



El presente artículo corresponde a un archivo originalmente publicado en **Ars Medica, revista de estudios médicos humanísticos**, actualmente incluido en el historial de **Ars Medica Revista de ciencias médicas**. El contenido del presente artículo, no necesariamente representa la actual línea editorial. Para mayor información visitar el siguiente vínculo: <http://www.arsmedica.cl/index.php/MED/about/submissions#authorGuidelines>

La eutanasia ante el derecho. Definición y penalización de la conducta eutanásica

Angela Vivanco Martínez
Profesora de Derecho Constitucional, Derecho y Bioética
Facultad de Derecho Miembro del Centro de Bioética
Pontificia Universidad Católica de Chile

1. El ambiente “eutanásico” en el Chile de hoy

Recientemente se presentó por los diputados Fulvio Rossi y Juan Bustos, en el Congreso Nacional, el proyecto de ley contenido en el Boletín 4201-11, el cual propone agregar, en el Libro I del Código Sanitario, el título VI con sus artículos 54 bis a 54bis Ñ, suscitándose un gran debate al respecto. En ellos se incluye el concepto de “eutanasia pasiva” como sinónimo de “derecho de todo paciente terminal otorgar o denegar su consentimiento a cualquier procedimiento médico que estime invasivo, complejo o innecesario” y como “eutanasia activa” el derecho de que “todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar podrá solicitar por razones humanitarias, y de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano”.

Estas definiciones, el ámbito de “derechos” que contemplan y sus connotaciones conceptuales no solo trasgreden el ámbito constitucional chileno, sino que ignoran una larga elaboración jurídica penal sobre la eutanasia, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio del destino del proyecto referido, conviene abordar la situación conceptual y positiva de la eutanasia ante el Derecho para vislumbrar su estatuto vigente y las bases de este, en torno a la inequívoca realidad de que la eutanasia es un atentado contra la vida humana que debe ser objeto de penalización.

2. El concepto de “eutanasia” y sus contenidos

El tema de la eutanasia es tan antiguo como la historia del hombre. Sin embargo, fue desde la segunda mitad del siglo XX que el tema se llegó a considerar por ciertos autores y corrientes de pensamiento una manifestación de la libertad humana e, incluso, como la demostración de autonomía del individuo frente al Estado, premunido el primero de la facultad de determinar por sí mismo cuándo la vida constituye o no un elemento digno de ser mantenido.

Esta postura ha sido fuertemente criticada por el Magisterio de la Iglesia, que ha definido a 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” 1, lo cual alude al acto de matar o a la omisión que significa dejar morir, respecto de la cual se agrega que ello significa un agradable final para la propia vida o la de otros 2, tentación posible frente a las múltiples posibilidades que ofrece la 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 sucederá 3.

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” 4.

En lo referente a las personas que son sus destinatarias, se ha definido asimismo a la eutanasia como una conducta de acción o de omisión “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” 5, 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 angustia” 6 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” 7.

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” 8, 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 este.

De estas definiciones, es posible extraer rasgos fundamentales que constituyen los elementos de la eutanasia: 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.

a) Tipo de conducta

Existe consenso entre los autores y tratadistas que se trata de una conducta activa u omisiva, lo cual ha dado origen a las clasificaciones que algunos utilizan en cuanto a distinguir eutanasia activa y eutanasia pasiva 9. Sin embargo, no se trata de una acción u omisión cualquiera, sino de aquellas 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.

b) Naturaleza de la conducta

La conducta lleva aparejada una expresa intención, por lo cual no puede ser considerada de aquellas calificadas por el resultado, y que consiste 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 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 este para que se quite la vida, en caso de padecimiento 10. No compartimos esta postura, ya que, como explicaremos enseguida, no es posible 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 más distintivo de la conducta eutanásica consiste precisamente en que esta se configura al matar a otro, es decir, la determinación 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

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 del suicidio asistido, y es movido expresamente por razones piadosas.

Como se verá en el punto siguiente, 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, sufrir, quemarse u otro tipo de padecimiento, le da muerte precisamente para que no sufra.

d) Sujeto destinatario de la conducta

Al respecto, es necesario realizar varias distinciones, ya que este es un aspecto en el que suele no darse demasiada coincidencia de los autores:

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”, ya que consideran, por ejemplo, que la conducta eutanásica se encuentra validada cuando se produce dentro de una relación médico-paciente 11. Pese a lo anterior, ese requisito no puede ser estimado indispensable, ya que la eutanasia se puede producir respecto de una persona que no sea paciente de centro asistencial o de facultativo alguno, y que, sin embargo, presente una situación de padecimiento severo, que la justifique a juicio del que actúa.

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, la de pariente, etc., por las mismas razones antedichas, hemos de concluir que esa relación puede servir para determinar, frente a la eutanasia considerada como un delito, si concurren atenuantes o agravantes de responsabilidad, pero en lo absoluto puede ser mirada como definitoria 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, la cual mueve a quien actúa a la piedad. A menudo se considera que la eutanasia es una forma específica de abordar la situación de un paciente terminal 12 –ello, fundamentalmente, porque la casuística de la eutanasia indica que un gran número de casos se refieren precisamente a esas circunstancias–, pero las tendencias actuales de interpretación acerca del sentido mismo de este acto u omisión indican sin duda que 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 malformaciones 13, etc.

Particularmente, en lo que se refiere a los padecimientos psicológicos o morales, un sector nada despreciable de la doctrina ha considerado que condiciones tales como “la carencia absoluta de techo y de las condiciones más elementales de vida” 14 o “quien perdió la vista definitivamente, quien ve a su hijo mutilado en forma horrorosa, quien perdió manos y pies” 15 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.

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 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 cuestión.

De allí, entonces, que podamos aseverar, al menos someramente, que las razones humanitarias de la eutanasia no están definidas por la gravedad o entidad del padecimiento de la víctima, sino por la razón que mueve al autor a actuar, la cual puede ser objetivamente desesperada, como no serlo, pero aparecer de acuerdo con su visión de la realidad como intolerable para quien la sufre o soporta. 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.

e) Razón o causa de la conducta

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

Más allá de la pretensión ya referida, en orden a pretender objetivizar las razones o causas por las cuales el padecimiento de otro conduce a la acción u omisión eutanásica, la tendencia actual cada vez se inclina con mayor certeza 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 vida digna de ser conmisericordada, 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 encuentra 16.

De esta forma, se realza la extrema subjetividad de la conducta eutanásica, la cual no es superada por el hecho de establecer legislativamente las situaciones que autorizan a cometerla, ya que tales listados no resultan ser otra que el criterio estatal sobre cuáles vidas no merecen la pena de ser vividas, lo que resulta igualmente subjetivo.

Sin embargo, conviene puntualizar que la exigencia de obrar por piedad no puede considerarse 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: “Desde el punto de vista subjetivo, es este 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, en general, 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 homicida” 17.

f) Consentimiento de la víctima

Otro elemento fuertemente debatido, en torno a la eutanasia, consiste en si esta 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.

Al respecto, si bien admitimos la existencia de posturas encontradas, tendemos a pensar que la eutanasia se configura aun sin el consentimiento de la víctima por las siguientes razones:

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 solo merecen esta “muerte piadosa” quienes puedan solicitarla o quienes fueron suficientemente previsores como para estipular su autorización por anticipado 19.

f.3 Resulta difícil considerar la concurrencia jurídica de la representación para decidir la muerte de un individuo

Más bien parecemos estar en presencia de la manifestación de pesar y de angustia de quienes se interesan por la situación de una víctima que sufre o que se encuentra en un estado “indigno”.

De acuerdo con estas someras directrices, y procurando presentar al lector un concepto operativo 20, entenderemos “eutanasia” como una forma de disposición de la vida consistente en “la acción u omisión deliberada que tiene como expresa intención poner término a la vida de otra persona, por causas humanitarias, ya sea a su pedido o sin que medie tal solicitud” 21. 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 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 de la víctima 22.

3. Otros conceptos relacionados con la eutanasia

A. La diferencia entre eutanasia y suicidio asistido

Pese al gran desarrollo que ha logrado el estudio actual sobre la eutanasia, ello no ha impedido que ciertos autores o incluso fallos provenientes de los tribunales de justicia hayan confundido en más de alguna oportunidad la eutanasia con el suicidio asistido, y ello se debe precisamente a la última de las características de esta figura, que consiste en que su comisión puede contar o no con el consentimiento de la víctima.

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 inconciencia o de incapacidad jurídica para prestarlo–, la verdad es que en muchas ocasiones este no se requiere o incluso se le considera innecesario, porque se presume lo que el paciente hubiese querido o porque el autor es el que se convierte en intérprete de lo que serían sus deseos o incluso de lo que le resulta conveniente, más allá de su propio parecer 23.

En consecuencia, si bien, en muchos casos de eutanasia, esta es solicitada por la víctima, no es tal circunstancia la determinante en el tipo –por lo que no debe confundirse con el homicidio consentido, si bien puede adoptar la forma de este muchas veces– sino las razones humanitarias por las que actúa quien incurre en la conducta.

Sin embargo, cuando estamos en presencia de la eutanasia solicitada, es decir, de aquella que se puede apreciar como voluntaria, erróneamente hay quienes la confunden 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. Esta segunda conducta, consistente en “darse muerte uno mismo, con la activa participación de otro en tal acto, el cual lo asiste y/o facilita la terminación de la vida” 24, importa ciertas diferencias con la eutanasia: Se trata de una figura que consiste en darse muerte uno mismo, es decir, en que la misma persona

que muere es la que tiene el control y la propiedad de la conducta; el tercero participa facilitando o cooperando a que la muerte se produzca, pero no causándola; y, por último, las causas que mueven a este a asistir al suicida pueden ser de naturaleza humanitaria –como en la eutanasia– porque el autor está gravemente enfermo o sufriendo, pero pueden existir otras muy diferentes, como un auxilio prestado a cambio de una retribución económica, o cumpliendo una orden de un superior o de una persona que tiene cierta ascendencia moral sobre este, etc. En consecuencia, así como el suicida puede tener muy diversas causas para querer quitarse la vida, asimismo, quien lo asiste puede tener otras tantas que lo llaman a hacerlo 25.

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.

B. Eutanasia y ensañamiento terapéutico, también llamado distanasia

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 indignidad 26.

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, también llamada ensañamiento terapéutico o, por otros autores, encarnizamiento terapéutico, 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 este y para su familia 27.

La gravedad que tiene la existencia de estas conductas no solo es que ignoran totalmente la dignidad y la libertad del paciente, sino que representan seguidamente la excusa o justificación que esgrimen quienes sostienen 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 solo 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.

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.

C. Eutanasia y ortotanasia

La idea de ortotanasia 28 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” 29, y tal actuación correcta puede reseñarse de la manera que sigue:

a) Se trata de una muerte “en su tiempo”, justa, sin acortamientos de la vida ni adelantamiento de la muerte.

b) Asimismo, tampoco se produce en el proceso final la prolongación de la vida ni el retraso de la muerte 30.

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 eutanasia.

Con el elemento que sí guarda profunda relación este concepto es con la omisión 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 peligro 31. 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 socioeconómicos, 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” 32.

De esta forma, podríamos decir que la ortotanasia corresponde al sector de omisiones validadas por el derecho en lo que corresponde al tratamiento de una enfermedad terminal, 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 esta puede resultar inevitable.

C.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 ya famosos cuidados paliativos, los cuales representan técnicas destinadas a “paliar el dolor, cuando ya no hay posibilidades reales de salvar la vida” 33, y que tienen como idea inspiradora la de ofrecer al enfermo que sufre este tipo de padecimientos una posibilidad distinta a la solicitud de eutanasia, la que se estima que en muchos casos se produce no porque el paciente desee verdaderamente la

muerte, sino porque se encuentra sumido en una profunda depresión y abandono o porque está siendo forzado a una serie de tratamientos inútiles, que no hacen otra cosa que aumentar sus sufrimientos y su desesperación 34.

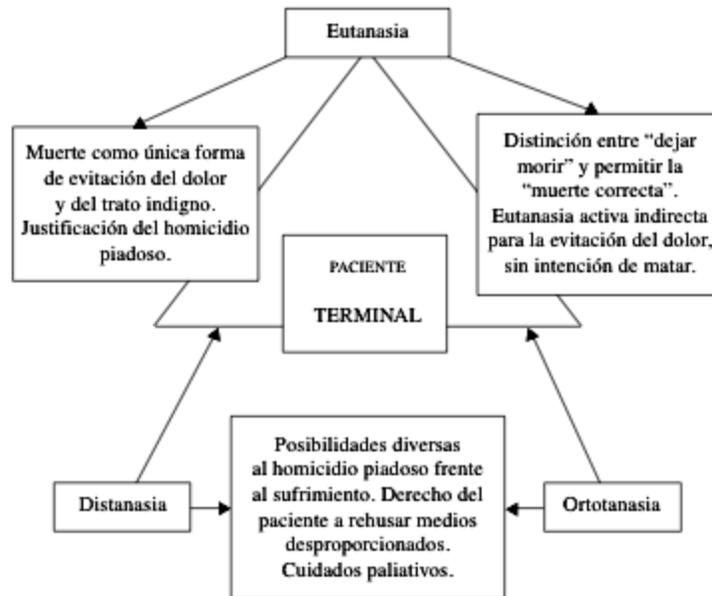
De allí, entonces, que la ortotanasia y su obrar “correcto” frente al momento de agonía y sufrimiento se identifican precisamente con la oferta de tales cuidados, la que representará una forma más humana y caritativa de enfrentar la enfermedad con el enfermo: “El tratamiento paliativo tiene por objeto 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 proporcionar un sistema de apoyo a la familia para afrontar la enfermedad del paciente y sobrellevar el período de duelo” 35.

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 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” 36, ya que el riesgo que se corre con la aplicación de tales medidas es perfectamente adecuado a las necesidades del enfermo, aun cuando tenga como segundo efecto el aceleramiento de su proceso de muerte.

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

El siguiente esquema pretende explicar, en el ámbito contemporáneo, el triángulo de relaciones que representan estos tres conceptos.



De él podemos concluir lo siguiente:

A. La distanasia representa un severo atentado contra el paciente, sus derechos y su dignidad, que se ha transformado paulatinamente en una de las justificaciones principales de la solicitud de eutanasia.

B. La eutanasia representa la solución de muerte al problema del dolor y del sufrimiento humanos, y propugna que, frente a los padecimientos crónicos, las situaciones terminales o las situaciones irreversibles, conviene dar muerte al paciente.

C. La ortotanasia representa una respuesta diferente, que frena desde el punto de vista ético a la distanasia y que proporciona al enfermo otras posibilidades frente a sus dolencias: rehusar válidamente tratamientos desproporcionados y recibir cuidados paliativos, dentro de los cuales se comprende la evitación del dolor aun a riesgo de acortar su vida. Ello, aunque doctrinariamente recibe el nombre de eutanasia activa indirecta, no es en realidad eutanasia en virtud del principio del doble efecto.

4. La penalización de la eutanasia. El caso chileno

A) La vida como bien jurídico penalmente protegido

El Código Penal chileno contiene delitos contra la vida que se encuentran desperdigados en títulos distintos de este, pues originalmente no aludió a dicho bien jurídico para establecer sus categorías. De allí que se dé la situación, hasta cierto punto absurda, 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 37.

Sin embargo, y pese a estas dificultades, la doctrina penal chilena ha considerado invariablemente 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 entrampado 38. 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” 39. De esta forma, la vida humana no solo 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 aquellos 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 estas 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 refiere al cuerpo humano, a lo orgánico, comprendiendo en esta noción lo síquica también, pero en lo inherente al funcionamiento de lo que erradamente – pero con fines didácticos – podría llamarse la máquina humana...” 40. 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” 41.

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 42 y hasta cuándo la vida del ser humano es un bien protegido por el Derecho Penal.

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 esta debe gozar de tutela jurídica hasta su fin 43, 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 trasplantes.

El modelo de los delitos contra la vida parte del presupuesto de la indisponibilidad de esta por otro ser humano, estimándola desde este punto de vista como un bien inviolable. El hecho de que existan figuras tales como la legítima defensa no impide seguir considerando a la vida en estos términos, ya que en tal caso se trata de una situación de doble efecto, 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 para 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 o cuando menos una conducta atenuada ante una causa que lo justifica o que disminuye su reprochabilidad 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 fines altruistas, los que significarían estimarla como una conducta impune o atenuada respecto del homicidio 44.

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 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 suicido 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 en la discusión doctrinaria y en ciertas legislaciones 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 que esta, 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 punto de existir cierta interpretación jurídica en torno a la idea de que tal consentimiento implicaría la inexistencia de antijuridicidad en la conducta de este último 45. Tal cosa implicaría un derecho a morir que permitiría precisamente la comisión de la conducta 46.

Finalmente, digamos que la configuración chilena de los delitos contra la vida no hace distinciones respecto de la calidad de esta, 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.

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 solo 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” 47. De allí, entonces, que en la consideración del valor jurídico vida, la eutanasia como figura penal plantea, 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.

5. El homicidio y sus formas. Matar a otro. Posibilidad de identificar a la eutanasia con las figuras penales de homicidio

El artículo 391 del Código Penal sanciona el 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, como lo es el caso particular de la eutanasia, que no cuenta con una figura especial en la ley vigente 48. 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, cuyo es el caso del parricidio y del infanticidio.

A. Aspectos objetivos de la conducta

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 este viene dado por la producción de muerte de una persona 49:

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

La acción matadora no tiene ninguna restricción en las figuras comunes de “matar a otro”. Sin embargo, al revisar el concepto mismo de eutanasia e identificarla con el homicidio cometido por piedad o por razones humanitarias, ello de suyo impide que en la acción matadora se utilice cualquier clase de medio, sino aquel que de acuerdo con 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 solo 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” 50.

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 o con premeditación conocida.

Algunas de las circunstancias referidas presentan relación con la eutanasia:

a.1 Obrar con alevosía

Esta es la circunstancia primera del artículo N° 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.

La doctrina también hace hincapié en que la alevosía implica una suerte de ánimo “traicionero”, ya que no solo 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” 51.

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 eutanasia 52.

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 de su crimen, sino que precisamente es un antecedente necesario a propósito de su propia relación de confianza con la víctima o del propio estado de ella, que es, en verdad, el que le exige –a su entender, en forma válida– que actúe.

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, 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) 53, este 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, la 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.

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 54.

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” 55, por lo cual no se trataba tan solo 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, más que la existencia de una frialdad de ánimo, a la premeditación como manifestación de “resolución firme, mantenida y meditada de delinquir” 56, 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 esta, cuando más bien debería estar fundada en el pensamiento detenido sobre la situación del individuo 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, aquellos en que la conducta se traduce en la infracción de una norma imperativa o mandato, todos ellos descritos por la ley) y los de omisión impropia (casos en los que la conducta que infringe una norma imperativa o mandato ocasiona como consecuencia el quebrantamiento de una norma prohibitiva, 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, la jurisprudencia ha estimado que para los delitos de 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 esta.

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 hace 57: En aquellos casos respecto de los cuales la ley ha consagrado un deber de actuar, por ejemplo, relación paterno-filial con el hijo; en aquellos en que la suscripción de un contrato ha creado un deber de garante para una de las partes, como en el caso del salvavidas; 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 daño 58 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.

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, aquel que padece de enfermedades degenerativas, etc., lo cual puede ir desde suspenderle alimentación y bebida, hasta evitar suministrarle medicamentos necesarios para la subsistencia o evitar ciertas terapias necesarias para que se mantenga. 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 clarificada 59, se plantean otras múltiples discusiones que hacen el tratamiento de la eutanasia por omisión bastante engorroso 60.

Es muy 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 ya se ha explicado, puesto 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 bebida.

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; pero, por otra –lo que es más grave, y que justifica 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” 61.

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 solo 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 el 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 dichas condiciones 62. En tales casos, la conducta omisiva, sin duda, se confunde con la activa (suspender alimentación, a través del retiro de una sonda), pero de lo que no cabe duda es que estos casos de eutanasia normalmente tratan de hacerse parecer, en vez de una omisión ilícita de quien tiene el deber de garante, como el cumplimiento de una condicionante ética por parte del mismo guardador, en orden a no mantener con vida a quien no lo hubiera querido.

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 que 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 este 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 dada la circunstancia.

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, aun más, por existir –tácita o expresamente señalado– un mandato de no hacerlo: “Lo contrario, aunque venga avalado por discutibles tesis jurisprudenciales, 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 sobre la base de la regulación actual, un posible delito de omisión de socorro, pues el socorro solicitado es precisamente lo contrario: suprimir la situación de sufrimiento” 63.

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 esta, como su simple puesta en peligro, la disminución de su calidad, etc., sino que necesariamente debe significar el fin de esta, la destrucción del sujeto corporal que implica la muerte. De allí, entonces, que el homicidio implique 64 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, naturalmente, surgen es el de estimar que, debido a 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 a lo que se refiere a la tipicidad subjetiva del delito, debe ser desechada sin lugar a dudas, pues, como muy bien lo ha dicho Luis Cousiño, el sistema penal chileno está elaborado sobre la piedra angular de que “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 aquellos 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 faltan el análisis de la antijuridicidad y el juicio de reproche de la culpabilidad 65. 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 solo 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” 66.

B. Aspectos subjetivos de la conducta

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

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 refiere 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 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 esta reside en el tipo, y para otros, en el juicio de reproche o culpabilidad. 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 esta 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

Si bien cierto sector de la doctrina considera que en algunos delitos debe existir un dolo específico, a diferencia de una suerte de dolo general de otras figuras penales, la verdad 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 esta emana, teniendo la intención de producir precisamente ese resultado.

Sin embargo, no deben confundirse la voluntariedad que implica la intención con el deseo de que se produzca el resultado o con el placer que este 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 actúe voluntariamente y a sabiendas que de su acción u omisión se derivará la muerte de esta 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 el deseo del autor haya sido ejecutar tal acto para eliminar a uno solo de los habitantes o de los pasajeros.

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

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 querer, es decir, ordenar la voluntad a matar a otro, sino el quererlo hacer para que su situación de sufrimiento, su padecer o su situación de mala calidad de vida terminen.

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 solo 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 generado una situación de doble efecto: producción de un resultado no querido, a partir de una acción ejecutada con miras a un resultado bueno, que es el alivio del dolor humano, sin tener otra forma de obtenerlo 67, lo cual ya se ha explicado vastamente.

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 por el uso de métodos de suyo matadores o que resultan un exceso innecesario respecto de los que se hubieran de verdad requerido para solo 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 el deseo 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 solo 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:

a) El dolo eventual no solo implica conocer la posibilidad del resultado de muerte que puede derivar de la acción, sino también 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 solo no busca, sino que no permanece indiferente ante el resultado de muerte, el cual se evita por todos los medios posibles.

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 que produce un paulatino acortamiento de la vida” 68 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 este 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 con la *lex artis*. Por otra parte, si tales métodos no son científicamente necesarios para aliviar el dolor del enfermo, o si este 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 justificar su actuar.

Constatamos, así, que la forma que adquiere el dolo del delito de homicidio es aplicable al de eutanasia, con la salvedad que la captación de la situación, volición y decisión no solo se ordena al matar a otro, sino al hacerlo para, es decir, hay una motivación determinada, que de estar ausente de esa manifestación de voluntad no deja a la conducta impune, pero sí la transforma en otro atentado contra la vida de naturaleza más general.

B.2 El criterio del consentimiento respecto de la eutanasia. Los parámetros jurídicos chilenos

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 con una gran cantidad de casos, ya sea con el consentimiento del paciente, con el de su familia o, incluso, con una cierta capacidad jurídica de presumir dicho consentimiento, sobre la base de lo que hubiera querido la víctima analizando elementos tales como su actual calidad de vida o el mejor interés de esta. 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 69. 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 una causal de justificación supralegal a la que alude la doctrina 70, sería menester responder a la interrogante de si la eutanasia debiera admitirse al tratamiento como una figura no consentida, de suyo consentida o que admite ambas variables.

La duda, obviamente, estriba en el hecho de 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 a 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 este 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 víctima no excluiría ni a la tipicidad ni a 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 con 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 este.

B.3 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 un atenuante de responsabilidad, en la medida que el dolor ajeno ocasiona en algunas circunstancias una profunda perturbación psíquica en el individuo ⁷¹.

En efecto, así como en el Derecho Comparado procede el perdón judicial cuando concurren en el sujeto activo dichos móviles de piedad ⁷², 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 para que se le dé muerte pueden ocasionar en quien es destinatario de estas solicitudes un impacto emocional de tal envergadura, que lo prive parcialmente de razón.

En esta “eximente incompleta” se constata que “existen condiciones de salud mental en las cuales el entendimiento y dominio de los propios actos no aparecen enteramente ausentes, pero sí disminuidos” ⁷³, entre los que se pueden contar los trastornos ocasionados por traumatismos psíquicos, los cuales en algunos casos pueden conducir al arrebató y obcecación, y en otros a considerar que se ha procedido de una manera irracional, motivada por un estado de extrema afectación, como puede ser una situación de dolor de tal envergadura que comprometa el poder de decisión del sujeto.

En síntesis, la eutanasia ha de estimarse una figura de homicidio y no admite despenalización por la vía de un pretendido derecho a la autonomía del sujeto o a la solución eutanásica como una medida que apunta a la preservación de la calidad de vida, lo que no impide establecer ciertas situaciones de intención y ánimo de quien actúa que importen atenuar la sanción que le corresponda en este tipo particular de homicidio.

Referencias

- 1 John Paul II. "The Gospel of Life". En: M. M. Uhlmann (editor), *Last Rights. Assisted Suicide and Euthanasia Debated* (Washington D.C, Ethics and Public Policy Center, 1998), pág. 227 (tomado de *Evangelium Vitae*).
- 2 *Ibíd.*
- 3 Cf. Porras del Corral M. "Eutanasia: un debate abierto". En: F. J. Ansuátegui Roig (coordinador), *Problemas de la Eutanasia* (Madrid, Dykinson, 1999), pág. 164.
- 4 Dick A. "Beneficent euthanasia and benemortasia: alternative views of mercy". En: D. J. Horan & D. Mall (editors), *Death, Dying, and Euthanasia* (Maryland, Aletheia Books, 1980), pág. 349.
- 5 Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe. En: J. Gafo Fernández, *10 Palabras Clave en Bioética* (Navarra, Editorial Verbo Divino, 1994), pág. 104.
- 6 Singer P. *Practical ethics* (Cambridge, University Press, 1993, 2d. Edition), pág. 217.
- 7 Rodríguez Yunta E. "La eutanasia y sus argumentos. Reflexión crítica". En: *Ars Medica* Vol. 2 N° 2 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000), pág. 46.
- 8 Sánchez Jiménez E., *óp. cit.*, pág. 26.
- 9 Figuras que, combinadas con los conceptos de eutanasia directa o indirecta, han causado graves confusiones terminológicas, como las que evidencia, a modo ejemplar, E. Gimbernat Ordeig, "Eutanasia, Constitución y Derecho Penal". En: *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (Madrid, Editorial Noesis, 1998), pág. 207-213.
- 10 "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": Peces G. - Barba Martínez, "La Eutanasia desde la Filosofía del Derecho". En: F. J. Ansuátegui Roig (Coordinador): *Problemas de la Eutanasia* (Madrid, Dykinson, 1999), pág. 17.
- 11 Gormally L., 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 solo 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), pág. 11.
- 12 Se insiste en tratarse de "una persona enferma irreversible, que vive en condiciones muy precarias, sin posibilidad de curación e indignas de su humanidad", *ibíd.*
- 13 Situación en la cual la eutanasia entronca con la figura del homicidio eugenésico, que en tales casos también se califica de piadoso.
- 14 Gómez López O. "El homicidio eutanásico. La piedad homicida". En: *Nuevo Foro Penal* N° 10. En: Farfán Molina F., *Eutanasia, Derechos Humanos y Ley Penal* (Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996), pág. 83.
- 15 *Ibíd.*
- 16 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: Gormally L., *óp. cit.*, pág. 22.

17 Supra nota 21, pág. 92.

18 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. Casado González M., *La Eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos* (Madrid, Reus S.A, 1994), pág. 46-47.

19 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 por qué no podrían estas causales ser extendidas a la eutanasia involuntaria (L. Gormally), *óp. cit.*, pág. 31.

20 Que ya hemos utilizado con anterioridad en nuestro estudio jurisprudencial “Bien morir: análisis crítico de jurisprudencia constitucional y penal”. En: *Ars Medica* Vol. 2 No 2 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000), pág. 83-97.

21 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) pág. 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.

22 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”.

23 Vid. Herranz G. “¿Qué ha pasado con Terri Schiavo? La pasión bioética de una nación” en *La Razón*, 22 de marzo de 2005, transcrito en <http://eticaarguments.blogspot.com/2005/04/que-ha-pasado-con-terry-schiavo-la.html>, sitio consultado en mayo de 2006: “El problema ante el que Terri nos fuerza a tomar posición es la cuestión, fuerte donde las haya, de si alguien puede ser el dueño de la vida de otro; en especial, de la vida de quien ni puede hacerse valer ni puede hacerla valer. Este es el problema que enciende las pasiones de los norteamericanos. Es lógico que discutan con ardor si un ser humano –un juez, un médico, un militar, un padre, un esposo– puede ser el dueño de la vida y del destino de otro ser humano. La vieja dialéctica de señores y siervos ha cambiado allí, y se ha convertido en la nueva racionalidad de la calidad de vida, de la dignidad personal, de la eficiencia productiva, de la titularidad para decidir. El problema de fondo es si se puede seguir reconociendo, o no, como humanos a quienes, como Terri, han venido a menos y se ven reducidos a una apariencia precaria y miserable, animada por algo meramente “vegetativo”, que los despoja de su autonomía y los dejan a merced de quienes quieran cuidar de ellos. No es la vida precaria de Terri lo que está en juego. Es la tremenda cuestión de la eutanasia de los extremadamente incapaces, de los muchos pacientes cuyo estado de conciencia ha decaído hasta el punto de no darse cuenta de lo que pasa a su alrededor, de tener que vivir dependiendo decisivamente de la ayuda que los demás quieran prestarles. En el fondo, lo que el drama de Terri encierra es esto: si el futuro está en ayudar a los dependientes o en abandonarlos a su propia debilidad”.

24 Este concepto pertenece a W. J. Smith, *Forced Exit. The slippery slope from assisted suicide to legalized murder* (New York, Random House, 1997), pág. s/n, “a word about terminology”,

quien aclara que las razones del que asiste al suicidio de otros son las mismas, muchas muchas, de quien ejecuta un acto eutanásico.

25 La pregunta que cabe hacerse es: si coincide la situación de sufrimiento de la víctima –que podría entonces causar piedad en quien la asiste–, si existe solicitud de la primera y se trata de una conducta omisiva, es decir, que se la deje morir, pero no que se la prive de la vida, interrumpiendo, por ejemplo, un tratamiento médico, desconectando un medio de soporte vital o suspendiendo la alimentación o hidratación, ¿estaremos en presencia de una conducta eutanásica o de un suicidio asistido? La verdad es que aquí se produce una encrucijada entre varias situaciones jurídicamente diversas, ya que puede darse una lícita interrupción de tratamientos médicos desproporcionados, una conducta eutanásica o un suicidio asistido, todo lo cual va a depender de la situación del paciente, de si existe o no un deber de garante de quien actúa o asiste y de la naturaleza del medio que se solicita suspender o interrumpir. Sin embargo, el hecho de que los contornos entre unas figuras y otras sean a veces difusos no significa bajo ningún supuesto que se trate de lo mismo.

26 “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”: Mosterín J. “El Último capítulo”, transcrito por A. Ruiz de la Cuesta, “Reflexiones sobre el derecho a vivir y a morir dignamente: su prescriptividad ética y jurídica”. En F. J. Ansuátegui Roig (Coordinador), Problemas de la eutanasia (citado), pág. 140.

27 “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 inconciencia, 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 batalla”: Dworkin R. El dominio de la vida (Barcelona, Ariel, 1994), pág. 234.

28 Proviene de las palabras griegas orthós, recto, y thánatos, muerte.

29 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), pág. 15.

30 Estas características corresponden al concepto vertido por Sánchez Jiménez E. La Eutanasia ante la Moral y el Derecho (Universidad de Sevilla, 1999), pág. 45.

31 De Ramiro Velázquez F. La eutanasia y la humanización de la vida, citando a Feimberg J. Harm to Self. The moral limits of criminal law (New York, Oxford University Press, 1986), pág. 49.

32 Íd., pág. 50.

33 Freyre Roach E. F. El problema de ayudar a morir (La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1994), pág. 38.

34 Cf. Zylicz Z. & Janssens M. J. En su artículo “Options in Palliative Care: Dealing with Those Who want to Die”. En: P. Taboada Rodríguez: “El derecho a morir con dignidad”. En: Acta Bioethica año VI n° 1 (Santiago, Programa Regional de Bioética OPS/OMS, 2000), pág. 34, indica cuáles son las razones más habituales por las que los enfermos terminales piden que se les ayude a acelerar su muerte: “Miedo, desgaste emocional, deseo de controlar la muerte, depresión y dolor insoportable”.

35 OMS: Alivio del dolor y tratamiento paliativo del cáncer: Informe de un Comité de Expertos

(Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1990), pág. 12.

36 Astudillo Alarcón W. et al. Cuidados del enfermo en fase terminal y atención a su familia (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A, 1997, 3a Edición), pág. 408.

37 Lo cual se ha procurado corregir en el anteproyecto de reforma del Código Penal emanado de la Secretaría Técnica del Foro Penal del Ministerio de Justicia, el cual reúne el articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005. En él se efectúa una nueva categorización de delitos en títulos dedicados a Homicidio y Lesiones y al Aborto, entre otros, sin referencia al bien jurídico atentado en este caso, el cual es, obviamente, la vida humana. Respecto de este proyecto, hacemos otros comentarios a lo largo de esta parte del trabajo.

38 “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”: M. Garrido Montt, El Homicidio y sus figuras penales (Santiago, Ediar-Conosur Ltda., 1976), pág. 10.

39 Labatut G. II Derecho Penal (Parte Especial) (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969), pág. 283.

40 Garrido Montt M. “Responsabilidad del Médico y la Jurisdicción”. Revista Chilena de Derecho Vol. 13 1986 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986), pág. 280-288.

41 Núñez R. Derecho Penal Argentino, T. III, pág. 24, citado en íd., pág. 11.

42 A propósito de las dificultades que se han presentado en la interpretación del Código Civil sobre el concepto de “persona” como sujeto de derechos, la mayoría de los autores coinciden en que esta es objeto de protección jurídica en lo penal por lo menos desde la anidación, coincidente con la definición de embarazo de la OMS. En lo que respecta a la protección constitucional, hemos brindado nuestros argumentos jurídicos para estimar al individuo protegido desde el momento de la concepción. En “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en la Carta Fundamental de 1980” en libro de AAVV, 20 Años de la Constitución Chilena 1981-2001 (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2001), pág. 143-164.

43 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 esa, no obsta a que la vida siga siendo un bien jurídico tutelado, ya que en el Código Penal no se hace en principio distingo 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: “Constituye igualmente homicidio dar muerte al moribundo, al enfermo de un mal incurable o al condenado a muerte”: Núñez R., óp. cit., pág. 49.

44 En el anteproyecto del Código Penal ya individualizado en la cita 37, se considera la conducta eutanásica como una modalidad atenuada de homicidio bajo la fórmula que quedaría en el artículo 83: “El que por motivos piadosos mate a otro, que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo”. Cabe señalar que, en esta figura atenuada, se exige la concomitancia de dos requisitos: la motivación piadosa y la expresa e inequívoca solicitud de la víctima, lo cual deja sin atenuación y como homicidio simple otras formas de eutanasia, como el homicidio piadoso de infantes, personas inconscientes o incompetentes para manifestar su voluntad, las cuales podrán ser objeto de atenuación en virtud de la circunstancia atenuante nueva que se introduce en el artículo 7o del Código: “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”. Cabe señalar que la atenuante referida disminuye la sanción del responsable por situaciones que motivaron, de acuerdo con un estado de ánimo, la valoración de una conducta, pero no traducen en derecho propio o ajeno dicha conducta. Del mismo modo, la motivación piadosa y la solicitud de la víctima permiten atenuar la pena del homicidio piadoso, pero de ningún modo considerarlo como manifestación de un derecho o una conducta validada por la autonomía o la libre disposición de la vida por parte de su titular.

45 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 tuvimos la oportunidad de comentar en nuestro artículo “Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que despenalizó la eutanasia”. En Boletín Jurídico N° 3 de la Universidad Europea de Madrid (Madrid, Universidad Europea de Madrid, 2000, en CD).

46 Vid. Vives-Boix-Orts-Carbonell-González Cussac. Derecho Penal. Parte Especial (Valencia, 1993) pág. 556: “Sólo la vida libremente querida por su titular merece protección penal (o su consideración como bien jurídico protegido)”, y M. 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), pág. 17-18: “La mayor amplitud de esta concepción sobre la disponibilidad de la vida comprende con facilidad, 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”.

47 García Aran M. óp. cit., pág. 25.

48 Pero que puede llegarla a tener bajo la fórmula del homicidio piadoso descrita en la cita 44.

49 Bustos J. Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Ariel, Barcelona, 1986), pág. 24.

25. Urraca Ramírez S. “Eutanasia y aspectos humanos en el morir”. En: Eutanasia hoy. Un debate abierto (citado), pág. 171.

51 Quintano Ripollés. Comentarios al Código Penal. En: S. Politoff et al.: óp. cit, pág. 116.

52 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. S. Politoff et al., óp. cit., pág. 119.

53 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 solo se entenderá como veneno una sustancia química, 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.

54 De llegar a prosperar la figura de “homicidio piadoso” en el Código Penal, es muy probable que, demostradas las dos condiciones que este exige, no se considerara el uso de veneno para calificar la conducta.

55 Citado en íd., pág. 129.

56 Novoa Monreal E. II Curso de Derecho Penal Chileno. En: S. Politoff et al., óp. cit, pág. 131.

59 “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 resolutoria 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”: L. F. Niño, *La Eutanasia, morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales* (Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994), pág. 111. 60 Siendo clara la situación del médico, no la es la de los restantes individuos cercanos al enfermo, por lo cual precisa la doctrina que “solo 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”: Gómez López O.: *óp. cit.*, pág. 168.

61 Leguina J. Voto de minoría en fallo STC 120/1990, comentado por I. Muñarrogui Laguia, *Eutanasia y Derecho Penal* (Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1994), pág. 51.

62 Probablemente el caso más famoso de tales presunciones de lo que el paciente hubiera deseado o no, es el de T. 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: Vid. Kennedy I. & Grubb A.: *Medical Law: Text with Materials* (London, Butterworths, 1994) pág. 1225-1226.

Fernández Bermejo M. Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I), pág. 3, comentado por I. Muñarrogui Laguia, *óp. cit.*, pág. 68-69. También Zulgaldia Espinar J. M.: “Algunas consideraciones sobre la eutanasia en las legislaciones penales de Colombia y España”. *Revista Chilena de Derecho* vol. 14 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987), pág. 245: “Como el deber del tratamiento médico decae cuando el paciente lo rechaza por libre voluntad, la adopción arbitraria de medios de cualquier clase... contra la voluntad del paciente puede integrar el delito de coacciones”.

64 De acuerdo con Labatut Glena G., *óp. cit.*, pág. 285-286.

65 Cousiño Mac Iver L. *I Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975), pág. 890.

66 Etcheberry A. *IV El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte Especial* (Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, 1966), pág. 16.

67 Keown J. “Euthanasia in England: Courts, Committees and Consistency”. En: *Med Law* (1997) 16, pág. 806: “Embracing the concept of ‘double effect’, it permits, for example, the administration of palliative drugs to ease distress even if, as an unintended consequence, they may incidentally shorten life. Similarly, it permits the withholding and withdrawal of “disproportionate” treatment even if the treatment could extend life. This is not “passive euthanasia” –intentional killing by omission– since the doctor’s intention is to withhold a disproportionate treatment, not to terminate life”.

68 González Rus J. J. “Formas de homicidio (2). Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”. En: Cobo del Rosal M. (Coordinador) *Derecho penal español: parte especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005), pág. 102.

De hecho, en el anteproyecto descrito en citas anteriores, el Foro Penal del Ministerio de Justicia ha considerado el homicidio piadoso como una figura de la misma naturaleza del tipo “matar a otro”, atenuada por las circunstancias del caso.

70 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”. De allí entonces que se podría considerar, de acuerdo al pensamiento de este autor, que los delitos configurados por 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. Vid. C. Roxin: *Über die Einwilligung im Strafrecht*. En: B. de la Gandara Vallejo: *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva* (Madrid, Editorial Colex, 1995), pág. 95.

71 Ello es, precisamente, lo que se evidencia en la introducción de este atenuante de responsabilidad en el artículo 7o del Código Penal por parte del anteproyecto del Foro Penal.

72 Díaz Aranda E. *Dogmática del suicidio y del homicidio consentido* (Madrid, Universidad Complutense, 1995), pág. 210.

73 Etcheberry A. *II Derecho Penal* (citado), pág.17.