no debe confundirse la eutanasia con el rechazo de tratamientos médicos por parte del paciente competente, pues el consentimiento libre e informado que rige en la práctica médica actual no sólo demanda consultar la voluntad del paciente cuando se le somete a terapias y a tratamientos, comunicándole adecuadamente los resultados esperados, los riesgos, las posibilidades de éxito, etc., sino también admitir como contrapartida que el paciente competente tiene derecho a rechazar todo tipo de tratamientos médicos, incluidos los proporcionados y útiles, teniendo además derecho a que se le ofrezcan tratamientos o medidas alternativas que sí acepte y, por cierto, aquellas medidas destinadas a paliar el dolor y sufrimiento, salvo que se solicite por su parte el alta voluntaria.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

9.- En el ordenamiento jurídico chileno, se entiende la eutanasia como un tipo cualificado de homicidio, es decir, como un delito dirigido directamente contra la vida humana, pero con algunas características especiales: las llamadas causas o razones humanitarias. El atentado contra la vida no estaría motivado por el deseo de acabar con ella en beneficio propio, o de satisfacer un capricho, un deseo de venganza o cualquier clase de motivación egoísta, sino precisamente por fines altruistas, que en otros ordenamientos permiten estimarla como una conducta no punible o atenuada respecto del homicidio.

10.- En muchos modelos legislativos se otorga cierto valor al consentimiento de la víctima, ya que se estima que ésta, en virtud de las especiales circunstancias de padecimiento o de dolor, ha de disponer sobre su vida y, en consecuencia, le asiste el derecho de tomar decisiones sobre ésta transferibles al agente. Lo anterior ha conducido en algunos casos a interpretar que tal consentimiento implicaría la inexistencia de antijuridicidad. Ello, sin embargo, no encuentra expresión legislativa en Chile, si bien hay doctrina que comparte dicha visión.

11.- En la construcción del Derecho chileno, las causales de justificación no pueden ser consideradas determinantes respecto de la eutanasia. La exclusión por consentimiento es recogida por otros ordenamientos, aunque no por el chileno, si bien se ha propuesto una posible modificación al Código Penal para cierto tipo de figuras eutanásicas o, cuando menos, para el establecimiento de una figura atenuada similar a la del Derecho penal colombiano.

12.- Al examinar la problemática de la eutanasia en relación con la Constitución chilena de 1980 ha de tenerse en cuenta que se trata de una Carta dictada bajo un gobierno militar, la cual rigió durante nueve años antes del advenimiento de gobiernos civiles y que se encuentra aún marcada por la impronta ideológica y valórica de ese gobierno, pues las modificaciones que ha sufrido el capítulo sobre garantías constitucionales han sido muy pocas. Sin embargo, ello no impide notar

CONCLUSIONES

un cierto desarrollo hacia la idea de autonomía y hacia la armonización de los derechos.

13.- Durante la historia de la Constitución se ha dado un largo debate acerca del concepto de persona humana, sobre todo aplicado al que está por nacer. Si bien la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia de los tribunales se ha inclinado por considerar persona al *nasciturus*, las tendencias minoritarias a despojarlo de ese carácter deben tenerse a la vista, pues algunos de sus argumentos pueden invocarse a la hora de tomar decisiones en relación con el fin de la vida.

14.- Las Bases de la Institucionalidad y, luego, las garantías constitucionales consideran como grandes principios de la Constitución a la dignidad, la libertad y la igual protección de los derechos. Sobre esa base, ha de tenerse especialmente presentes a los grupos más vulnerables o disminuidos. En tales casos, es especialmente importante establecer criterios de medición de la competencia y especiales herramientas de resguardo de sus derechos e integridad. Uno de los temas más complejos que se presentan en relación con estos grupos vulnerables es la determinación de los derechos y deberes de sus representantes y hasta qué punto ellos están en condiciones de tomar delicadas decisiones asociadas con su salud y su vida.

15.- En tal sentido, el principio constitucional de igualdad ha de tenerse como un importante insumo interpretativo frente a cualquier conflicto en estas materias, sobre la base de criterios descriptivos y valorativos, lo cual hace optar entre los conceptos de identidad y de semejanza. El principio constitucional de igualdad se corresponde más con criterios valorativos y con la existencia de una razón común que justifica regular de un mismo modo situaciones jurídicamente equivalentes.

16.- Vulneraría el principio de igualdad no admitir o dificultar que una persona rechace tratamientos médicos, siendo competente, pero ello no debe confundirse

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

con que la apreciación de esta persona sobre la dignidad de su vida importe un derecho adquirido respecto del Estado, en el sentido de que le sean brindados medios para darse muerte, particularmente la posibilidad de participación impune de un tercero.

17.- El derecho a la vida se proyecta sobre quien ya goza de vida humana y se traduce en la garantía contemplada en el artículo 19 n° 1 incisos 1° y 2° de la Carta Fundamental, asegurando a todas las personas “el derecho a la vida, a la integridad física y síquica de las personas” y “otorgando a la ley la protección de la vida del que está por nacer”. Así, el derecho a la vida, como cualquier otro derecho, tiene un deber correlativo, que en este caso es el que tienen los demás de no dañarlo quitando la vida a su titular.

18.- Si el delito de homicidio configurado en el ordenamiento chileno requiriera la falta de voluntad o la negativa de la víctima podría considerarse a partir de esa realidad que la clave de la ilegitimidad de los atentados contra la vida sería la falta de voluntad o consentimiento del titular del derecho. Así, entonces, la eutanasia avoluntaria o la contravoluntaria constituirían atentados ilegítimos contra la vida humana, pues se encasillarían en un tipo de homicidio equivalente, más o menos, a “matar a otro sin su voluntad o consentimiento”, mientras que la eutanasia voluntaria habría de considerarse excluida de la calificación de atentado ilegítimo, salvo que se estimara la indisponibilidad de la vida en atención a su propio valor fundamental. Sin embargo, esa fórmula interpretativa –de exclusión de la penalización en aras del consentimiento prestado por la víctima- no puede aplicarse en Chile, no sólo porque el tipo de homicidio no refiere a la voluntad o consentimiento de la víctima, sino porque además no existen causales de justificación o atenuantes de responsabilidad penal que admitan el consentimiento como causal general que permita restar reprochabilidad al atentado y transformarlo en legítimo o justificado, ello sin considerar que el valor mismo que

CONCLUSIONES

la Constitución y sus intérpretes otorgan a la vida permitiría mantener la reprochabilidad de la conducta.

19.- La tendencia del Derecho chileno no ha sido otorgar a la decisión o voluntad del sujeto la facultad de evitar la punibilidad de las acciones típicas y antijurídicas cometidas por terceros, salvo en aquellos casos en que la ausencia de voluntad o de consentimiento es un elemento expreso o al menos interpretable en el tipo, como ocurre en el caso del delito de hurto o de la mayoría de los delitos sexuales. Por esta causa, un atentado contra la vida, aun consentido por el que lo ha de sufrir –al menos en términos jurídicos si no fácticos– ha de considerarse ilegítimo, ya que el examen de legitimidad de la conducta no se corresponde con una validación individual, sino, por el contrario, con el reproche social sobre la conducta de quien atenta contra la vida de otro.

20.- La apertura del sistema a favor de la autonomía de la persona llegaría hasta la comisión de actos autónomos, aun dañosos, como el suicidio, o de decisión no transitable por el Estado, como el caso del rechazo de tratamientos médicos o aun de medidas de soporte vital, pero no tiene la capacidad de tornar a los atentados contra la vida en legítimos por el hecho de ser consentidos, puesto que el consentimiento no basta para legitimar un atentado contra la vida al no tener el peso suficiente para revertir la prohibición formulada por la Constitución.

21.- Algunos estiman que la protección de la autonomía de la persona en el caso chileno reside hoy en la protección de la vida privada, asegurada a todas las personas en el artículo 19 n° 4 de la Constitución, lo cual equivale a adoptar el sentido anglosajón, asociado con la no injerencia. Sin embargo, nuestros tribunales no han juzgado que sea en esta garantía donde debe hacerse residir la temática constitucional de la autonomía, considerando la vida privada más bien en la perspectiva de la reserva de información, sino en otras dos garantías que, si bien no cuentan tampoco con una pormenorización de texto identificable con un

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

ejercicio robusto y claro de la autonomía, se ajustan más al propósito perseguido: los derechos a que se refieren los números 6 y 7 del artículo 19 de la Constitución.

22.- El artículo 19 n° 6 de la Carta garantiza “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos”, siendo la primera de las garantías enumeradas la que más se identifica con la protección constitucional de la autonomía. Ya en los albores de la discusión constitucional se la consideró el aspecto más íntimo del pensar humano, referido a la capacidad de cada persona de formar sus ideas, hacer sus propios juicios, calificar su conducta o la de otros y establecer parámetros morales internos. La conciencia implica la formación personal de valores y pertenece a la intimidad de la persona. No le corresponde al Derecho entrometerse en ella, sino sólo protegerla y asegurar que sea libre, incluso de influencia del propio Estado.

23.- Tal visión es compatible con el desarrollo comparado que se ha efectuado acerca del libre desarrollo de la personalidad, el cual se traduce en el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. Su fin es la realización de cada individuo de la especie humana, determinada autónomamente, con el límite de los derechos de las demás personas y del orden público.

24.- En materia de autonomía ha habido una importante evolución jurisprudencial nacional y comparada, de la cual se pueden extraer importantes experiencias. Sin perjuicio de que los ordenamientos internos, así como el Convenio Europeo de Derechos humanos, protejan la privacidad y la libertad de conciencia de las personas, la jurisprudencia, asimilando los argumentos del caso Sue Rodríguez en Canadá, destaca que estas libertades pueden ser limitadas en aras de garantizar ciertos valores fundamentales, como la vida humana, que es prioritario conservar, de modo que legalizar la asistencia a la decisión de muerte de un ser humano

CONCLUSIONES

puede representar una facilitación a la muerte de personas débiles o enfermas, que se ven compelidas a ello no por una genuina decisión, sino por soledad, abandono e incluso la presión de quienes los cuidan. La jurisprudencia señala, además, que debe distinguirse claramente la facultad que tiene una persona competente de rechazar tratamientos médicos, incluso vitales, de la colaboración directa en darle muerte, ya que en un caso se trata de una decisión propia reconocida como parte fundamental de la relación médico-paciente y de la valoración del principio de calidad de vida frente a tratamientos gravosos, desproporcionados o inútiles, mientras que en el segundo caso hay una acción directamente encaminada a dar muerte a un individuo. Se previene, además, que las decisiones de rechazo de medidas de soporte vital sean dadas por pacientes seguros de su decisión, convenientemente informados y sin estados depresivos o sujetos a la imposición de criterios de terceros, aunque en casos de personas en estado vegetativo persistente, como los de Eluana Englaro o Terri Schiavo, se ha tomado la peligrosa decisión, por parte de los tribunales, de considerar válidas las declaraciones de testigos respecto de lo que estas personas hubieran deseado.

25.- La vida no es una excepción al tratamiento de los derechos constitucionales en su conjunto, en el sentido de que el sistema jurídico reconoce y ampara dichos derechos bajo la forma de garantías individuales, pero no impone ni fuerza al titular a su salvaguarda, pues precisamente ése es el ámbito propio de su conciencia y su libertad. Sin embargo, las conductas autolesivas no constituyen de suyo un derecho, sino la manifestación de espacios autónomos no penalizados en que cada uno decide de acuerdo a su propio criterio y responsabilidad, para lo cual son especialmente relevantes su competencia y su capacidad de discernir sobre una buena base de información comprensible.

26.- El respeto por la autonomía del paciente y la institución del consentimiento informado como elemento esencial de la relación médico-paciente no sólo exigen conseguir la aprobación o anuencia del paciente respecto de los tratamientos que

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

han de aplicársele, sino también estar referidos necesariamente, al rechazo de tratamientos médicos.

27.- El rechazo de tratamientos no se consideró parte de las facultades jurídicas de los pacientes en las etapas iniciales de vigencia de la Carta Fundamental de 1980, marcadas por tres ideas que se contraponían a tal posibilidad: la consideración de la vida como un bien en sí misma, don otorgado por Dios a los hombres (interpretación acorde con el Magisterio de la Iglesia Católica) y, en consecuencia, indisponible; la consideración del derecho a la vida como un derecho jerárquicamente preferente a otros, en términos abstractos, aun en relación con la autonomía o la libertad de conciencia del titular; y el examen de la proporcionalidad de la medida radicado fundamentalmente en el médico y no en el paciente. Esta posición ha variado sustancialmente, merced al desarrollo comparado de estas temáticas y al cambio de prisma que ha significado la aplicación de la Constitución en un modelo democrático recuperado a partir de 1990, lo cual fue proclive a la suscripción de numerosos tratados internacionales de derechos humanos y a una mayor recepción de las interpretaciones sobre ellos efectuadas en instancias internacionales y bajo prismas laicos y tendentes a la armonización de los derechos mucho más que a su jerarquización.

28.- En plena conformidad con los avances jurisprudenciales de los diez últimos años, se ha superado como criterio interpretativo la consideración a priori del derecho a la vida como jerárquicamente superior a los demás y se ha considerado en mucha mayor medida y de un modo más equilibrado a la autonomía del paciente y su participación en la relación médico-paciente como sujeto decisor. En esa perspectiva, se reconoce legalmente el derecho del paciente tanto a consentir como a rechazar tratamientos médicos, facultad clave para un tratamiento adecuado de los derechos de la persona frente a instituciones de salud, ya sean públicas o privadas.

CONCLUSIONES

29.- Sin embargo, el derecho al rechazo de tratamientos médicos presenta serias dificultades en su construcción jurídica. En efecto, la normativa dictada recientemente en Chile sobre derechos y deberes de las personas en salud evidencia un deficiente desarrollo constitucional y legal en torno a los contenidos de la autonomía en materia de salud, pues sin perjuicio de ciertas restricciones cuya concurrencia práctica es cercana a lo imposible, se establecen dos límites muy fuertes que sin duda distorsionan los criterios de consentimiento informado y de autonomía decisoria del paciente: el que la decisión no pueda recaer en medidas de soporte ordinario, y el hecho de que, en caso de rechazo, sea una prerrogativa del servicio de salud, con apoyo de la decisión de su comité de ética, disponer el alta forzosa del paciente. Ello también se verifica en la mención no desarrollada de voluntades anticipadas y de nombramiento de apoderados para un tratamiento, que se transforman en puras declaraciones programáticas al no pormenorizarse ni regularse como corresponda.

30.- La discusión acerca de un eventual tratamiento del tema de la eutanasia en las leyes dictadas indica no sólo que el legislador se negó a toda posibilidad al respecto, sino que además el valor del consentimiento del paciente competente, si bien se halla considerado en la redacción del texto, no alcanza las dimensiones de otros ordenamientos y aún se encuentra fuertemente transitado por la consideración de un interés estatal no sólo en la preservación de su vida sino en la imposición de cierto tipo de medidas terapéuticas o de soporte vital.

31.- Si bien se reconoce la posibilidad de disentir acerca de lo que se resuelva respecto de pacientes vulnerables ante la comisión de ética y, eventualmente, ante instancias jurisdiccionales, se desarrolla pobremente la toma de decisiones y sus límites acerca de dichos pacientes, por lo cual no se puede configurar un concepto de eutanasia únicamente basado en el consentimiento, descartándose por la vía constitucional y legal la posibilidad de despenalizar una conducta eutanásica, fundamentalmente por la valoración que se hace de la vida en la Carta Fundamental, por la exclusión del consentimiento como causal de justificación de

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

este tipo de conductas y por la valoración que el sistema efectúa respecto de la obligación de las personas de no participar en la muerte de otras, si bien estas últimas no pueden ser forzadas a proteger sus propios derechos, particularmente su vida.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL I FABRE, FRANCESC: *Bioética: orígenes, presente y futuro* (Madrid, Editorial MAPFRE S.A, 2001).
- ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA: “Una duda nada razonable” en “Sentencia sobre inconstitucionalidad del decreto supremo n° 48 del ministerio de salud en la parte que autoriza la distribución de la “píldora del día después” en el sistema público de salud (tribunal constitucional), *Revista de Derecho*, Vol. XXI - N° 1 - Julio 2008, pp. 155-170.
- ACHILLES, DARIN: “Examining the Groningen Protocol: Comparing the Treatment of terminally-ill Infants in The Netherlands with treatment given in the United States and England”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 28, No. 4, pp. 796-819.
- ACOSTA, JUAN FRANCISCO Y BOSTIANCIC, MARÍA CARLA: “Acerca de la despenalización del delito de ayuda al suicidio”, en http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=article&catid=77%3Aderecho-penal&id=978%3Aacosta-juan-francisco-y-bostiancic-maria-carla-acerca-de-la-despenalizacion-del-delito-de-ayuda&option=com_content&Itemid=2
- ACOSTA RAMÍREZ, VICENTE: *De la Responsabilidad Civil Médica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990).
- AGUILERA, PABLO: *En la Frontera Vida/Muerte. Problemas Bioéticos* (Santiago, Editorial Universitaria, 1992, 2ª. Edición).
- ALBAGLY, RAUL: *Eutanasia o Derecho a Morir* (Santiago, Imprenta La Sud América, 1941).
- ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español* (Universidad de León, León, España, 1996).
- ALEMANY BRIZ, JESUS MARÍA: « La paz ¿un derecho humano ?», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, II Monográfico, pp. 17-45.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- ALEXY, ROBERT: *El concepto y la validez del Derecho* (Barcelona, Gedisa, 1994).
- ALEXY, ROBERT *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, 2001).
- ALMARZA GALDÓS, JULIO: “Estado de necesidad justificante”, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf.
- ALONSO ÁLAMO, MERCEDES: “Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva (a propósito de la disposición sobre la vida en el auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, No 1 (2009), pp. 13-38.
- ALPERS, ANN: “Criminal Act or Palliative Care? Prosecutions Involving the Care of the Dying” en *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 26 n° 4 (1998), pp. 308 – 331.
- ALVAREZ GALVEZ, IÑIGO: “Sobre el artículo 143.4 de la Ley Orgánica 10/95 del Código Penal y la proposición de Ley 122/000127 Orgánica de Despenalización de la Eutanasia” en *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid* n° 1 (Madrid, Universidad Europea de Madrid, 1998), pp. 1-16.
- ALVAREZ GÁLVEZ, IÑIGO: *La Eutanasia voluntaria autónoma* (Madrid, Dykinson, 2002).
- ÁLVAREZ LATA, NATALIA Y SEOANE RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO: “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 11-66.
- ALVAREZ MEDINA, ADOLFO: “Los testigos de Jehová y la cuestión de la sangre. El aspecto religioso implicado” en *Revista latinoamericana de derecho medico y medicina legal* Vol. n°1, pp. 3-8.

BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN DIETETIC ASSOCIATION: *Position of the American Dietetic Association: Legal and ethical issues in feeding permanently unconscious patients*, disponible en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/7852693>
- AMERICAN GERIATRICS SOCIETY AMICUS BRIEF: *Vacco and Glucksberg*, en <http://www.soros.org/death/agsbrief.html>.
- AMNON CARMÍ: *Consentimiento informado* (Comisión Nacional de Israel para la UNESCO), 2008, disponible en <http://medlaw.haifa.ac.il/index/main/4/consentimientoinformado.pdf> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2009].
- AMOR VILLALPANDO, ALBERTO Y SÁNCHEZ GRANADOS, PORFIRIO: "Atención del paciente anciano" en HERNÁNDEZ ARRIAGA, JORGE LUÍS: *Bioética General* (México D.F, Editorial El Manual Moderno, 2002)
- ANGULO, GRACIELA: *El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt3.pdf> [sitio consultado en febrero de 2012].
- ANNAS, GEORGE J. *The rights of patients, the basic aclu guide to patient rights* (New Jersey, Human Press, Totowa, Second Edition, 1992).
- ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER (Coordinador): *Problemas de la Eutanasia* (Madrid, Dykinson, 1999).
- APPELBAUM, P.S.; ROTH, L. H.: "Clinical Issues in the Assessment of Competency", *Am. J. Psychiatry*, 1981, 138 (11) pp. 1462-7.
- APPELBAUM, P. S.; ROTH, L. H.: "Competency to Consent to Research: a Psychiatric Overview", *Arch. Gen. Psychiatry*, 1982, 39, pp. 951-8.
- APPELBAUM, PAUL S. Y OTROS: *Informed consent, Legal Theory and Clinical Practice* (Oxford University Press, 1987).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- ARAGÓN, MANUEL: “La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6. Núm. 17. Mayo-Agosto 1986, pp. 85-136.
- ARCE Y FLÓREZ VALDÉS; JOAQUÍN: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional* (Madrid, Civitas, 1990).
- ARMENTEROS CHAPARRO, JUAN CARLOS: *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad* (Madrid, Editorial Colex, 1997).
- ASHLEY, BENEDICT M. AND O’ROURKE, KEVIN: *Ethics of Health Care: An introductory textbook* (Washington DC, Georgetown University Press, Third Edition, 2002).
- ASTUDILLO ALARCÓN, WILSON Y OTROS: *Cuidados del enfermo en fase terminal y atención a su familia* (Pamplona, Eunsa, 1995).
- AVILA, DANIEL: *Sunshine Beaches and a Lethal Drug Overdose?* en www.euthanasia.com/lethdrug.html.
- AVILES, VICTOR MANUEL: *Interpretación constitucional* en https://www.ucursos.cl/derecho/2008/2/D123A0209/2/material_docente/objeto/197723,
- BACHOF, OTTO: *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Mohr, 1959. Existe traducción al castellano, *Jueces y Constitución*, T. R. Fernández (prólogo)(Madrid, Civitas, trad. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 1985).
- BACIGALUPO, ENRIQUE: “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física” en *Jornadas de Estudio sobre la nueva reforma del Código Penal de Poder Judicial* número especial XII, 1990 (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1990) pp. 147 – 162.
- BAIRD, ROBERT M. y ROSENBAUM, STUART (editores): *Eutanasia: Los dilemas morales* (Barcelona, Alcor, 1992).
- BALCH, BURKE AND OTHERS: *Why We Shouldn’t Legalize Assisting Suicide*, en <http://www.nrlc.org/euthanasia/asisuid1.html>

BIBLIOGRAFÍA

- BARCIA LEHMAN, RODRIGO: “Fallos y comentario a los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema sobre recurso de protección, interpuesto por la distribución de laboratorios de la denominada píldora del día después a adolescentes (menores mayores de catorce años)”, *Ius Et Praxis* Año 13 - N° 2 (Talca, 2007) pp. 409 y ss.
- BARRA, RODOLFO CARLOS: *La protección Constitucional del derecho a la vida* (Buenos Aires, Abeledo -Perrot, 1996).
- BARRAGAN MATAMOROS, LUIS: *La legítima defensa actual* (Barcelona, Bosch, 1987).
- BARRIO CANTALEJO, INÉS MARÍA Y LORDA, SIMÓN PABLO: “Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida de personal incapaces”, en *Rev. Esp. Salud Pública*. [online]. 2006, vol. 80, no. 4, pp. 303-315.
- BARRIO MAESTRE, JOSE MARIA: “Tema de estudio: el debate actual sobre la eutanasia” en *Cuadernos de Bioética* n° 27 3ª. 1996 (Grupo de Investigaciones de Bioética de Galicia) pp. 275 a 338.
- BASCUÑÁN RODRIGUEZ, ANTONIO: "La píldora del día después ante la jurisprudencia", *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, 95, Santiago (invierno 2004).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Después de la píldora” en *Anuario de Derechos Humanos* (Santiago, Universidad de Chile), disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/anuario2/nac9.pdf>.
- BASSA MERCADO, JAIME: *Reglas y principios en las normas de derechos fundamentales*, disponible en <http://web.uvm.cl/derecho/articulosacad.shtml?cmd%5B197%5D=i-197-8ef05ad1388107b0b6667dfb4cceb26a>
- BASSA MERCADO, JAIME: *El Estado Constitucional de Derecho: efectos sobre la Constitución vigente y derechos sociales* (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2008).
- BASSO, DOMINGO M.: “La vida humana terminal artificialmente abreviada (el suicidio y la eutanasia)”, en *Nacer y morir con dignidad*

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Bioética (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, 3ª. Edición ampliada), pp. 415 – 471.

- BATTIN, MARGARET P.; RHODES, ROSAMOND & SILVERS, ANITA (editors): *Physician Assisted Suicide. Expanding the Debate* (New York, Routledge, 1998).
- BAUDOIN, JEAN - LOUIS y BLONDEAU, DANIELLE: *La ética ante la muerte y el derecho a morir* (Barcelona, Editorial Herder, 1996).
- BAYEFISKY, ANNE: “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, Nº 1-2, 1990, pp. 1-34.
- BEAUCHAMP, TOM L. (editor): *Intending Death. The Ethics of Assisted Suicide and Euthanasia* (New Jersey, Prentice Hall, 1996).
- BEAUCHAMP, TOM & CHILDRESS, JAMES: *Principles of Biomedical Ethics* (Oxford University Press, 2008, sixth edition).
- BEAUCHAMP, TOM L. y VEATCH, ROBERT (editores): *Ethical Issues in Death and Dying* (New Jersey, Prentice Hall, 1997).
- BEDATE, CARLOS ALONSO: “Reflexiones sobre cuestiones de vida y muerte: hacia un nuevo paradigma de comprensión del valor ético de la entidad biológica humana en desarrollo” en Federación Internacional de Universidades Católicas: *La vida humana, origen y desarrollo* (Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1989) pp. 79 y ss.
- BELLATTI, CARLOS ALBERTO: *Causas de Justificación de la Legítima Defensa*, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200305-24551422410341411.html>.
- BENADAVA, SANTIAGO: *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, 3ª edición).
- BERISTAIN, ANTONIO. *Eutanasia: dignidad y muerte* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1991).

BIBLIOGRAFÍA

- BETANCOR, JUANA TERESA: “Testamento vital” en *Eguzkilore* n° 9, diciembre 1995 (San Sebastián, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 1995) pp. 97- 122.
- BEYLEVELD, D. & BROWNSWORD, R.: “Human dignity in bioethics and biolaw”, *Journal of Medicine and Philosophy* (2001) Volume: 35, Issue: 2, Publisher: Oxford University Press, pp.180-196.
- BIDART CAMPOS, GERMAN JOSÉ: “La Transfusión de Sangre y la Objeción Religiosa de Conciencia” en *El Derecho* t. 114 (Buenos Aires,) pp. 113-114.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ: "La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático", *El Derecho*, Buenos Aires, 11/12/1995.
- BIDART CAMPOS, GERMAN JOSÉ: *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad* (Buenos Aires, Ediar, 1999).
- BILBAO UBILLOS, JULIÁN MARÍA Y REY MARTINEZ, FERNANDO: “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, MIGUEL (editor): *El principio constitucional de igualdad*.
- BINDING, KARL Y HOCHÉ, ALFRED: *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form*, en <http://home.filtnet.nl/~fn003273/ldo/Sites/freigabe.htm>.
- BLANCO, LUIS GUILLERMO: *Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas* (Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1997).
- BLANCO RODRÍGUEZ, BENIGNO: “La protección legal de la vida humana” en *Medicina y Ética* Volumen IV n° 1 (México D.F., Litho press de México, 1993) pp. 9 – 31.
- BLÁZQUEZ, NICETO: *Bioética fundamental* (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1996).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- BOBBIO, NORBERTO: “Democracia y Pluralismo” en *Revista de Ciencia Política* vol. 1 - 2, 1986 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986) pp. 133 y ss.
- BOBBIO, NORBERTO: *Elogio a la Templanza* (Madrid, Temas de Hoy, 1995).
- BOBBIT, PHILIP: *Constitutional Interpretation* (Blackwell, 1991).
- BOCHATEY, ALBERTO: “La cultura de la vida” en SOROKIN, PATRICIA (Coordinadora): *Bioética: entre utopías y desarraigos* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002) pp. 356 y ss.
- BOLADERAS CUCURELLA, MARGARITA, “Calidad de vida y principios bioéticos”, en AAVV: *Bioética y Calidad de Vida* (Santa Fe de Bogotá, Ediciones El Bosque, 2000).
- BONILLA MERIZALDE, JACQUELINE: *Actitudes éticas del personal médico, participación de enfermería y la familia en la toma de decisiones humanizadas en pacientes con Limitación del Esfuerzo Terapéutico* (Tesis de grado de Doctor, Quito, Universidad Libre Internacional de las Américas, Quito, 2010)
- BORDALI SALAMANCA, ANDRÉS: “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica en *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. XVIII - N° 1 - Julio 2005 (Valdivia, Universidad Austral) pp. 89-117.
- BORDÍN, CELIA; FRACAPANI, MARTA; GIANNACARI, LILIANA y BOCHATEY, ALBERTO: *Bioética* (Buenos Aires, Lumen, 1996).
- BÓRQUEZ, GLADYS ET AL: “La evaluación de la «capacidad de la persona»: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado”, *Rev Méd Chile* 2004; 132: 1243-1248.
- BOYERO GONZALEZ, BEATRIZ: “Ética de la relación enfermo terminal - entorno familiar” en *Cuadernos de Bioética* n° 26 2ª. 1996 vol. VII (Grupo de Investigaciones de Bioética de Galicia) pp. 168 a 201.

BIBLIOGRAFÍA

- BOYLE, JOSEPH: “Medical Ethics and Double Effect: The Case of Terminal Sedation”. *Theoretical Medicine and Bioethics* 25 (1), 2004.
- BRITISH COLUMBIA CROWN COUNSEL POLICY GUIDE LINES: *Active euthanasia and assisted suicide Crown Council Policy Manual Province of BC Ministry of Attorney General Criminal Justice Branch* (Policy 11 - 3 - 93 File n° 56880 - 01 Ent 1), disponible en <http://www.ag.gov.bc.ca/prosecution-service/policy-man/pdf/EUT1-EuthanasiaAndAssistedSuicide-15Mar2004.pdf>
- BROCK, DAN W.: “Euthanasia” en *The Yale Journal of Biology and Medicine* vol. 65, n° 2, 1992, pp. 121 - 129.
- BRODY, BARUCH A. (Editor): *Suicide and Euthanasia. Historical and Contemporary Themes* (Springer, Serie Philosophy and Medicine Vol. 35, 1989).
- BROEKMAN, JAN M.: *Bioética con rasgos jurídicos* (Madrid, Editorial Dilex, 1998).
- BULNES ALDUNATE, LUZ: “Interpretación Constitucional” en *Revista de Derecho Público*, Vol. 64, 2002.
- BUSTOS, JUAN: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona, Ed. Ariel 1986).
- CABELLO, FRANCISCO A.; GARCIA, JOSÉ MANUEL y VIQUEIRA, AGUSTÍN: *Entre los límites Personales y Penales de la Eutanasia* (Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, s/a de edición).
- CALIPARI, MAURICIO: *Curarse y hacerse curar. Entre el abandono del paciente y el encarnizamiento terapéutico* (Buenos Aires, Educa, 2007).
- CALÓ, EMANUELE: *Bioética, nuevos derechos y autonomía de la voluntad* (Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2000).
- CAMPOS QUIROGA, JAIME: “La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1992.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- CAPLAN, ARTHUR L. ET AL: *The case of Terri Schiavo. Ethics and the end of life* (New York, Prometheus Books, 2006).
- CAPRON, ALEXANDER: “Legalizing Physician-Aided Death” en *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, volume, 5, n° 1 (Cambridge University Press, 1996), pp. 10 - 23.
- CARBONELL, MIGUEL (editor): *El principio constitucional de igualdad*, México, 2003, disponible en <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/04/00834-el-principio-constitucional-de-igualdad-miguel-carbonell.html>.
- CARBONELL, MIGUEL: “La interpretación de los derechos fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, Año 10, N° 1, 2004, pp. 409- 417.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: “Suicidio y eutanasia en el Código Penal de 1995”, en JUAN LUIS GOMEZ COLOMER Y OTRO (editores), *La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann* (Castello de la Plana, Universitat Jaume I, 1997), pp. 183 y ss.
- CARMONA SALGADO, CONCHA ET AL: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991).
- CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO: *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber* disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf.
- CASADO, MARÍA: *La Eutanasia. Aspectos Éticos y Jurídicos* (Madrid, Editorial Reus S.A., 1994).
- CASADO, MARIA: “La Eutanasia y su tratamiento en los tribunales” en AAVV, *Entre el Nacer y el Morir* (Granada, Comares, 1998), pp. 193-203.
- CASADO, MARIA: “Una vez más sobre la eutanasia”, *Enrahonar* 40/41, 2008 pp. 113-121.
- CASADO, MARÍA (editora): *Materiales de Bioética y Derecho* (Barcelona, Cedecs Editorial, 1996).

BIBLIOGRAFÍA

- CASADO, MARÍA (editora): *Bioética, derecho y sociedad* (Madrid, Ed. Trotta, 1998).
- CASAS BARQUERO, ENRIQUE: *El consentimiento en el Derecho Penal* (Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1987).
- CASSEL, ERIC: “The nature of suffering and the goals of medicine.” *New England Journal of Medicine*, 1982, 18 March, 306 (11), pp. 639-45.
- CASTAÑO DE RESTREPO, MARIA PATRICIA: *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica* (Bogotá, Ed. Temis, 1997).
- CASTILLO CÓRDOVA, LUIS FERNANDO. “Existen los conflictos entre Derechos Fundamentales”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N°12, disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm.
- CAVANAUGH, THOMAS A.: “Currently Accepted Practices that are known to lead to death, and PAS: is there an ethically relevant difference?” en *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 7, n° 4, Fall 1998 (Cambridge, Cambridge University Press, 1998), pp. 375 – 381.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS: “Fisonomía histórica y prospectiva de la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho*, Vol. VI, diciembre 1995 (Valdivia, Universidad Austral), pp. 7-27.
- CEA EGAÑA, JOSE LUIS: “La Constitución de 1980 veinte años después”, en *Revista de Derecho*, Vol. XI, diciembre 2000 (Valdivia, Universidad Austral), pp. 127-132.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS: *I Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002).
- CEA EGAÑA, JOSE LUIS: “Perfil axiológico, independencia y responsabilidad del juez constitucional” en *Ius et Praxis* Año 9, N° 2, 2003.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- CENTENO CORTES, CARLOS ET AL: “Bioética de la situación terminal de enfermedad” en *Cuadernos de Bioética* n° 12, 4ª, 1992 (Grupo de Investigaciones de Bioética de Galicia), pp. 38 - 52.
- CHARLESWORTH, MAX: *La bioética en una sociedad liberal* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996).
- CHENG, CHAO TZEE. “Euthanasia”; *Revista Persona y Derecho*, Vol. 5, (Pamplona, Universidad de Navarra, 1994) pp. 611-614.
- CHILDRESS, JAMES: *Who Should Decide? Paternalism in Health Care* (New York/Oxford, Oxford University Press. 1982).
- CHUECA RODRÍGUEZ, RICARDO: “Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: El poder de disposición sobre el final de la vida propia”, DS Vol. 16, 2008, XVI Congreso «Derecho y Salud», disponible en <http://www.ajs.es/downloads/vol1601.pdf>
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL: *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre Los Derechos Del Niño*, disponible en http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- COBO DEL ROSAL, MANUEL (editor); *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial) (Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1991).
- COLEGIO MÉDICO DE CHILE: “*Aborto: Interrupción del Embarazo como Medida Terapéutica en Casos de Gestantes con Riesgo de Muerte al Continuar la Gravidéz*”, disponible en <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=252>
- COLOMBO, ROBERTO: “La Naturaleza y el Estatuto del Embrión Humano” *Revista Humanitas*, n°16 (Santiago de Chile, Ed. UC, 1998), pp. 596- 599.
- COMANDUCCI, PAOLO: “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (coord. por Miguel Carbonell Sánchez, Pedro Salazar Ugarte), 2005, ISBN 84-8164-768-3, pp. 105-118

BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA DE MÉXICO: *Eutanasia. Algunos elementos para el debate*, disponible en <http://cnb-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/eutanasia.pdf>.
- COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE: *Avis n° 1 du 12 mai 1997 concernat l'opportunité d'un règlement légal de l'euthanasie*.
- COMITÉ DE ÉTICA DE SECPAL: Aspectos Éticos de la Sedación en Cuidados Paliativos en *Diariomedico.com*, 24 de abril de 2002. Disponible en URL: http://www.federaciocristians.org/metges/Buscar/10_eutanasia/05_05_sedacio_porta.pdf.
- COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE: Premier rapport aux chambres législatives, 22 septembre 2002 - 31 décembre 2003.
- COMMITTEE FOR PRO - LIFE ACTIVITIES: "Nutrition and Hydration: Moral and Pastoral Reflections" en *National Conference of Catholic Bishops* (Washington D.C, United States Catholic Conference, 1998).
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA: *La Eutanasia. 100 Cuestiones y Respuestas sobre la Defensa de la Vida Humana y la actitud de los católicos* (Madrid, Ediciones Palabra S.A., 1993).
- COROMINAS, JOAN: *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana* (Madrid, Editorial Gredos S.A., 1973, 3ª edición).
- CORRAL TALCIANI, HERNAN: "Propiedad y cosas incorpóreas, comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, n° 1 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996), pp. 13-18.
- CORRAL TALCIANI, HERNAN: "El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida", *Revista Ius et Praxis*, 11 (1), 2005, pp. 37 - 53
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN: *Derecho Civil y persona humana. Cuestiones debatidas* (Santiago, Lexis Nexis, 2007).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- COUCEIRO, AZUCENA: “Las directivas anticipadas en España: límites y aplicaciones clínicas”, *Revista de Calidad Asistencial* 22/4 (2007), pp. 213-222.
- COUCEIRO, AZUCENA (editora): *Bioética para clínicos* (Madrid, Editorial Triacastela, 1999).
- COUSIÑO MAC IVER, LUIS: *Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975).
- CRUZ, LUIS, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos* (Granda, Editorial Comares, 2005).
- CUERVO, FERNANDO: *Principios morales de uso más frecuente* (Madrid, Rialp, 1995, 3ª. Edición).
- CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO: “Alcances de la modificación del artículo 5º de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, n°s 2 y 3, Tomo I (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996), pp. 257 y ss.
- CUMPLIDO, MANUEL JOSÉ: “Derecho del paciente a rechazar el tratamiento propuesto”, *Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic. Leg.*, Jun. 2000, 5 (1), pp. 11- 15.
- CURY URZUA, ENRIQUE: *Orientación para el estudio de la Teoría del delito* (Santiago de Chile, Ediciones Nueva Universidad, 2ª edición, 1973).
- CURY URZUA, ENRIQUE: *II Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica, 1992, 2ª. Edición actualizada).
- DABOVE CARAMUTO, MARÍA ISOLINA ET AL.: “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, *La Ley*, LXXII, (118), 2008, pp. 1-4.
- DAHL, ROBERT: *Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy vs. Control* (New Haven, Yale University Press, 1996).

BIBLIOGRAFÍA

- DE CASTRO, FEDERICO: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, Oct-Dic, XXXV (IV).
- DE LA GANDARA VALLEJO, BEATRIZ: *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva* (Madrid, Editorial Colex, 1995).
- DE MIGUEL SÁNCHEZ, CRISTINA Y LÓPEZ ROMERO, ANDRÉS: “Eutanasia y suicidio asistido: Conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia”, *Medicina Paliativa*, Vol. 13: N° 4, 2006; pp. 207-215.
- DE ORTÚZAR, MARIA GRACIELA: “Testamentos vitales: problemas éticos, sociales y legales en Argentina”, *Revista Hospital Italiano de Buenos Aires*, Vol. 27, N° 2, diciembre 2007, disponible en http://www.hiba.org.ar/archivos/noticias_attachs/47/documentos/10350_2_7-2.Bioetica.pdf,
- DE REMIRO VELAZQUEZ, FRANCISCO: *La Eutanasia y la Humanización de la Medicina* (Valladolid, Gráficas Andrés Martín, 1991).
- DE RIVACOBBA, MANUEL: “Del fundamento a la defensa en la legítima defensa” en *Homenaje a R.P. Julián Pereda* (s/d edición).
- DE SIMONE, GUSTAVO: “El final de la vida: Situaciones Clínicas y Cuestionamientos Éticos” en *Acta Bioethica* año VI n° 1 (Santiago, Programa Regional de Bioética OPS/OMS, 2000) pp. 47 – 62.
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: “El tratamiento jurídico - penal y doctrinal de la eutanasia en España” en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Primer Volumen (Valencia, Universitat de Valencia, 1997) pp. 597 - 626.
- DERMIZAKY PEREDO, PABLO: “La interpretación constitucional”, en *Revista N° 1 del Tribunal Constitucional*, Noviembre de 1999, Sucre, Bolivia.
- DÍAZ AMADO, EDUARDO: “De moralidad y eticidad. Dos dimensiones para la Bioética”, *Acta Bioética*, 2002; año VIII, n° 1, pp. 9-19.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- DÍAZ ARANDA, ENRIQUE: *Dogmática del suicidio y homicidio consentido* (Madrid, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1995).
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSE LUIS y MUÑOZ SANCHEZ, JUAN (coordinadores): *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996).
- DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLON, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil* (Madrid, Tecnos, 6ª edición, 1988).
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: “Algunas Reflexiones sobre el Derecho de Propiedad Privada en la Constitución” en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Madrid, Editorial Civitas, 1991) t. I, pp. 1262-1263.
- DOWNING, A. & SMOKER, BARBARA (editors): *Voluntary Euthanasia. Experts Debate the Right to Die* (London, Peter Owen, 1986).
- DRANE, JAMES: “Las múltiples caras de la competencia: a mayor riesgo, criterios más estrictos” en COUCEIRO, AZUCENA (editora), *Bioética para Clínicos* (Madrid, Editorial Triacastela, 1999), pp. 163 – 176.
- DRANE, JAMES: *El cuidado del enfermo terminal* (Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1999).
- DRUTCHAS, GEOFFREY: *Is Life Sacred?* (Cleveland, The Pilgrim Press, 1998).
- DUCCI CLARO, CARLOS: “Las cosas incorpóreas en nuestro derecho” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIII (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1986), pp. 29-35.
- DURKHEIM, EMILE: *El Suicidio* (Madrid, Ediciones Akal, 1998, 5a. Edición).
- DWORKIN, GERALD; FREY, R.G. & BOK, SISSELA: *Euthanasia and Physician – Assisted Suicide. For and Against* (Cambridge University Press, 1998).

BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, RONALD.: *El Dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (Barcelona, Editorial Ariel, 1994).
- EMANUEL, LINDA (editor): *Regulating how we die* (Cambridge, Harvard University Press, 1998).
- ENGELHARDT, TRISTAM: *Los fundamentos de la bioética* (Barcelona, Paidós, 1995).
- ESCÁRATE, KARIN; CASANOVA, MANUEL Y LUZIO, WALTER.: “Conflicto entre garantías constitucionales para la conservación del suelo: una revisión crítica a la legislación chilena”, *R.C. Suelo Nutr. Veg.*, 5 (2), 2005 (1-8).
- ESER, ALBIN: “Entre la “santidad” y la “calidad” de vida”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 37, Fasc/Mes 3, 1984, págs. 747-782.
- ETCHEBERRY, ALFREDO: *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte Especial* (Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, 1966).
- ETCHEBERRY, ALFREDO: “Tipos penales aplicables a la actividad médica” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. n° 13 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986), pp. 271-288.
- ETCHEBERRY, ALFREDO: *El Derecho Penal en la Jurisprudencia (Parte General)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987, 2ª. Edición).
- ETCHEBERRY, ALFREDO: *Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 3ª. Edición revisada y actualizada).
- FADEN, RUTH; BEAUCHAMP, TOM & KING, NANCY: *A history and theory of informed consent*, (New York, Oxford University Press, 1986).
- FARFÁN, FRANCISCO: *Eutanasia, derechos humanos y ley penal* (Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1996).
- FAVOREU, LOUIS JOSEPH ET AL: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- FEINBERG, JOEL: *Harm to Self. The moral limits of criminal law* (New York, Oxford University Press, 1986).
- FEITO GRANDE, LYDIA (editora): *Estudios de Bioética* (Madrid, Dykinson, 1997).
- FEMENÍA LÓPEZ, PEDRO J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro* (Madrid, Mc Graw Hill, 1999).
- FENWICK, ANDREA: “Applying best interests to persistent vegetative state - a principled distortion?” en *Journal of Medical Ethics* volume 24, April 1998 (New Jersey, BMJ Publishing Group, 1998), pp. 80 - 92.
- FERGUSON, PAMELA: “Causing death or allowing to die? Developments in the law” en *Journal of Medical Ethics* volume 23, 1997 (New Jersey, BMJ Publishing Group, 1997), pp.368 - 372.
- FERMANDOIS, ARTURO: “La píldora del día después: aspectos normativos”, *Estudios Públicos*, 95, 2004, pp. 91 y ss.
- FERNÁNDEZ BUJÁN, FEDERICO: *La Vida, principio rector del Derecho* (Madrid, Dykinson, 1999).
- FEUDTNER, CHRIS: “Control of suffering on the slippery slope of care”, *The Lancet*, Volume 365, Issue 9467, 9 April 2005, pp. 1284 – 1286.
- FIBLA, CARLA (editora): *Debate sobre la eutanasia* (Barcelona, Planeta, 2000).
- FIGUEROA, RODOLFO: “Concepto de Persona, titularidad del derecho a la vida y aborto”, *Revista de Derecho*, Volumen XX N° 2, 2007, pp. 95-130.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO: “Concepto de derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, año 14, n° 1, 2008, pp. 261-300.
- FIGUEROA, RODOLFO: “Matar, dejar morir y eutanasia en el proyecto de ley sobre derechos de las personas y en la doctrina chilena”, *Rev. méd. Chile*, vol.139 no.5, Santiago, mayo 2011, pp. 655-665.

BIBLIOGRAFÍA

- FIGUEROA YANEZ, GONZALO: “Colisión: algunas consideraciones frente a una sentencia judicial”, *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 12, julio 2009, pp. 209-214.
- FILENE, PETER G.: *In the Arms of Others* (Chicago, Ivan R. Dee, 1998).
- FLETCHER, JOSEPH F.: “Four Indicators of Humanhood: The Enquiry Matures”, *The Hastings Center Report*, Vol. 4, No. 6 (Dec., 1974), pp. 4-7
- FOLEY, KATHLEEN & HENDIN, HERBERT: *The case against assisted suicide* (Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2002).
- FONTECILLA, RAFAEL: “Los problemas de la culpabilidad” en *Anales de la Facultad de Derecho*, Cuarta Época, Vol. III, 1961/1963, n° 3.
- FONTECILLA, RAFAEL: “Los problemas jurídicos de las causas supralegales en materia penal” en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. III, 1961/1963, n° 3, pp. 56-87.
- FRACAPANI DE CUITIÑO, MARTA: “Limitaciones del tratamiento” en *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, n° 6 (Santiago, Programa Regional de Bioética para América Latina y el Caribe, OPS/OMS, 1998), pp. 167 – 183.
- FRANCIS, LESLIE.P.: “Legal Rights to health Care at the End of Life”, *JAMA* 1999; 282: 2079.
- FRANCISCONI, CARLOS FERNANDO: “Eutanasia: una reflexión desde la mirada bioética”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Enero-Junio 2007.
- FREYRE ROACH, EDUARDO FRANCISCO: *El Problema de Ayudar a Morir* (La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1994).
- FRIED, TERRY Y OTROS. “Limits of Patient Autonomy. Physician Attitudes and Practices Regarding Life-Sustaining Treatments and Euthanasia”; *Arch. Intern Med.* Volume 153, March 22, 1993, pp. 722-728.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- FUKUYAMA, FRANCIS: *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution* (New York, Farrar, Strauss and Giroux, 2002). Hay versión en español: FUKUYAMA, FRANCIS: *El fin del Hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica* (Barcelona, Sine Qua Non, 2002, 1ª. Edición).
- GAFO, JAVIER: *La Eutanasia* (Madrid, Editorial Católica S.A, 1984).
- GAFO FERNANDEZ, JAVIER (editor): *La Eutanasia y el arte de morir* (Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1990).
- GAFO, JAVIER: “La eutanasia y la ética del bien morir”, *Revista Médica del Uruguay* 1990, 6, pp. 95-102.
- GAFO FERNANDEZ, JAVIER. *10 palabras claves en bioética* (Navarra, Editorial Verbo Divino, 1994).
- GAFO FERNANDEZ, JAVIER Y OTROS: *La Eutanasia y el derecho a morir con dignidad* (Madrid, Ediciones Paulinas, 1984).
- GARAY, ALAIN: “El derecho a la elección terapéutica, consentimiento, libertades del equipo médico y el paciente”, en *Revista latinoamericana de derecho médico y medicina legal*, Vol. N°1., pp. 29-39.
- GARAY, ALAIN: “Libertad de conciencia y tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea”, *Rev.Latinoam.Der.Méd. Leg.* 5 (1): 25-31, Jun. 2000, disponible en <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v5n1/art5.pdf>.
- GARCÍA, GONZALO: “Una interpretación democrática de las normas militares de la Constitución de 1980”, *FASOC*, Vol. VIII, N° 1, p. 2.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES: “Eutanasia y disponibilidad de la propia vida” en *Cuadernos de Derecho Judicial: Delitos contra la Vida y la Integridad Física* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995) pp. 9 - 40.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas, 1985)

BIBLIOGRAFÍA

- GARCIA-HUIDOBRO, JOAQUÍN: “Derechos Humanos y Liberalismo Moral” en *Lecciones de Derechos Humanos* (Valparaíso, Edeval, 1997) pp. 384 y ss.
- GARCÍA LLERENA, VIVIANA: “El mayor interés del incapaz como criterio para la toma de decisiones médico – sanitarias. Una visión panorámica de las nuevas orientaciones en el Derecho comparado” en *Boletín Científico de la Asociación Chilena de Seguridad*, año 3 número 5 – 6, junio/ diciembre 2001, pp. 26 – 36.
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS: “Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. (Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001), disponible en <http://www.cienciaspenales.net>.
- GARCÍA SOTO, MARÍA PAULINA: *El estado de necesidad en materia penal* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1999).
- GARMAISE, DAVID: “Euthanasia: The Case for Assisted Suicide and Euthanasia”. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter*, Volume 3 Number 2 – 3 , Spring, 1997.
- GARRIDO MONTT, MARIO: *El Homicidio y sus figuras penales* (Santiago, Ediar – Conosur Ltda., 1976).
- GARRIDO MONTT, MARIO: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Delitos contra las personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010).
- GARZA GARZA, RAÚL: *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles* (México D.F, Editorial Trillas, 2000).
- GIL, SANDRA Y MIRANDA, JESUS: “Comentario a Los Muros de Separación. Ensayo sobre alterofobia y filantropía de Teresa San Román”, *Política y Sociedad*, vol. 29, 1998, Universidad Complutense de Madrid, pp. 190-192.
- GILLON, RAANAN: “Persistent vegetative state, withdrawal of artificial nutrition and hydration, and the patient’s best interests” en *The journal of Medical Ethics*, Vol. 24 n°2 (1998) pp. 75-76

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Inducción y auxilio al suicidio” en *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile, 1972).
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Eutanasia y derecho penal” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* n° 12, 1er. cuatrimestre, 1987 (Granada, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1987) pp. 107 - 112.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Eutanasia, Constitución y Derecho Penal” en *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (Madrid, Editorial Noesis, 1998).
- GÓMEZ, GASTÓN: *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005).
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS Y OTRO (editores), *La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann* (Castello de la Plana, Universitat Jaume I, 1997).
- GÓMEZ LÓPEZ, ORLANDO: *El Homicidio* (Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, dos tomos, 2da. Edición).
- GÓMEZ RIVERO, MARIA DEL CARMEN: “La intervención omisiva en el suicidio de un tercero” en *Actualidad Penal*, n° 45, semana 7 - 13 de diciembre de 1998 (Madrid, La Ley - Actualidad S.A, 1998) pp. 889 -923.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA: “Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente”, *Acta bioeth.* [online]. 2011, vol.17, n.1, pp. 37-46, Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2011000100005>.
- GOODMAN, KENNETH: *The case of Terri Schiavo* (New York, Oxford University Press, 2010).
- GORMALLY, LUKE: *Euthanasia, Clinical Practice and the law* (London, The Linacre Centre for Health Care Ethics, 1994).

BIBLIOGRAFÍA

- GRACIA, DIEGO: “Cuestiones de vida o muerte. Dilemas éticos en los confines de la vida” en AAVV, *Morir con dignidad: dilemas éticos al final de la vida* (Madrid, Ediciones Dos Calles S.L., 1995) pp. 107- 139.
- GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER: *La estructura de la teoría del delito* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958).
- GRAU VECIANA, JOSÉ MARÍA: “Estado vegetativo persistente: aspectos clínicos”, *Medicina Intensiva*, Vol. 28, N°. 3, 2004, pp. 108-111.
- GULLCO, HERNAN VICTOR: “La posición del garante del médico”; *Doctrina Penal*, año 10 (Buenos Aires, Depalma, 1987) pp. 49-58.
- GUTIÉRREZ GARCIA, ANA ET AL: “El suicidio, conceptos actuales” en *Salud Mental*, Vol. 29, No. 5, septiembre-octubre 2006, pp. 67-74.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001).
- GUZMÁN VIAL, MANUEL: “Responsabilidad penal del médico y personal paramédico en el tratamiento de la muerte próxima” *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXXVI, N°2, año 1976-1977 (Santiago, Instituto de Ciencias Penales) pp. 111-126.
- HALAC, JACOBO Y OTROS: “La muerte neonatal. Eutanasia o terminación de la vida en la unidad de cuidado intensivo: revisión crítica del protocolo de Groningen”, disponible en: www.unesco.org/uy/shs/.../11.%20La%20muerte%20neonatal.pdf.
- HART, HERBERT: *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980).
- HASTINGS CENTER, “Los fines de la Medicina”, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, LOS FINES DE LA MEDICINA -,N.º 11 - (2004), disponible en <http://www.bioeticaweb.com/images/stories/documentos/los%20fines%20de%20la%20medicina.pdf>,
- HENDIN, ALBERT: *Seduced by Death. Doctors, Patients and Assisted Suicide* (New York, W.W. Norton & Company, 1998).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM LORENA: “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, pp. 73-119.
- HERRANZ, GONZALO: “Eutanasia y dignidad del morir” en *Jornadas Internacionales de Bioética* (Pamplona, 1998) pp. 1 – 20.
- HERRANZ, GONZALO: *Los Médicos y la Eutanasia*, disponible en <http://www.unav.es/cdb/dhbgheutanasia.html>
- HODELÍN – TABLADA, R.: “Estado vegetativo persistente. Paradigma de discusión actual sobre alteraciones de la conciencia”, *Revista de Neurología*, 2002; 34 (11): 1066-1079.
- HOOFF, PEDRO: *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos* (Buenos Aires, Depalma, 1999) p. 153.
- HORAN, DENNIS J. & MALL, DAVID (editors): *Death, Dying, and Euthanasia* (Maryland, Aletheia Books, 1980).
- HUMPHRY, DEREK: *Dying with Dignity. Understanding Euthanasia* (New York, Carol Publishing Group, 1992).
- HUMPHRY, DEREK: *Final Exit: The Practicalities of Self – Deliverance and Assisted Suicide for the Dying* (Delta Publishing, 1997).
- HUMPHRY, DEREK y WICKETT, ANN: *El Derecho a Morir. Comprender la Eutanasia* (Barcelona, Tusquets, 1989).
- IVASHKOP, YULIA, VAN NORMANN, GAIL: “Consentimiento informado y manejo ético del paciente anciano”, *Anesthesiology Clin N Am.*, 2009; - vol.27 núm 03, pp. 569-80.
- IZQUIERDO SÁNCHEZ, CRISTOBAL: “Comisión por Omisión. Algunas consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2, pp. 329-343, 2006.
- JACOB, D.A.: “Family Members' Experiences with Decision Making for Incompetent Patients in the ICU: A Qualitative Study”, *Am J Crit Care*. 19987(1):30-6.

BIBLIOGRAFÍA

- JAKOBS, GÜNTHER: *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, Cuadernos de Conferencias y artículos N° 4).
- JAKOBS, GÜNTHER: *Suicidio, eutanasia y derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999).
- JENNETT, B. & PLUM, F.: “Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name”, *Lancet*, 1972; 1:734-7
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS: *Libertad de amar y Derecho a morir* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984).
- JOTKOWITZ, ALAN, GLICK, S.: “The Groningen protocol: another perspective”, *J Med Ethics* 2006; 32:157–158.
- JOTKOWITZ, ALAN, GLICK, S. & GESUNDHEIT, B.: “A Case Against Justified Non-Voluntary Active Euthanasia (The Groningen Protocol)”, *The American Journal of Bioethics*, 8(11): 23–26, 2008.
- JUANETHEY DORADO, CARMEN: “Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al artículo 149 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992” en *Poder Judicial 1ª. Época*, número 28, Diciembre 1992 (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992) pp. 109 - 122.
- JUANETHEY DORADO, CARMEN: *Derecho, suicidio y eutanasia* (Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1994).
- KASS, LEON: “Is there a right to die?” en *Hastings Center Report* 23, 1993 (pp. 34 - 43).
- KASS, LEON Y LUND, NELSON: “Physician- Assisted Suicide, Medical Ethics, and the future of the medical profession” en *Duquesne Law Review*, Vol. 35 n° 395, 1996, pp. 395- 425.
- KAUFMANN, ARTHUR: “La Universalidad de los Derechos Humanos. Un Ensayo de fundamentación” en *Persona y Derecho*, n° 38 (Pamplona, Universidad de Navarra, 1998) pp. 19 y ss.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- KENNEDY, IAN & GRUBB, ANDREW: *Medical Law: Text with Materials* (London, Butterworths, 1994) pp. 1225 – 1226.
- KEOWN, JOHN: “Euthanasia in England: Courts, Committees and Consistency” en *Medicine and Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1997) pp. 805-811.
- KEOWN, JOHN: *Euthanasia examined. Ethical, clinical and legal perspectives* (Cambridge, Cambridge University Press, 1998, 3rd. Edition).
- KOCH, TOM: “The challenge of Terri Schiavo: lessons for bioethics”, *J Med Ethics*, 2005 31: 376-378.
- KOTTOW, MIGUEL: *Introducción a la Bioética* (Santiago, Editorial Universitaria, 1995).
- KOTTOW, MIGUEL: “Bioética del comienzo de la vida ¿cuántas veces comienza la vida humana? *Bioética*, 2001, vol. 9 - nº 2, disponible en http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/243
- KOTTOW, MIGUEL y ANGUITA, VERÓNICA: *Bioética Católica. Márgenes de Interpretación de las Enseñanzas Magisteriales* (Santiago, CINBIO, Ediciones Especiales nº 5, s/a de edición).
- KRAUT, ALFREDO JORGE: *Los Derechos de los Pacientes* (Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1997).
- KÜNSEMÜLLER, CARLOS, “Responsabilidad penal del acto médico”; *Revista Chilena de Derecho*, Tomo XIII, (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986) pp. 259-269.
- LABATUT, GUSTAVO: *Derecho Penal (Parte Especial)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969).
- LACADENA, JUAN RAMÓN: “Status del embrión previo a su implantación” en *Federación Internacional de Universidades Católicas: La vida humana, origen y desarrollo* (Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1989) pp. 36 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- LARRAÍN CRUZ, RAFAEL (recopilador): *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993).
- LAVADOS, MANUEL Y SERANI, ALEJANDRO: *Ética Clínica: Fundamentos y aplicaciones* (Santiago, Ediciones Universidad Católica, 1993).
- LEÓN CORREA, FRANCISCO JAVIER: “Las voluntades anticipadas: análisis desde la experiencia de la ética clínica”, *Revista Colombiana de Bioética*, Vol. 3 N° 2, Diciembre 2008, pp. 83-101.
- LEVENE, RICARDO: “La nueva ley de trasplantes”, *Signos Universitarios: Miscelánea, Año I, N° 2*, 1979.
- LEWIS, PENNEY: “The Empirical Slippery Slope from Voluntary to Non-Voluntary Euthanasia”, 35 *J.L. Med. & Ethics* (2007) pp. 197 y ss.
- LICEA GONZALEZ, BENIGNO: *El delito de auxilio e inducción en el suicidio: Homicidio con consentimiento de la víctima*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/172/21.pdf>.
- LIFSHITZ, ALBERTO: *El significado actual del “primun non nocere* disponible en http://www.facmed.unam.mx/eventos/seam2k1/junio_2k2.pdf.
- LOLAS, FERNANDO: *Escritos sobre vejez, envejecimiento y muerte* (Iquique, Universidad Arturo Prat, 2002).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: *El consentimiento en el Derecho Penal* (Madrid, Dykinson, 1999).
- LOPEZ BOLADO, JORGE DANIEL: *Los médicos y el código penal* (Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991).
- LÓPEZ DE LA VIEJA, TERESA: *La pendiente resbaladiza. La práctica de la argumentación moral* (Madrid, Plaza y Valdés, Colección Dilemata, 2010).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- LUNA, FLORENCIA (editora): *Decisiones de vida y muerte, eutanasia, aborto y otros temas de ética médica* (Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1995).
- LUNA, FLORENCIA y SALLES, ARLEEN: *Bioética* (Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998).
- LUZON PEÑA, DIEGO – MANUEL: *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Barcelona, Bosch, 1978).
- MANNINEN, BERTHA: “A case for justified non-voluntary active euthanasia: exploring the ethics of the Groningen Protocol”, *J Med Ethics* 2006; 32:643–651.
- MANRIQUEZ BUSTOS, EDMUNDO: *Protección penal de la vida humana en su primera etapa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963).
- MARCOS DEL CANO, ANA MARIA: *La Eutanasia, estudio filosófico – jurídico* (Madrid, Marcial Pons, 1999).
- MARIN GAMEZ, JOSE ANGEL: “La Eutanasia desde la perspectiva del Derecho comparado. Especial atención a los casos holandés y norteamericano” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996) pp. 139 – 171.
- MARTÍN, JUAN CARLOS: “Hidratación y nutrición al final de la vida”, *Endocrinol Nutr* 2004; 51(4):197-201
<http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/12/12v51n04a13060919pdf001.pdf>.
- MARTÍNEZ, KOLDO: “Los documentos de voluntades anticipadas”, *Anales CF Navarra*, Vol. 30, Suplemento 30, 2007.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO LUIS: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997).
- MARX, MICHAEL: *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut” Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre* (Heymanns, 1972)

BIBLIOGRAFÍA

- MASSINI CORREA, CARLOS: *El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos*, en http://www.academiavita.org/index.php?option=com_content&view=article&id=132%3Acarlos-i-massini-correas-el-derecho-a-la-vida-en-la-sistemica-de-los-derechos-humanos&catid=1%3Aevangelium-vitae-e-diritto&Itemid=67&lang=it
- MASSINI CORREAS, CARLOS: “La teoría del Derecho Natural en el tiempo posmoderno”, *Doxa* N° 21, 2, 1998, pp. 289-304.
- MASSINI, CARLOS y SERNA, PEDRO (editores): *El Derecho a la Vida* (Pamplona, Eunsa, 1998).
- MATERSTVEDT, LARS JOHAN: “Palliative care on the ‘slippery slope’ towards euthanasia?”, *Palliative Medicine*, 2003; 17: 387-392.
- McCORMACK, PAULA: “Quality of life and the right to die: an ethical dilemma” en *Journal of Advanced Nursing* (Glasgow, Scotland, 1997) pp.63-69.
- MELLADO, PATRICIO: “Muerte cerebral. Aspectos clínicos y legales” en *Cuadernos de Neurología* Vol. XXIV, 2000, disponible en http://escuela.med.puc.cl/publ/Cuadernos/2000/pub_05_2000.html.
- MENANTEAU, HERNÁN: *De los sujetos de los delitos en contra de la vida* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2004).
- MESROGLI, M; SCHNEIDER, J. AND MASS, D.H.A.: “Early pregnancy factor as a marker for the earliest stages of pregnancy in infertile women”, *Human Reproduction*, Vol. 3, No. 1, pp. 113-115, 1988.
- MEZGER, EDMUND: *I Derecho Penal* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957).
- MILLER, FRANKLIN G. & MEIER, DIANE E.: “Voluntary Death: A Comparison of terminal dehydration and Physician - Assisted Suicide” en *Perspectives, Annals of Internal Medicine*, volume 18 n° 7 (Estados Unidos, American College of Physicians, 1998) pp. 559 - 562.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- MISSERONI, ADELIO: “Consideraciones jurídicas en torno al concepto de eutanasia” en *Acta Bioethica* año VI n° 2 (Santiago, Programa Regional de Bioética OPS/OMS, 2000) pp. 247 – 264.
- MOLINA GUAITA, HERNÁN: “El Fin del Estado” en *Revista de Derecho Público*, volumen 57/58 (Santiago, 1995) pp. 84 y ss.
- MONGE SÁNCHEZ, FERNANDO: *Persona humana y procreación artificial* (Madrid, Ediciones Palabra S.A., Primera Reimpresión, 1988).
- MONZÓN, JL; SARALEGUI, I; ABIZANDA, I. ET AL, “Recomendaciones de tratamiento al final de la vida del paciente crítico”, *Medicina Intensiva* 32/3 (2008), pp. 121-133.
- MORENO VALENCIA, FERNANDO: “La moralidad en la política”, en *Ius Publicum*, n° 1, 1998 (Santiago, Universidad Santo Tomás, 1998) pp. 164 y ss.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, IGNACIO: *Eutanasia y derecho penal* (Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1994).
- NEGRI, STEFANIA (editor): *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care. - Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspectives* (Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011).
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *Ética y derechos humanos* (Barcelona, Ariel, 1989).
- NINO, LUIS FERNANDO: *Eutanasia. Morir con Dignidad, Consecuencias jurídico penales* (Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994).
- NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO: *El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina* disponible en <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>.

BIBLIOGRAFÍA

- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno” *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2002, vol.13, p.161-186.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre 2004, p. 139-16.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, 11 (2): 15 - 64, 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 12 (2): 13 - 41, 2006.
- NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO: “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales” en *Estudios Constitucionales*, junio, año/volumen 5 N° 1 (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, 2007) pp. 59-88.
- NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO: “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el Decreto Supremo que regula la distribución de la píldora del día después (levonorgestrel 0.75 mg)”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, pp. 361-372.
- NOMBELA CANO, CESAR ET AL: La eutanasia, perspectiva ética, jurídica y médica, disponible en [http://eprints.ucm.es/11693/1/La Eutanasia perspectiva etica juridica y medica.pdf](http://eprints.ucm.es/11693/1/La_Eutanasia_perspectiva_etica_juridica_y_medica.pdf).
- NOVAK, MICHAEL: *Morality, Capitalism and Democracy* (London, IEA Health and Welfare Unit, 1990).
- NOVOA MONREAL, EDUARDO: *Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL: *Historia del Derecho a morir* (Oviedo, Editorial Forum S.A, 1998).
- NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL: *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad. Problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995* (Madrid, Tecnos, 1999).
- NÚÑEZ, RICARDO: *Derecho Penal Argentino*, T. III, (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1962).
- NUSSBAUM, MARTHA Y SEN, AMARTYA (compiladores): *La calidad de vida* (México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1996).
- OGG & RAY: *Introduction to American Government* (N.York & London, 1945).
- OLLERO TASSARA, ANDRES: “Derecho y Moral entre lo público y lo privado”, en *Estudios Públicos* n° 69, verano de 1998 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1998) pp. 225 y ss.
- OLLERO TASSARA, ANDRÉS: “Eutanasia y Culturalismo: Derecho, moral y religión en una sociedad pluralista”, en *Cuadernos de bioética*, vol. 12, n° 44, 2001, pp. 44-54.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Alivio del dolor y tratamiento paliativo del cáncer: Informe de un Comité de Expertos* (Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1990).
- OTLOWSKI, MARGARETY: *Voluntary Euthanasia and the Common Law* (Oxford, Clarendon Press, 1997).
- PALOMINO, RAFAEL: *Las objeciones de conciencia* (Madrid, Montecorvo, 1994).
- PECES BARBA MARTINEZ, GREGORIO: *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995).
- PECES-BARBA, GREGORIO: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, (Madrid, Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999).

BIBLIOGRAFÍA

- PELLEGRINO, EDMUND & THOMASMA, DAVID: *For the Patient's Good* (Oxford University Press, 1988).
- PÉREZ PORTILLA, KARLA: *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1589/6.pdf>.
- PERMUT, STEPHEN R.: “Physician – Assisted Suicide: Legal Considerations” en *Hospital Medicine*, vol. 34 n° 8, pp. 11 – 20.
- PESSINI, L. Y BARCHIFONTAINE, C.P.: “Eutanasia: Por que abreviar a vida?” en AAVV, *Problemas atuais de bioética.*, 7ª ed. (São Paulo, Loyola, 2005) pp. 371-406.
- PESSINI, LEO y BERTACHINI, LUCIANA: “Nuevas perspectivas en cuidados paliativos”, *Acta bioeth.* [online]. 2006, vol.12, n.2 pp. 231-242 disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726569X2006000200012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1726-569X. doi: 10.4067/S1726-569X2006000200012.
- PINTO BASTOS JUNIOR, LUIS MAGNO: “Utilización del Derecho Constitucional Comparado en la interpretación constitucional: Nuevos retos a la teoría constitucional”, *Estudios Constitucionales* Año 5, N° 2, 2007, pp. 457-466.
- PIZZORUSSO, ALESSANDRO: “Las generaciones de derechos”, en AAVV, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Universidad Complutense de Madrid, 2001, pp. 493-512.
- POLITOFF, SERGIO ET AL: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, 2ª. Edición).
- PUCA, ANTONIO: “El caso de Nancy Beth Cruzan” en *Medicina y Ética*, volumen IV n° 4 octubre – diciembre de 1993 (México D.F, Universidad Anáhuac, 1993) pp. 99 – 120.
- PULIDO QUECEDO, MANUEL: “Eutanasia y ayuda al suicidio. Caso Pretty c. Reino Unido”, *Tribuna* (RTC n° 6), disponible en http://www.aranzadi.es/online/areas/penal/artpub/bib_2002_624_rtc6.html

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- QUERALT, JOAN: “La eutanasia: perspectivas actuales y futuras”; *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1988) volumen 41, N°1 pp.115-136.
- QUERALT, JOAN: *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras* (Madrid, A.D.P.C.P., 1988).
- RACHELS, JAMES: *The End of Life. The Morality of Euthanasia* (Oxford University Press, 1986).
- RAWLS, JOHN: *Teoría de la Justicia* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1979).
- RAWLS, JOHN: *Liberalismo Político* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996, 2ª. Reimpresión).
- REICHLIN, MASSIMO: “L’Eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative” en AAVV, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull’etanasia* (Padova, Fondazione Lanza, 2001) pp. 173-203.
- REQUERO IBÁÑEZ, JOSÉ LUIS: *El testamento vital y las voluntades anticipadas. Aproximación al ordenamiento español*, disponible en <http://www.institutodebioetica.org/casosbioetic/formacioncontinuada/testamentovital/requero.pdf>.
- RETAMALES, AVELINO: “Autonomía del paciente: Los testigos de Jehová y las alternativas a la transfusión”, *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 2006, 71 (4), pp. 280-287.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO: “El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España”, *Revista de Derecho Político* (Madrid, UNED, N° 71-72, enero-agosto 2008) pp. 439-477.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO: *Eutanasia y derechos fundamentales* (Madrid, Tribunal Constitucional, 2008).
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO: “Eutanasia y derechos fundamentales”, *Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Año IX – N° 13- Novembro 2009*

BIBLIOGRAFÍA

- RICHARDSON, ROBERT G.: *The Politics of Euthanasia*, (Tesis doctoral, School of History and Politics, University of Adelaide, 2008).
- RIETJENS, JUDITH A. C. & VAN DER MAAS, PAUL J. & ONWUTEAKA-PHILIPSEN, BREGJE D. & VAN DELDEN, JOHANNES J. M. & VAN DER HEIDE, AGNES: “Two Decades of Research on Euthanasia from the Netherlands. What Have We Learnt and What Questions Remain?”, *Bioethical Inquiry* (2009) 6, pp. 271–283
- RÍOS, JAIME: “El consentimiento en materia penal”, *Polít. crim.* n° 1, 2006. A6, p. 1-37.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, EMILIO: *El Derecho civil y la Constitución ante la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *El interés del menor* (Madrid, Dykinson, 2007).
- ROA, ARMANDO: *Ética y Bioética* (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1998).
- ROBINSON, REV. SIMON: “La Libertad Moral en Michael Novak y R.H. Tawney” en *Estudios Públicos* n° 55, invierno de 1994 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1994) pp. 230 y ss.
- RODRÍGUEZ, RAMÓN: *Derecho Constitucional* (México DF, UNAM, 1978).
- RODRÍGUEZ GUERRO, ÁNGEL Y CHUAQUI JAHIATT, BENEDICTO: “Notas sobre la evolución del concepto de dignidad” en *Ars Medica*, volumen 4, n° 6, 2002 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002) pp. 10 y ss.
- RODRÍGUEZ LUÑO, ANGEL: *Eluana Englaro II. La legge sul testamento biológico*, 2 de marzo de 2009, disponible en www.eticaepolitica.net, p. 1.
- RODRÍGUEZ MOYA, ALMUDENA: “Objeción de conciencia a tratamientos médicos: ¿eutanasia?” en *Boletín de la Facultad De Derecho*, núm. 19, 2002 pp. 443 y ss.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- RODRÍGUEZ Y., EDUARDO: “El Estatuto del Preembrión” en *ARS Médica. Revista de Estudios Médicos Humanísticos*, Volumen 1, n° 2 – 1999 (Santiago, facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, 1° edición).
- RODRÍGUEZ Y., EDUARDO: “La eutanasia y sus argumentos. Reflexión crítica” en *Ars Médica* vol. 2 n° 2, 2000 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000), pp. 45 – 58.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA: “El marco jurídico - penal de la eutanasia en el derecho español” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* n° 13, 2do. cuatrimestre, 1987 (Granada, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1987), pp.189 - 205.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA: *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994).
- ROQUÉ SÁNCHEZ, MARÍA VICTORIA: “La calidad de vida, un mensaje cifrado” en *Persona y Bioética*, año 4, n° 11, Septiembre – Diciembre, 2000, año 5, n° 12, enero – abril, 2001 (Bogotá, Universidad de La Sabana, 2001), pp. 82 – 91.
- ROTH, LOREN; MEISEL, ALAN; LIDZ, CHARLES: “Tests of competency to consent to treatment”, *Am J Psychiatry* 134(3), 1977, pp. 279-84.
- ROVIRA, ANTONIO: “Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado”, *Revista de las Cortes Generales*, 67, 2006, pp. 19 y ss.
- ROXIN, CLAUS: *Allgemeiner Teil I*, 1994.
- ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito (Madrid, Civitas, 1997).
- ROXIN, CLAUS: “El tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-10 (1999), disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html

BIBLIOGRAFÍA

- ROYES, ALBERT: “La Eutanasia y el Suicidio Médicamente Asistido”, *Psicooncología*, Vol. 5, Núm. 2-3, 2008, pp. 323-337.
- RUEDA, LAURA Y SOTOMAYOR, ANGÉLICA: “Bioética y discapacidad psiquiátrica: Aspectos clínicos y jurídicos” en PATRICIA SOROKIN (coordinadora), *Bioética: entre utopías y desarraigos* (Buenos Aires, Ad – Hoc, 2002).
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO: “Sobre el concepto de igualdad” en CARBONELL, MIGUEL (editor): *El principio constitucional de igualdad*, México, 2003, disponible en <http://foroderecho.blogcindario.com/2009/04/00834-el-principio-constitucional-de-igualdad-miguel-carbonell.html>.
- RUIZ-TAGLE VIAL, PABLO: *Chile debe tener una nueva Constitución*, disponible en <http://www.pabloruiz-tagle.cl/blog/2008/10/08/chile-debe-tener-una-nueva-constitucion-seminario-universidad-central-25-de-agosto-2008/>.
- RUSCALLEDA, J.: “Estado vegetativo persistente. Contribución neurorradiológica”, *Medicina intensiva*, Vol. 28, Nº. 3, 2004, pp. 116-122.
- SAADA, ALYA y VALADÉS, DIEGO. (coordinadores): *Panorama sobre la Legislación en materia de Genoma Humano en América Latina y El Caribe* (México D.F., Taller del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2006).
- SABALETE MOYA, JOSE IGNACIO: *El secreto médico. Aspectos jurídicos*, disponible en <http://www.leysab.com/descargas/secretomedico.pdf>.
- SALDAÑA, MARÍA NIEVES: “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego” en http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/5618/El_derecho_a_la_privacidad_en_Estados%20Unidos.pdf?sequence=2.
- SANCHEZ GONZALEZ, MIGUEL: “Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia” en *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (Noesis, 1995).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, ENRIQUE: *La Eutanasia ante la Moral y el Derecho* (Universidad de Sevilla, 1999).
- SANCHEZ-OSTIZ, PABLO: “¿Todos tienen derecho a la vida?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 11-11 (2009).
- SANTIBÁÑEZ TORRES, MARÍA ELENA Y VARGAS PINTO, TATIANA: “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley 20.480)”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 38 N° 1, pp. 193 - 207 [2011].
- SAPAG, MARIANO: “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado”, *Dikaion*, Vol. 22, Núm. 17, diciembre-sin mes, 2008, pp. 157-198, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/720/72011607008.pdf>
- SAUNDERS, CECILY: “Preface” en DAVIES, ELIZABETH, HIGGINSON, IRENE, (ed.) *The solid facts: palliative care* (Copenhagen, WHO Regional Office for Europe, 2004).
- SCHANK, KLAUDIA Y SCHOOPYANS, MICHEL: *Euthanasie. Le dossier Binding-Hoche*, Traduction de l’allemand, présentation et analyse, (Paris, Éditions Le Sarment, 2002), disponible en castellano en <http://perso.infonie.be/le.feu/ms/divesp/euthhnes.htm>.
- SCHNEIDERMAN, LJ; JECKER, NS & JONSEN, AR: “Medical futility: its meaning and ethical implications”, *Annals of Internal Medicine* 112 (1990), pp. 949-954.
- SCOLA, ANGELO (editor): *Qué es la vida? Bioética al debate* (Madrid, Ediciones Encuentro, 1999).
- SENSEE RIMASSA, CARLOS: “Interpretación Constitucional; Distingo entre situación de comprensión y situación de interpretación, como base para una noción crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista de Derecho Público*, Volumen 67, 2005.

BIBLIOGRAFÍA

- SEOANE, JOSÉ ANTONIO: “El perímetro de la objeción de conciencia médica”, *InDret*, Barcelona, Octubre de 2009, disponible en http://www.indret.com/pdf/682_es.pdf.
- SEOANE, JOSÉ ANTONIO: “Las autonomías del paciente”, *Dilemata* año 2, 2010, n° 3, pp. 61-75.
- SEOANE, JOSE ANTONIO: “Derecho e instrucciones previas”, *Derecho y Salud*, Volumen 22, Extraordinario XX Congreso Asociación de Juristas de la Salud, 2011, pp. 11-31.
- SEOANE, JOSE ANTONIO: “Regulación jurídica de las instrucciones previas en España”, *Derecho y Salud* 21/2 (2011) pp. 7-12
- SERNA BERMÚDEZ, PEDRO: “La dignidad humana en la Constitución Europea”, en *Comentarios a la Constitución Europea, Tratados* (Valencia, Tirant, 2004), pp. 199 y ss.
- SERNA, PEDRO Y RIVAS, PEDRO: “La decisión política de despenalizar la eutanasia”, *Boletín Científico de la Asociación Chilena de Seguridad*, junio/diciembre, 2001, pp. 50-61
- SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos de derechos* (Buenos Aires, La Ley, 2000).
- SERRA, ÁNGELO: “El embrión humano, ciencia y medicina” en Federación Internacional de Universidades Católicas: *La vida humana, origen y desarrollo* (Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1989), pp. 50 y ss.
- SERRANO RUIZ-CALDERON, JOSÉ MIGUEL: “Alimentación, cuidado y tratamiento: Una deriva irracional y una posible enmienda en la eutanasia por omisión”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 11, 2010.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, JOSÉ MIGUEL: ”Eutanasia y objeción de conciencia”, en *Libertad y conciencia en el ejercicio de las profesiones sanitarias, Segundo Congreso ANDOC*, disponible en

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

http://eprints.ucm.es/11912/1/actas_andoc_eutanasia_y_bojeci%C3%B3n..pdf

- SEUBA TORREBLANCA, JOAN y RAMOS GONZALEZ, SONIA, “Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, Working Paper nº: 138, InDret 02/2003, http://www.indret.com/pdf/138_es.pdf.
- SGRECCIA, ELIO: *Manual de Bioética* (México D.F., Editorial Digna, 1996, 1ª edición).
- SHAND-KLAGGES, BEATRIZ: “Nutrición en los pacientes en estado vegetativo: ¿cuidado básico o tratamiento?”, *Persona y Bioética* (Universidad de La Sabana, Colombia) Vol 15, No 2 (2011) en <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/articula/view/1580/2045>
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA: “La servicialidad del Estado: sus fundamentos constitucionales” en *Revista de Derecho Público*, volumen 57/58 (Santiago, 1995), p. 77.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO y SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA: “I Artículos de doctrina en Derechos Humanos en la Constitución de 1925”, *Ius et Praxis* vol.9, no.1 (Talca, 2003) p.245-257.
- SILVA RUIZ, P.: “El Derecho a morir con dignidad y el testamento vital” en *Revista General de Derecho* N° 592-593 (enero-febrero 1994), Puerto Rico
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA: “Los Indeseados Como Enemigos. La Exclusión De Seres Humanos Del *Status Personae*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>.
- SILVA SILVA, HERNAN: *Manual de derecho penal: delitos especiales* (Santiago, Thomson Reuters Puntotex, 2010).

BIBLIOGRAFÍA

- SIMÓN LORDA, PABLO: “La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas” en LIDIA FEYTO GRANDE (Editora): *Estudios de Bioética* (Universidad Carlos III (Madrid). Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, 1997).
- SIMÓN LORDA, PABLO: *El consentimiento informado* (Madrid, Editorial Triacastela, 2000).
- SIMON-LORDA, PABLO ET AL: “Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras”, *Temas de Bioética*, disponible en http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/anestesiologia/uso_correcto_palabras.pdf
- SIMON-LORDA, PABLO y BARRIO-CANTALEJO, INES MARIA: “El caso de Inmaculada Echevarría: implicaciones éticas y jurídicas”, *Med. Intensiva* [online]. 2008, vol. 32, n.9, pp. 444-451.
- SINGER, PETER: *Practical ethics* (Cambridge, University Press, 1993, 2d. Edition).
- SINGER, PETER: *Repensar la Vida y la Muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional* (Barcelona, Paidós, 1994).
- SIURANA APARISI, JUAN: “Ética en las decisiones clínicas ante pacientes incapaces”, *Veritas*, Vol. I, nº 15, (2006), pp. 223-244.
- SMITH, STEPHEN: “Evidence for the Practical Slippery Slope in the Debate on Physician-Assisted Suicide and Euthanasia”, *Med Law Rev.* 2005; 13: 17-44.
- SMITH, WESLEY: *Forced Exit. The slippery slope from assisted suicide to legalized murder* (New York, Random House, 1997, 1st. Edition).
- SOLOZÁBAL, JUAN JOSE: “Principialismo y orden constitucional”, disponible en http://ddd.uab.cat/pub/worpap/1998/hdl_2072_1311/ICPS155.pdf.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- SORIANO, RAMÓN: “La objeción de Conciencia: Significado, fundamentos jurídicos y positivación en el Ordenamiento Jurídico Español” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* n° 58, Octubre – Diciembre, 1987 (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987), pp. 79-80.
- SOTO KLOSS, EDUARDO: “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad” en *Revista de Derecho Público*, volumen 57/58 (Santiago, Universidad de Chile, 1995), p. 27.
- SPAEMANN, ROBERT: “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, N° 19 1988, pp. 13-33.
- SPAEMANN, ROBERT: “¿Son todos los hombres personas?”, *Cuadernos de Bioética* 31, 3° 1997, pp. 1027-1033.
- SQUELLA, AGUSTÍN: *Derecho y Moral, ¿tenemos obligación moral de obedecer el Derecho?* (Valparaíso, Edeval, 1989).
- SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, JOSÉ MARÍA: El consentimiento informado en el llamado “testamento vital”. Sus límites. Alcance del principio “lex artis ad hoc”, *VI Congreso Iberoamericano De Academias De Derecho, Problemas Jurídicos Actuales Sobre La Vida Y La Muerte*, disponible en http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=vi congreso Suarez Sánchez, consulta 4/1/10.
- SULMASY, D.P.: “What is conscience and why is respect for it so important?”, *Theor Med Bioeth* 2008, 29: 135-149.
- TABOADA, PAULINA: “El principio de proporcionalidad terapéutica en las decisiones de limitar tratamientos”, *Boletín Escuela de Medicina Pontificia Universidad Católica* N°27, 1998 (Santiago, Pontificia Universidad Católica), pp. 17 – 23.
- TABOADA, PAULINA; RODRÍGUEZ, ALEJANDRA Y VERCELLINO, MAGDA: “Dimensión ética del morir” en *Ars Médica* vol. 2 n° 2, 2000 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000), pp. 31 – 44.

BIBLIOGRAFÍA

- TAPIA, MAURICIO: “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, *Revista de Derecho*, Vol. XV, diciembre 2003, p. 75-111.
- TIETZE, ANDREA: “La autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán”, *Revista de Derecho*, Vol. XV, diciembre 2003, pp. 113-130.
- TOLEDANO TOLEDANO, JESÚS: *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España* (Barcelona, Atelier, 1999).
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN: *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999).
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN: *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (Art.143)* (Barcelona, Tirant lo Blanch, 2000).
- TORIO LÓPEZ, ÁNGEL: *Intervención en la Comisión Especial sobre el estudio de la Eutanasia*, 20 de Septiembre 1999, VI Legislatura 1999, Comisiones N° 471, Diario del Senado, España.
- TORRALBA, FR.: *Antropología del cuidar* (Madrid, Institut Borja de Bioética/Fundación Mapfre Medicina, 1998).
- TÓRTORA ARAVENA, HUGO: “Las limitaciones constitucionales al derecho a la vida”, *Nomos*, Universidad de Viña Del Mar, N° 3 (2009), pp. 175-201.
- TRENCHS SÁINZ DE LA MAZA, VICTORIA ET AL: “Limitación terapéutica en cuidados intensivos”, disponible en <http://www.medynet.com/usuarios/jraguilar/Limitacion%20terapeutica%20en%20cuidados%20intensivos.pdf>.
- TROWELL, HUGH: *The unfinished Debate on Euthanasia* (London, SCM Press, 1987).
- TRUBO, RICHARD: *An act of Mercy: Euthanasia today* (Los Angeles, Nash Publishing, 1973).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN: “Comienzo de la persona humana. Aspectos biológicos, filosóficos y jurídicos” en *Cuadernos Jurídicos* n° 2 (Santiago, Universidad Central de Chile, 2000), pp. 109 y ss.
- UHLMANN, MICHAEL (editor): *Last Rights? Assisted Suicide and Euthanasia Debated* (Washington D.C, Ethics and Public Policy Center, 1998).
- UNIVERSITY OF ARKANSAS FOR MEDICAL SCIENCE, “Qué son las instrucciones anticipadas sobre cuidados médicos?” disponible en <http://www.uamshealth.com/upload/docs/patients/advance%20medical%20directives%20-%20spanish.pdf>.
- URIBE ARZATE, ENRIQUE ET AL: “La protección jurídica de las personas vulnerables”, *Revista de Derecho* N° 027 Julio (Universidad de Barranquilla, Colombia, 2007), pp. 205-229.
- URIBE, TULIA MARIA: “El autocuidado y su papel en la promoción de la salud”, disponible en <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd26/fulltexts/0467.pdf>.
- URRACA, SALVADOR (editor): *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (Barcelona, Editorial Noesis, 1995).
- VALDERRAMA SANDOVAL, ANTONIETA Y LÓPEZ BARREDA, RODRIGO: “Conciencia moral: ampliando su aplicación en salud. Aspectos teóricos y prácticos de los juicios de conciencia en Chile”. *Acta bioeth.*, 2011, vol.17, n.2, pp. 179-188.
- VALENZUELA, PILAR ET AL: “Pautas de manejo clínico de embarazos gemelares”, en *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, vol. 74 n° 1 Santiago 2009, pp. 52-68.
- VARELA, FRANCISCO: *El fenómeno de la vida* (Santiago, Dolmen ediciones S.A, 2000).
- VARELA DEL SOLAR, JORGE LUIS: “Estudios sobre el artículo primero de la Constitución de 1980” en *Revista Chilena de Derecho*,

BIBLIOGRAFÍA

volumen 11, n° 2 y 3, 1984 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984), pp. 392 y ss.

- VASAK, KAREL: "Pour une troisième génération des Droits de l'Homme", en AAVV: *Études et essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (Ginebra, 1984).
- VERDUGO MARIO, PFEFFER, EMILIO Y NOGUERA, HÉCTOR: *Derecho Constitucional, Tomo I* (Ed. Jurídica de Chile, 1994).
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO: "La propietarización de los derechos" en *Revista de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIV (1991-1992) pp. 281-291.
- VERHAGEN, EDUARD AND SAUER, PIETER J. J.: "Euthanasia in Severely Ill Newborns", Perspective, *New England Journal of Medicine*, 352;10 march 10, 2005.
- VERNANT, JEAN-PIERRE: "La bella muerte y el cadáver ultrajado", en *El individuo, la muerte y el amor en la Antigua Grecia*, Barcelona, Paidós, párrafo citado disponible en <http://www.temakel.com/texmitmheroica.htm>.
- VIAL CORREA, JUAN DE DIOS: "Derecho a la vida y la persona humana" en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Antofagasta, editada por Universidad Católica del Norte, año 5, 1998) pp. 7 y ss.
- VILLARROEL SOTO, RAÚL: "Derechos individuales y deberes de Estado: consideraciones bioéticas en torno al debate sobre la anticoncepción de emergencia en Chile". *Acta bioeth.*, Nov 2007, vol.13, no.2, pp.190-198.
- VILLE, CLAUDE: *Biología* (México D.F., Nueva editorial interamericana, 1990, 7° edición).
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: "Alcances constitucionales, en relación con la Carta Fundamental de la República de Chile de 1980, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" en *Ius publicum*, n° 5 (Santiago, Universidad Santo Tomás, 2000) pp. 115 - 128.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “Bien morir: Análisis crítico de jurisprudencia constitucional y penal” en *Ars Médica*, vol. 2 n° 2 – 2000 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000) pp. 83 – 98.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que postula la despenalización de la eutanasia” en *Boletín Jurídico* n°3 de la Universidad Europea de Madrid (Madrid, Universidad Europea de Madrid, 2000, en CD).
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “El principio de proporcionalidad terapéutica y el rechazo a los tratamientos médicos”, *Boletín Científico*, Asociación Chilena de Seguridad, números 5 – 6 año 3 Junio/Diciembre 2001 (Santiago, 2001) pp. 68 – 76.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: La solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty”, *Acta Bioethica*, N° 2 2002 (Santiago, OPS/OMS, 2002) pp. 299-313.
- VIVANCO MARTINEZ, ÁNGELA: “Los derechos de los ancianos. Las paradojas bioéticas de la ancianidad en la perspectiva de los derechos de tercera generación”, *Ars Médica*, Vol. 4, n° 6 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003) pp. 155 – 179.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “La Eutanasia ante el Derecho: Definición y penalización de la conducta eutanásica”, *Ars Médica*, N° 12 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006) pp. 53 – 92.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “Legislación relativa al genoma humano en Chile” en A. Saada y D. Valadés (*coordinadores*): *panorama sobre la Legislación en materia de Genoma Humano en América Latina y El Caribe* (México D.F., Taller del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2006) pp. 147-182.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “La píldora del día después”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 3 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008) pp. 543-577.

BIBLIOGRAFÍA

- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “La situación biojurídica de los niños y adolescentes con discapacidad intelectual”, *Ars Medica*, N° 16 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008) pp. 69-91.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “Negativa de un menor de edad y su familia a que este reciba terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la jueza de familia de Valdivia, de 14 de Mayo de 2009” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 N° 2 (2009).
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “El aborto terapéutico: un nuevo intento de despenalizar el aborto en el Derecho Chileno”, *Ars Medica*, n° 18 (2009), pp. 61-91.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA: “El derecho a la vida y de la integridad física y psíquica en la Carta Fundamental de 1980” en NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE (editor), *20 años de la Constitución Chilena 1981 – 2001* (Santiago, Editorial jurídica ConoSur Ltda, 2001) pp. 143 – 164.
- VIVES- BOIX- ORTS- CARBONELL- GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008).
- VON HIPPEL, ROBERT: *Deutsches Strafrecht, I, Allgemeine Grundlagen* (reimpresión de la edición de 1924, Berlín 1925).
- WARREN, MARY ANN: “El aborto. Aspectos éticos” en PETER SINGER (ed.), *Compendio de Ética* (Madrid, Alianza Editorial, 1995) pp. 417-432.
- WARREN, MARY ANN: “Sobre el status moral y legal del aborto” en FLORENCIA LUNA (editora): *Decisiones de vida y muerte, eutanasia, aborto y otros temas de ética médica* (Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1995) pp. 201. y ss.
- WEBER, MAX: *Economía y Sociedad* (México, F.C.E, 1944).
- WELLMAN, CARL: *Welfare rights* (New Yersey, Totowa, 1982).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- WELZEL, HANS: *Derecho Penal. Parte General* (DePalma, Buenos Aires, 1956).
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El Derecho dúctil* (Madrid, Trotta, 1995).
- ZAMBRANO, MARÍA DEL PILAR: *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político* (Buenos Aires, Universidad Austral-Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2005).
- ZIPF, HEINZ: *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Volumen 29 de Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie, Luchterhand, 1970.
- ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: “Perspectivas constitucionales y político–criminales sobre la legalización de la Eutanasia” en *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (Madrid, Noesis, 1996).

FUENTES NORMATIVAS

I. Fuentes legislativas y documentos oficiales

Chile

- ACTAS DE LA COMISION REDACTORA DEL CODIGO PENAL (121^a. Sesión, 24 de marzo de 1873).
- ACTAS OFICIALES DE LA COMISION CONSTITUYENTE DE LA CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980:
- Sesión 18 de 22 de noviembre de 1973 sobre Soberanía.
- Sesión 24 19 de marzo de 1974 sobre metas y objetivos de la Carta Fundamental.
- Sesión 40 de 14 de mayo de 1974 sobre Estado unitario y bien común.
- Sesión 84 de 4 de noviembre de 1974 (entera) sobre derecho a la vida.
- Sesión 87 de 14 de Noviembre de 1974 (entera) sobre derecho a la vida.
- Sesión 88 de 19 de noviembre de 1974 sobre preámbulo de la Constitución y DD.HH.
- Sesión 89 de 21 de Noviembre de 1974 (entera) sobre derecho a la vida.
- Sesión 90 de 25 de Noviembre de 1974 (entera) sobre derecho a la vida.
- Sesión 92 de 2 de diciembre de 1974 sobre encabezamiento de las Garantías Constitucionales.
- Sesión 93 de 5 de Diciembre de 1974 (entera) sobre derecho a la vida.
- Sesión 94 de 12 de Diciembre de 1974 (entera) sobre pena de muerte y eutanasia.
- Sesión 296 de 9 de Junio de 1977 sobre incorporación de nuevos miembros a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.
- Boletín N° 6522-11 titulado Sobre interrupción terapéutica del embarazo.
- CÓDIGO CIVIL
- CÓDIGO PENAL

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA
- Decreto Supremo N° 1150 de 1980, aprueba el texto de la Constitución Política de la República.
- Diario de Sesiones Cámara de Diputados, Legislatura 355ª, Sesión 56ª (martes 31 de julio de 2007).
- Diario de Sesiones del Senado, Sesión 11ª, Legislatura Extraordinaria 1998 – 1999.
- JUNTA DE GOBIERNO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y CARABINEROS DE CHILE, Bando N° 5, Disponible en <http://www.udesarrollo.cl/cursos/scl/CODSCL/2sem/LOD116/seccion2/lecturas/044.pdf> (sitio consultado en febrero de 2012).
- Ley 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley N° 19.451 de 1996 y sus modificaciones, sobre trasplante y donación de órganos.
- Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia.
- Ley n° 20.120, sobre Investigación científica en seres humanos, su genoma y prohibición de clonación.
- Ley n° 20.584, de 24 de abril de, regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.
- PROYECTO DE LEY CONTENIDO EN BOLETÍN N° 3690-11, Regula la aplicación de la eutanasia en los casos que indica. PROYECTO DE LEY CONTENIDO EN BOLETÍN N° 4201-11, Establece regulación legal de la eutanasia.
- PROYECTO DE LEY CONTENIDO EN BOLETÍN N° 4270-11, Proyecto de ley sobre derechos de los pacientes..
- PROYECTO DE LEY CONTENIDO EN BOLETÍN N° 4271-11, Proyecto de ley que establece el derecho a la muerte digna.

FUENTES NORMATIVAS

- PROYECTO LEY DE LA RÉPUBLICA DE CHILE. BOLETÍN N° 4201-11. Establece regulación legal de la Eutanasia.
- Reglamento N° 570 del Ministerio de Salud de Chile, Reglamento para la internación de las personas con enfermedades, 14 de julio de 2000.
- Decreto Supremo n° 140, Reglamento orgánico de los servicios de salud, 24 de septiembre de 2004.

Alemania

- CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (BGB).
- CÓDIGO PENAL.

Australia

- NORTHERN TERRITORY OF AUSTRALIA: *Rights of the Terminally Ill Act 1995*.
- NORTHERN TERRITORY OF AUSTRALIA: *Rights of the Terminally Ill Act 1995 amended 1996 (draft)*.
- NORTHERN TERRITORY OF AUSTRALIA: *Rights of the Terminally Ill Bill*.

Bélgica

- Ley de 28 de Mayo de 2002 relativa a la eutanasia (M.B. du 22.06.2002).

Colombia

- CÓDIGO PENAL, actualizado al año 2000.

España

- CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA de España de 2011.
- CÓDIGO PENAL.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
- Real Decreto 2070/1999, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

Estados Unidos

ESTADO DE OREGÓN: *The Oregon Death with Dignity Act*, (1994-1997).

Holanda

- Ley de terminación de la vida a petición propia y auxilio al suicidio de Holanda, de 1 de abril de 2002.

México

- CÓDIGO PENAL FEDERAL, actualizado al 2010.

Naciones Unidas

- ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), *Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, Ginebra, Mayo 2009.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 13 de diciembre de 2006.
- Plataforma de Acción. Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (Nueva York: UN, 1994).

FUENTES NORMATIVAS

Reino Unido

- Policy for Prosecutors in respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide Issued by The Director of Public Prosecutions, February 2010.

Uruguay

- LEY ORGÁNICA 9.202 del 12/01/1934, del Ministerio de Salud Pública.

II. Fuentes jurisprudenciales

Chile

- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 1935, caso de Rogelia Maldonado, *Gaceta de los Tribunales* 1935 – 2, 123 – 414.
- CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ de 24 de Marzo de 1992 sobre negativa por razones religiosas a que se practique transfusión de sangre, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIX (1992), N° 2 (Mayo-Agosto), Sección 5.
- CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA de 22 de Agosto de 1995, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCII (1995) N° 3 (Septiembre- Diciembre), Sección 5.
- CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, CHILE. Rol 1034-2007. 11/02/2008 (Derecho a la vida y objeción de conciencia)
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 9 de Agosto de 1984, sobre huelguistas de hambre de la Parroquia de San Roque, *Gaceta Jurídica*, 50, Santiago, 1984, pp. 76-79.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n° 525 – 91, 4 de junio de 1991 (sobre preminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n° 13.597 – 94, 26 de septiembre de 1994 (sobre la jerarquía de los Tratados o Convenciones Internacionales).

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- CORTE SUPREMA (CHILE): Sentencia de fecha 1° de julio de 2002, sobreseimiento definitivo de causa contra General (R) Augusto Pinochet Ugarte.
- CORTE SUPREMA, Rol 4267-2006 (Trata el tema de la Igualdad ante la Ley y las acciones arbitrarias que atentan contra el principio).
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO de fecha 19 de Mayo de 2009, autos Rol N° 1.191-2008-INA (sobre Inaplicabilidad de norma que tipifica el delito de hurto de energía eléctrica).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE: Sentencia de fecha 18 de Abril de 2008 en autos Rol n° 740-007 (sobre Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE: Sentencia de fecha 31 de Enero de 2006 en autos Rol n° 464-01-006 (sobre Requerimiento formulado por veinte señores Senadores con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la actuación del Presidente del Senado y de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de dicha Corporación, durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional que establece un principio proporcional y representativo en el sistema electoral).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 24 de febrero de 1987 (sobre Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional de partidos políticos). *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 84, sección 6°, p. 4, rol N° 43, considerandos 20 y 21. Publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1987.

FUENTES NORMATIVAS

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE: Sentencia de 13 de Agosto de 1995, rol 220/95 sobre Control de constitucionalidad del proyecto de Ley de Trasplantes.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE: Sentencia de 27 de marzo de 2012, rol 2159/12 Control de constitucionalidad del proyecto de Ley, aprobado por el Congreso Nacional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Boletín N° 4398-11).

Argentina

- JUZGADO DE FAMILIA DE NEUQUÉN, Argentina: Sentencia de 20 de marzo de 2006.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA BONAERENSE. Causa Ac. 85.627, "S., M. d. C. Insania". (Rechaza pedido de autorización de un curador para interrumpir la asistencia artificial que sostiene con vida a su cónyuge en estado vegetativo).
- CORTE DE MAR DEL PLATA: Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata, respeto de la paciente J.L.C., s/ Acción de Amparo, sentencia del 06/12/96.

Canadá

- CASE OF R.V LATIMER: *Reasons of Judgement by Chief Justice J.A. Tallis, concurred in by J. Sherstobitoff* (July 18, 1995).
- CASE OF R.V. LATIMER: *Reasons of Judgement by Chief Justice CJS Bayda* (July 18, 1995).
- CASE OF REGINA V. BRUSH (March 2, 1995, Ontario)
- CASE OF RODRIGUEZ AT THE SUPREME COURT OF CANADA.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- RODRIGUEZ V. BRITISH COLUMBIA (Attorney General) 1993.SPECIAL PROSECUTOR'S REPORT (June 21, 1995, Canada, about R.V Latimer).

Colombia

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Fallo que despenalizó el aborto (C-355 de 2006).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, año 1997, autos rol n° C-239/9 (Sobre el homicidio por piedad y la eutanasia).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, fallo C-1058 de 2003 (sobre Derecho a la Igualdad).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-410/1994, Expediente No. D-517 (sobre Igualdad formal y Principio de no Discriminación).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-673/01 (sobre Test de Razonabilidad).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-432, 29 de mayo de 1992 (sobre Igualdad ante la Ley).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-488/98 (sobre Deberes de la personas y del ciudadano enfermo de SIDA).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Fallo que despenaliza la eutanasia de 20 de Mayo de 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-008/10, 14 de enero de 2010 (libre desarrollo de la personalidad).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- ASUNTO PRETTY C. REINO UNIDO (DEMANDA N° 2346/02)29 April 2002.
- ASUNTO ÜNAL TEKELI C. TURKEY (16 de noviembre de 2004).

FUENTES NORMATIVAS

- ASUNTO KONSTANTIN MARKIN C. RUSSIA (22 de marzo de 2012).
- ASUNTO PLA Y PUNCERNAU C. ANDORRA (15 de diciembre de 2004).
- ASUNTO MUÑOZ DÍAZ C. ESPAÑA (Demanda N° 49151/09) de 8 de diciembre de 2009).
- ASUNTO ANDREJEVA C. LETONIA (Demanda n° 55707/00) 18 de febrero de 2009).
- ASUNTO HAAS C. SUIZA (Demanda n° 31322/07), 20 de Junio de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OPINIÓN CONSULTIVA OC5/85 (sobre los artículos 13 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

España

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA:

- STC 53/1985.
- STC 70/1985.
- STC 120/1999.
- STC 154/2002.
- STC 120/1999.
- STC 107/2000.
- STC 13/2001.
- STC 41/2002.
- STC 274/2005.
- STC 341/2006.
- STC 117/2006.
- STC 39/2007.
- STC 62/2008.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

- STC 7/2009.
- STC 9/2010.
- STC 37/2011.

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS (1ª), 12 enero 2001.
- STS (1ª), 11 mayo 2001.
- STS (1ª), 30 junio 2009.
- STS (3ª), 9 mayo 2005.
- STS (3ª), 22 junio 2005.

Estados Unidos

- AMICUS BRIEF REGARDING PHYSICIAN ASSISTED SUICIDE PRESENTED BY CHOICE IN DYING TO THE US SUPREME COURT (October Term, 1996).
- BRIEF AMICUS CURIAE FOR THE NATIONAL HOSPICE ORGANIZATION IN SUPPORT OF PETITIONERS (Supreme Court of United States, October Term, 1996).
- BRIEF FOR BIOETHICS PROFESSORS AMICUS CURIAE in cases *Vacco* and *Glucksberg*.
- BRIEF OF THE PROJECT ON DEATH IN AMERICA, OPEN SOCIETY INSTITUTE, AS AMICUS CURIAE FOR REVERSAL OF THE JUDGEMENT BELOW by Robert A. BURT (attorney for Amicus Curiae).
- CASE OF *NANCY CRUZAN, HER PARENTS v. DIRECTOR, MISSOURI DEPARTMENT OF HEALTH* (June 25, 1990).
- CASE OF *VACCO, ATTORNEY GENERAL OF NEW YORK et al v. QUILL*.

FUENTES NORMATIVAS

- CASE OF WASHINGTON ET AL V. GLUCKSBERG ET AL HORVITZ & LEVY, HOWIE, BRUCE G.: *Amicus curiae brief in support of Michael Schiavo as guardian of the person of Theresa Marie Schiavo (filed with the consent of the parties)*, Supreme Court of Florida, N. SC04-925 Lower Tribunal No. 2D04-2045, July 27, 2004.
- ROE VS. WADE, 410 U.S. 113 1973.
- SENTENCIA DE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT ABOUT GLUCKSBERG.
- U.S. Supreme Court CRUZAN v. DIRECTOR, MDH, 497 U.S. 261 (1990) 497 U.S. 261 CRUZAN, BY HER PARENTS AND CO-GUARDIANS CRUZAN ET UX v. DIRECTOR, MISSOURI DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF MISSOURI No. 88-1503.
- UNITED STATES DISTRICT COURT. Western District of Washington at Seattle. No C94-119R, 3 de mayo de 1994.
- VACCO VS. QUILL, 521 U. S. 793, 1997.
- WASHINGTON VERSUS GLUCKSBERG, 521. U. S. 702, 1997.

Francia

- COUR DE CASSATION – ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE. 99-13.701. Arrêt du 17 novembre 2000 (L'arrêt Perruche).

Gran Bretaña

- HOUSE OF LORDS: *AIREDALE NHS TRUST-V-BLAND*, 4 de febrero de 1993.
- COURT OF APPEAL: Ms B. v. an NHS Hospital, judgement of 22 March 2002.
- HOUSE OF LORDS: R (on the application of Purdy) (Appellant) v Director of Public Prosecutions (Respondent) *on appeal from*: [2009] EWCA Civ 92 30 July 2009.

LA DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO CHILENO

Italia

- CORTE D'APELLO DI MILANO: Sentencia reclamo in grado d'apello ex. Art. 739 c.p.c. caso Eluana Englaro.

Venezuela

- TRIBUNAL SUPREMO DE VENEZUELA, Sentencia 1024, 3 de mayo de 2000 (sobre el principio de no discriminación).

RESUMEN

El sistema jurídico chileno contiene límites considerables a la disposición de la vida humana. El Código penal, entre los delitos contra las personas, contempla figuras generales basadas en la conducta de “matar a otro” como el homicidio, parricidio o femicidio, pero no incluye tipos de eutanasia u homicidio piadoso ni atenuantes o eximentes de responsabilidad asociadas con el consentimiento de la víctima. Por el contrario, el auxilio al suicida es penado cuando se verifica la muerte del sujeto.

La investigación doctoral examina la pertinencia constitucional de esta realidad legal, a partir de su confrontación con los principios contenidos en la Constitución de 1980, la jurisprudencia y las normas sobre derechos de los pacientes. El estudio realizado permite definir con mayor precisión los límites antes indicados y concluir que la respuesta constitucional chilena acerca de la autonomía y libre desarrollo de la personalidad del sujeto no incluye la posibilidad de que el paciente terminal solicite que se le dé muerte ni tampoco disponer de su vida por representación si se encuentra en situación de incapacidad. Por el contrario, sí admite la opción de rechazar tratamientos médicos aunque sean vitales y el derecho a dejar directrices anticipadas a este respecto.

ABSTRACT

Chilean legal system puts substantial limitations on person's disposal of his/her own life. The Criminal Code includes crimes based on “not to kill” prohibition such as homicide, parricide o femicide, but not certain types of euthanasia or mercy killing, nor cases of mitigation or exemption of criminal responsibility related to victim's will. Moreover, assisted suicide is punished when victim's death is verified.

The doctoral research studies the constitutional relevance of this legal situation from the perspective of the 1980-Constitution's principles, case-law and legal norms regarding patients' rights. The research defines more accurately the aforementioned legal limits and concludes that the Chilean constitutional answer regarding autonomy and free development of personality does not entail the legal protection for his/her own life's disposal, both for competent and incompetent terminal patients. On the contrary, it entails the withdrawal of medical treatments, even life-sustaining treatments, and the right to issue advance directives on this subject.

RESUMO

O sistema xurídico chileno contén límites considerabéis á disposición da vida humana. O Código penal, entre os delitos contra as persoas, contempla figuras xerais baseadas na prohibición de “matar a outro” como o homicidio, o parricidio ou o femicidio, mais non inclúe tipos de eutanasia ou homicidio piadoso nin atenuantes ou eximentes da responsabilidade asociadas ao consentimento da vítima. Ao contrario, o auxilio ao suicida é sancionado cando se verifica a morte do suxeito.

A investigación doutoral examina a pertinencia constitucional desta realidade legal, confrontándoa cos principios contidos na Constitución de 1980, a xurisprudencia e as normas sobre dereitos dos pacientes. O estudo permite definir con maior precisión os devanditos límites e concluír que a resposta constitucional chilena verbo da autonomía e o libre desenvolvemento da personalidade non inclúe a posibilidade de que o paciente terminal solicite que se poña fin á súa vida, nin tampouco que se toma tal decisión por representación en caso de incapacidad. Porén, si admite a opción de rexeitar tratamentos, mesmo de carácter vital, e o dereito ás instrucións previas.