Oficio N° 62-2018.-

INFORME PROYECTO DE LEY 13-2018
Antecedente: Boletín N° 11.745-11.

Santiago, 26 de junio de 2018.

Mediante Oficio N° 13.949, de fecha 17 de mayo de 2018, la Presidenta de la Cámara de Diputados, señora Maya Fernández Allende, y el Secretario General de la misma, señor Miguel Landeros Perkic, solicitaron al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley que establece el derecho a la eutanasia, regula las condiciones para su ejercicio, y modifica en conformidad a ello el Código Penal. En particular, solicitan el pronunciamiento del máximo tribunal respecto de lo dispuesto en el artículo 4° de la propuesta (Boletín N° 11.745-11).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 22 de junio en curso, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Sergio Muñoz Gajardo, Hugo Dolmestch Urra, Héctor Carreño Seaman, Carlos Künsemüller Loebenfelder y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun y Rosa Egnem Saldías, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señoras Gloria Ana Chevesich Ruiz y Andrea Muñoz Sánchez y señores Jorge Dahm Oyarzún y Arturo Prado Puga, acordó informarlo en los siguientes términos:

A LA PRESIDENTA
SEÑORA MAYA FERNÁNDEZ ALLENDE
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO

“Santiago, veinticinco de junio de dos mil dieciocho.

Vistos y teniendo presente:

Primero. Que mediante oficio N° 13.949, de fecha 17 de mayo de 2018, la Presidenta de la Cámara de Diputados, señora Maya Fernández Allende, y el Secretario General de la misma, señor Miguel Landeros Perkic, solicitaron al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley que establece el derecho a la eutanasia, regula las condiciones para su ejercicio, y modifica en conformidad a ello el Código Penal. En particular, solicitan el pronunciamiento del máximo tribunal respecto de lo dispuesto en el artículo 4° de la propuesta (Boletín N° 11.745-11).

Segundo. Que según se señala en el mensaje que acompaña la iniciativa, el proyecto de ley pretende regular la práctica de la eutanasia con el fin de delimitar su contenido y límites, teniendo siempre presente que “el centro del debate debe descansar sobre la libertad y el bienestar de quien es sujeto de derecho protegido hasta el último momento de su vida”.

De acuerdo con las motivaciones expresadas por la diputada señora Sabat, es necesario hacerse cargo de las diferentes posiciones que existen respecto a la eutanasia y del deber que a la sociedad le cabe en el acompañamiento de quienes deben tomar esta decisión. Asimismo, debe contemplarse un estatuto de objeción de conciencia que resguarde las creencias de los facultativos que sean llamados a practicarla.

En virtud de lo anterior, el proyecto regula “la acción de poner término a la vida de una persona mayor de edad, a solicitud de ésta” (artículo 1°), lo que en doctrina se denomina eutanasia activa, puesto que según se señala en la propuesta, la eutanasia pasiva ya se encontraría consagrada en el artículo 16 de la Ley N° 20.580, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Con este fin, la iniciativa contempla disposiciones destinadas a regular los supuestos y requisitos de procedencia de esta práctica (artículo 2°), la forma en que debe manifestarse la voluntad del paciente (artículo 3°), la intervención de la comisión médica del establecimiento (artículo 4°), los métodos que deben utilizarse para poner término a la vida (artículo 5°), la prohibición de publicidad sobre las prestaciones (artículo 6°), la objeción de conciencia (artículo 7°) y el acompañamiento en el proceso de discernimiento (artículo 8°). Por último, el artículo 9° contempla una modificación al artículo 393 bis del Código Penal.

Tercero. Que la norma respecto de la cual se ha solicitado la opinión de esta Corte Suprema, es la contenida en el artículo 4° del proyecto de ley, y que se refiere a la denominada “Comisión Médica”.

Cuarto. Que el artículo 4º de la iniciativa de ley expresa:

“Artículo 4º. Comisión Médica. En todo caso se deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o quien lleve a cabo sus funciones de conformidad al inciso primero del artículo 17 de la Ley Nº 20.584, dicho pronunciamiento tendrá carácter vinculante.

Ante la negativa, el interesado podrá solicitar a la Corte de Apelaciones del domicilio del actor la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, la decisión adoptada será apelable en ambos efectos”.

Como se advierte , el artículo 4° de la propuesta establece el deber de solicitar la opinión de un “Comité de Ética” del establecimiento de salud, consulta que se debe formular en forma previa a la realización del procedimiento destinado a poner término a la vida del paciente. Cabe destacar que el pronunciamiento de este Comité reviste el carácter vinculante, es decir su resolución es ejecutable.

De no existir en el establecimiento un comité de este tipo, la decisión de poner término a la vida la debe adoptar la entidad que lleve a cabo sus funciones de conformidad lo disponen el Título Tercero de la Ley N° 20.584 del año 2015, que establece precisamente estos comités de ética, y que en su artículo 17 dispone lo siguiente:

“En el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 20 le corresponda.

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

En ambos casos, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva. En el caso de que la consulta diga relación con la atención a menores de edad, el comité deberá tener en cuenta especialmente el interés superior de estos últimos.

Tanto la persona como cualquiera a su nombre podrán, si no se conformaren con la opinión del comité, solicitar a la Corte de Apelaciones del domicilio del actor la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

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

Según se desprende en el inciso 2°, del artículo 4° del proyecto en comento, en caso de negativa se establece un procedimiento que podrá seguirse ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del actor.

Quinto. Que el inciso primero de la norma citada utiliza como sinónimos la expresión "Comisión Médica", (que utiliza como epígrafe el artículo), empero en el texto de la norma consultada se utiliza la expresión "Comité de Ética".

Se trata de conceptos distintos cuya simple lectura nos lleva concluir que persiguen objetivos diferentes. Desde luego, semejante indeterminación no resulta trivial, puesto que si bien ambas figuras se encuentran contempladas y reguladas en nuestra legislación, difieren notoriamente en cuanto a sus objetivos, enfoques y conformación.

En efecto, de acuerdo con el Decreto 62 del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento de la Ley N° 20.584 para la constitución y funcionamiento de Comités de Ética asistencial, estos *"son órganos colegiados de carácter consultivo e interdisciplinario, creados para analizar y asesorar sobre los conflictos éticos que se susciten como consecuencia de la atención de salud, para contribuir a mejorar la calidad de la atención y proteger los derechos de las personas en relación con ella" (artículo 2, inciso 1°), y pueden constituirse en todos los prestadores institucionales de servicios de salud, sean públicos o privados, siendo obligatoria su existencia sólo en algunos de ellos. De esta manera, los establecimientos que no cuenten con comités deberán adscribirse a alguno perteneciente a otro prestador institucional (artículo 2 inciso 2°), mientras que respecto de los prestadores privados individuales, estos deberán recurrir a un comité que la misma Ley N° 20.584 obliga a los Servicios de Salud a crear para atender las consultas de aquellos prestadores privados individuales que se desempeñen en el territorio de su jurisdicción (artículo 2 inciso 3°).*

La composición de estos comités, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto mencionado, es multidisciplinaria y se encuentran integrados por "(a) Tres profesionales del área de la salud, debiendo al menos uno de ellos ser médico cirujano y éste o alguno de los otros profesionales tener conocimientos o formación básica en Bioética; (b) Un miembro de la comunidad, y (c) Un licenciado en Derecho u otro titulado con conocimiento acreditado en legislación sanitaria".

Por otra parte, según lo dispuesto en el Decreto Ley 3.500, que establece el sistema de pensiones, en su artículo 4° establece que las Comisiones Médicas son las encargadas de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para la procedencia de declaración de invalidez de una persona cuando *"sin cumplir los requisitos de edad para obtener pensión de vejez, y a consecuencia de enfermedad o debilitamiento de sus fuerzas físicas o intelectuales, sufran un menoscabo permanente en su capacidad de trabajo"*.

La referida comisión estará integrada por tres médicos cirujanos, designados por el Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones, existiendo al menos una por región (artículo 11).

Sexto. Que de lo anteriormente expuesto, se desprende que para alcanzar una interpretación armónica y sistemática del proyecto, parece ser que en dicho cuerpo en definitiva, se hace referencia a los "comité de ética" establecidos en la Ley N° 20.584, antes transcrita, y en ningún caso a las "Comisiones Médicas" antes referidas en el DL 3.500.

Por lo anterior, atendida la relevancia de esta comisión como entidad reguladora del procedimiento destinado a poner término a la vida humana, es imprescindible que se aclare de forma expresa el texto del anteproyecto presentado.

Séptimo. Que en cuanto a la revisión de la decisión por parte de la Corte de Apelaciones y a la legitimación activa para plantear este requerimiento, el inciso 2° del artículo 4 del proyecto señala que *"el interesado podrá solicitar a la Corte de Apelaciones del domicilio del actor la revisión del caso",* redacción que genera dudas respecto de si aquel interesado podrá ser sólo el paciente (el actor) o también cualquier otra persona que concurra en su nombre (v. gr. parientes).

En este sentido, pareciera recomendable adoptar el criterio y la redacción seguidos en el inciso 4° del artículo 17 de la Ley N° 20.584. Esta disposición regula la intervención del Comité de Ética en caso de que el profesional tratante la solicite respecto de cuestiones relacionadas con la decisión del paciente de otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, regulada en el artículo 16 anterior. En el marco de aquel pronunciamiento, el inciso 4° reza lo siguiente:

“Tanto la persona como cualquiera a su nombre podrán, si no se conformaren con la opinión del comité, solicitar a la Corte de Apelaciones del domicilio del actor la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República”.

La decisión de aceptar la procedencia del recurso presentado por terceros que actúen a nombre e interés del paciente pareciera aconsejable, especialmente si se tiene presente la situación física en que este se encuentra y su manifiesta dificultad para comparecer ante un tribunal. Asimismo, resulta coincidente con lo establecido en relación a la forma en que se tramita el recurso jurisdiccional que se propone.

Octavo. Que en cuanto al procedimiento, conforme a lo establecido en esta iniciativa, la solicitud de “revisión” ante la Corte de Apelaciones de la decisión adoptada por el “comité ético”, se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, norma que regula la tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales.

Noveno. Que el artículo 4º del proyecto de ley remitido para el informe de esta Corte Suprema regula una temática que concierne más a la esfera de la técnica, de la medicina e, incluso, que es más propia del orden ético, antes que incidir en aspectos eminentemente jurídicos. Sin embargo, este tribunal observa que se intenta abordar la situación de personas que, por estar cursando una enfermedad grave e irreversible, acudirán a la Corte de Apelaciones correspondiente ante la negativa del Comité Ético frente a la posibilidad de requerir las acciones conducentes a poner término a su vida.

En ese contexto, el procedimiento previsto para la acción normada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, atendidas sus características, se aprecia adecuado para el fin propuesto en la iniciativa de ley, aun cuando todavía sería posible dotarlo de otras particularidades específicas para propender a su pronta resolución, como sería asignarle preferencia para su conocimiento y fallo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el artículo 4º del proyecto de ley que establece el derecho a la eutanasia, regula las condiciones para su ejercicio, y modifica en conformidad a ello el Código Penal.

Acordado el informe en cuanto manifiesta conformidad con el procedimiento que se proyecta, afincado en las reglas contempladas para la acción preceptuada en

el artículo 20 de la Constitución Política de la República, con el voto en contra de los Ministros señores **Carreño**, **Silva**, señora **Maggi** y señor **Blanco**, quienes teniendo presente que la materia de la acción judicial contemplada en el artículo 4º del proyecto de ley, por su especialidad, amerita contar con un procedimiento específico adecuado a la naturaleza de ese requerimiento, en lugar de la tramitación prevista para la acción estatuida en el artículo 20 de la Carta Fundamental, cuyas particularidades no se avienen en debida forma con la celeridad que precisará el asunto que se regla en la moción parlamentaria en estudio, por resultar manifiesto que requiere de mayores garantías para una resolución pronta, estuvieron por informarlo desfavorablemente a ese respecto.

Los Ministros señores **Künsemüller** y **Prado** también expresan su desacuerdo con el proyecto, debido a que como se trata de una conducta de dar muerte a otro, tiene una indisoluble relación con los tipos penales protectores de la vida humana autónoma y, por ende, con el Código Penal. Como existe una comisión designada por el Ministerio de Justicia para redactar un nuevo Código, la que necesariamente deberá hacerse cargo de este delicado tema, que tiene implicancias no sólo jurídicas, sino éticas, morales, religiosas, etc., resulta extemporáneo e inadecuado pretender regularlo mediante una ley sectorial no preparada, previa discusión, por esa comisión de calificados especialistas en materia penal.

Los Ministros señores Künsemüller y Prado, del mismo modo que los primeros disidentes, también discrepan del procedimiento previsto en el artículo 4º de la moción, atendido que, por su naturaleza y fines propios, no les parece que sea el mecanismo procesal adecuado para cautelar el derecho en cuestión, de revertir el dictamen de la Comisión Médica.

Acordada la decisión de informar en términos positivos el procedimiento proyectado en el artículo 4º de la iniciativa legal, también con el voto en contra de la Ministro señora **Egnem**, quien opina desfavorablemente esa parte de la moción, por cuanto la intervención de la jurisdicción debe tener lugar respecto al requerimiento por persona interesada frente a cualquier decisión de la Comisión técnica. Del mismo modo, cree que el procedimiento del recurso de protección no es el adecuado para sustanciar y dirimir un conflicto de tan alta relevancia, en tanto no provee de las instancias adecuadas de discusión y, particularmente, probatoria, como sí las contiene un juicio declarativo como el sumario previsto en el Código de Procedimiento Civil, o bien el correspondiente a algún contencioso administrativo que contemple instancias reguladas de prueba.

Los Ministros señores **Künsemüller** y **Silva**, señora **Maggi** y señor **Prado**, estuvieron por extender el informe requerido por la H. Cámara de Diputados a las siguientes consideraciones:

1ª) La discusión en torno a la eutanasia

Los avances de la técnica en la medicina y la existencia de diversos mecanismos que permiten suplir la mayoría de las funciones del cuerpo humano, han generado una extensión en la esperanza de vida y, con ello, la discusión en torno a la posibilidad de decidir respecto de la propia muerte.

El derecho a elegir el momento y la forma de morir tiene su origen en la idea de dignidad humana, en el sentido de que "las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse por sí mismas a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vidas, respondiendo a sus propias conciencias y convicciones". Los avances experimentados en el ámbito de la bioética han influido en el desarrollo y el reforzamiento de la autonomía del paciente, afirmando los deberes de información y de reserva de los facultativos, así como el compromiso con el bienestar y la dignidad de los pacientes, todo lo cual derivó en el concepto de muerte digna. En este sentido, la discusión sobre la eutanasia se encuentra motivada por la idea de una vida y una muerte dignas, en conjunto con el deseo de evitar padecimientos injustificados.

La eutanasia problematiza la extensión legítima del consentimiento del que quiere morir en manos de otro, esto es, la asistencia a la muerte o al suicidio. Así, la legitimidad para terminar con la vida ajena, sea por expreso consentimiento autónomo del paciente, sea a través de una construcción presunta de su voluntad, trae consigo una tensión constitucional del derecho fundamental de la vida humana frente a la autonomía personal ejecutado por un tercero**.**

2ª) Definiciones

El tema objeto de proyecto de ley es mejor entendido si se comprenden los conceptos que a menudo forma parte de la discusión de la eutanasia tanto en Chile como en el resto del mundo. Ello hace necesario, a juicio de esta Corte, ofrecer una breve explicación de términos recurrentes que arrojan alguna luz sobre las intenciones que ha tenido el legislador a través de esta iniciativa.

a. Eutanasia pasiva. La bioética entiende la eutanasia pasiva como el la circunstancia en que el facultativo deja que el proceso mortal siga su curso, a través de un dejar morir. Por tanto, no hay un esfuerzo positivo por parte del facultativo para provocar la muerte, no hay una actividad, sino que solo deja que la enfermedad mortal complete su fatal prognosis. Esta situación se verifica ante la negativa expresa y seria del paciente a seguir con un tratamiento aconsejable o frente a su

decisión de rechazar próximas medidas resucitación. En este sentido, la voluntariedad del paciente es esencial, pues de lo contrario la omisión o pasividad del facultativo se convertiría en abandono del paciente, eventualmente imputable a título de homicidio culposo o doloso.

Roxin, por su parte, la describe como la situación en que “un facultativo u otra persona, que se encuentra en cuidado de otro, decide omitir alargar una vida que está tocando a su fin. Se renuncia a una operación o a un tratamiento intensivo que habría posibilitado al paciente una vida algo más larga”.

En relación a los límites de la práctica de la eutanasia pasiva, se la distingue de otro tipo de medidas denominadas “limitación del esfuerzo terapéutico”. En este ámbito se ha señalado que, a diferencia de la eutanasia pasiva, “la limitación del esfuerzo terapéutico consiste en retirar (en inglés, “withdraw”) o no iniciar (en inglés, “withhold”) medidas terapéuticas, en supuestos en que el profesional sanitario estima, atendida la situación concreta del paciente, que éstas son inútiles o fútiles, ya que tan sólo consiguen prolongarle la vida biológica, pero sin posibilidad de proporcionarle una recuperación funcional con una calidad de vida mínima” . Se trata de situaciones terminales, donde la voluntad del paciente tiene mínima relevancia frente a la ínfima posibilidad de vida. Así, se entiende que las limitaciones del esfuerzo terapéutico no representan eutanasia, ya que no hay una acción destinada a provocar el suceso mortal, sino la cesación de uno o más tratamientos que trae como consecuencia la muerte natural del paciente que se encuentra en estado terminal.

Por otra parte, no obstante que “desenchufar, hacer cesar, interrumpir, etc.”, puede considerarse un acción, lo relevante, como menciona Roxin, es que al dibujar la frontera entre una eutanasia activa y la pasiva, se debe evitar visualizarlas “naturalísticamente”, sino que ha de preferirse la atención a las formas de desenlace mortal.

En la actualidad la hipótesis de la eutanasia pasiva (cesación del encarnizamiento terapéutico) se considera lícita en nuestro país, y así lo expresa el artículo 16 de la Ley N° 20.584: “La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario (…)”.

Se suma a esta concepción el Código de Ética del Colegio de Médicos, el que en su artículo 23 inciso tercero, expresa: “Ante la inminencia de una muerte inevitable, es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos que procuren únicamente una prolongación precaria y penosa de la

existencia, debiendo procurar al enfermo los cuidados paliativos inherentes a la dignidad de todo ser humano, hasta el final de sus días".

b. Eutanasia activa. La eutanasia activa consiste en el comportamiento dirigido a adelantar el proceso de muerte, ante situaciones de enfermedades terminales progresivas, sucesos irreversibles para la vida humana, situaciones de constante dolor insoportable e insostenibles y condiciones incurables, entre otras.

La eutanasia activa responde a un afán exclusivo de provocar la muerte, y aquello puede generarse de forma directa o indirecta:

Eutanasia activa directa. En el marco del debate respecto de la eutanasia en Bélgica, en el año 1997, a petición del presidente del senado y del parlamento, se pidió la opinión del comité de bioética de ese país para determinar qué era la eutanasia. En dicha ocasión, aquella entidad la definió como "un acto realizado por una persona que pone fin a la vida de otra de manera intencionada a petición de ésta última".

Tradicionalmente se la ha entendido como el acto terapéutico "que termina intencionalmente con la vida de un paciente en fase terminal, bajo voluntad del mismo paciente, debido a que el sufrimiento se hace insostenible para él mismo".

Para Roxin, en tanto, consiste en "el sentido de dar muerte a un moribundo o persona gravemente enferma (…)". Por su parte, Mayer la caracteriza como la circunstancia en que "el médico debe llevar a cabo actuaciones positivas que tiendan inmediatamente a la muerte del paciente, esto es, que estén destinadas concretamente a que el enfermo muera".

En la actualidad, la hipótesis de la eutanasia activa se considera punible, cuestión que se refuerza con lo dispuesto en la Ley N° 20.584, que en su artículo 14 expresa: "En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio". A su vez, el artículo 16 del mismo cuerpo legal expresa: "(…) En ningún caso, el rechazo del tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte".

No obstante, de acuerdo con Mayer, es posible desarrollar una definición de eutanasia activa no punible, la cual "supone la concurrencia de una serie de requisitos, a saber: el padecimiento de graves sufrimientos físicos o psíquicos prolongados, en el marco de una enfermedad grave, por parte de un paciente que no puede quitarse la vida por sus propios medios y que, a fin de verse liberado de los padecimientos que sufre, requiere expresa y seriamente la provocación de su muerte y ve realizada, si se quiere, físicamente, su decisión autónoma de acabar con su vida gracias a la actuación de un médico".

Eutanasia activa indirecta. En esta hipótesis, el comportamiento del facultativo no está dirigido exclusivamente a la provocación o aceleración de la muerte digna, sino que más bien su intención básica es aliviar el sufrimiento, por medio de procedimientos terapéuticos que tienen como efecto secundario la muerte. Para la bioética, de cierto modo, esta práctica se entiende de uso aconsejable y necesario. El penalista alemán Claus Roxin, la describe como "la situación en que "sobre un enfermo terminal se aplican medidas paliativas, a pesar de que éstas pueden acelerar el acaecimiento de la muerte", lo cual se ve como un resultado de un tratamiento sedativo destinado a dulcificar la intensidad del dolor o del padecimiento.
c. Suicidio asistido. A diferencia de las hipótesis anteriores, aquí el paciente no requiere de la acción u omisión de un médico sobre su propia integridad para el desenlace mortal. En este caso, una persona (quien no tiene por qué ser un paciente directo), pide que se le faciliten medios para que el mismo activamente se quite la vida.

Según señala Roxin, "(…) de acuerdo con la opinión dominante, el homicidio a petición es punible bajo cualquier circunstancia en tanto que se dirija a un acortamiento de la vida consistente en un hecho comisivo en el que se posee el dominio del acto que inmediatamente conduce a la muerte".
d. Homicidio por piedad. El homicidio por piedad es una figura atenuada del homicidio por razones de humanidad, sobre el cual se siguen consideraciones respecto a que el objeto de la acción se encuentra en un estado insostenible e irreversible de enfermedad, por lo que la muerte va dirigida a terminar con el sufrimiento ajeno. La diferencia fundamental entre homicidio y la eutanasia, es que en aquel caso no se prevé el consentimiento de la "victima".

En Colombia, el examen del homicidio piadoso con consentimiento de la víctima dio paso a una profunda reflexión, que se cristalizó en la declaración de la Corte Constitucional de dicho país (sentencia C-239-97), que dio paso a la legalidad de la eutanasia, la que se constituyó en base a fundamento basados en la dignidad humana y la muerte digna frente al derecho a la vida.

Parece contradictorio que un recurso de esta naturaleza, destinado a proteger entre otras, las garantías constitucionales como el derecho fundamental que contempla el artículo 19 n° 1 *"El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona",* sea considerada el mecanismo idóneo para resolver la disyuntiva si acaso se le priva de este derecho esencial. Subyace en este criterio, la idea de la rapidez y celeridad que brinda el recurso de protección como vehículo destinado a cautelar de manera extraordinaria y sumaria los derechos

fundamentales de las personas frente a toda acción u omisión considerada ilegal o arbitraria.

Llama la atención la forma de engarzar estas acciones cautelares dentro del concepto de “acción u omisión”.

En este aspecto el proyecto toma partido por el concepto de acción intentando asemejarlo a la iniciativa o impulso para reclamar el cese de la vida de un paciente terminal empleando para ello un procedimiento de urgencia con el objeto que el requerimiento no pierda oportunidad (como ocurre con las autorizaciones judiciales en caso de aborto). Lo anterior, en principio, parece razonable si se tiene en cuenta la gravosa situación del paciente y el estado de sufrimiento continuado por el que atraviesa, y que el proyecto denomina en forma elocuente “padecimiento físicamente insoportable”.

No obstante, se observa propicio acomodar un procedimiento específico, ajustado a la realidad médica, ética y jurídica que importa el complejo problema de poner término a la vida humana, dejando que el recurso de protección actúe conforme a los objetivos tutelares para los cuales está diseñado, resultando osado entender que el cese de la vida pueda incardinar en alguno de los conceptos matrices del recurso como actos u omisiones arbitrarios o ilegales en grado de privación, perturbación o amenaza.

No se debe olvidar que la práctica la eutanasia activa consiste precisamente en autorizar el anticipo de la ocurrencia de la muerte, motivo por el cual creemos necesario establecer un procedimiento específico de resguardo seguro para este tipo de requerimiento.

Por los motivos expuestos se hace necesario también contemplar la alternativa que la resolución recaída en este procedimiento pueda ser apelable en ambos efectos y no sólo en la hipótesis de negativa a la solicitud de eutanasia por parte del “comité de ética”.

3ª) Que abordando otras disposiciones:

a. <u>El artículo 1°: Exclusión de menores de edad</u>

El artículo 1° de la propuesta, al referirse a su objeto, establece que este consiste en “regular la acción de poner término a la vida de una persona mayor de edad, a solicitud de ésta”.

Al respecto, no se observan argumentos –ni el mensaje los ofrece- para excluir a niños, niñas y adolescentes en el espectro de esta regulación. Antes bien, la discusión debe centrarse en las diferentes capacidades en que estos, de acuerdo a su desarrollo y grado de madurez, puedan tomar una decisión seria y manifiesta respecto a la opción de la eutanasia. En ese sentido, si un niño, niña o adolescente

con capacidad de decisión, consciente de la enfermedad que lo aqueja, requiere la aplicación de la eutanasia, no debiese ser excluido ex ante de la posibilidad de beneficiarse de una muerte digna. Ciertamente, las condiciones objetivas que posibilitan y dan paso a la eutanasia, responden a razones transversales de la vida humana. Hay buenas razones para pensar que el sufrimiento, cuando es padecido por niños o niñas, es aún más difícil de tolerar. A ello se suma que limitar el derecho a reclamar para sí la eutanasia solo a los adultos, es una opción que resulta incongruente con el principio de autonomía progresiva que debe guiar esta clase de asuntos.

Sobre este punto, resulta también útil revisar la reciente apertura que ha existido en el derecho comparado. En Bélgica, en el año 2014, se dictó una ley que modifica la normativa procedimental y sustantiva respecto a la regulación de la eutanasia (vigente desde el año 2002) que amplía el beneficio de la eutanasia a menores de edad, cumpliéndose los siguientes requisitos: i.) información seria de un facultativo respecto a sus posibilidades de vida; ii.) El menor de edad deberá ser analizado o consultado por un psiquiatra o psicólogo, quien comprobará su capacidad de discernimiento y lo certificará; iii.) Se realizará una entrevista entre el facultativo, con el menor y sus representantes legales. En Colombia, en tanto, la dictación de la sentencia de la Corte Constitucional T-544 de 2017 marcó la ampliación de la eutanasia a los menores de edad, haciendo ciertas diferenciaciones entre los menores de 16 años y aquellos entre 12 y 16 años. En particular, el fallo ordena de manera urgente una regulación que garantice el derecho a muerte digna de los NNA, siendo así, reglamentado por el Ministerio de salud y protección social.

b. <u>El artículo 2°: Supuestos y requisitos.</u>

Esta disposición regula la hipótesis bajo la cual podrá solicitarse la práctica de la eutanasia, siendo esta aquella en que al sujeto en cuestión se le haya diagnosticado una enfermedad incurable y progresivamente letal, que le cause un padecimiento insoportable. Según esta norma, dicha persona podrá, de manera excepcional, solicitar que se ponga término a su vida a un médico de confianza, decisión que será personal e intransferible.

En primer lugar, llama la atención la incorporación del vocablo “excepcional” justo a continuación de las circunstancias de procedencia de la eutanasia. En efecto, lo lógico sería pensar que la regla general sea la no interrupción de la vida y que, de forma excepcional, pueda ponerse término a ella cumpliéndose los supuestos señalados en la norma y los requisitos que más adelante se señalan. Sin embargo, dicha frase conduce al equívoco de pensar que, además de lo anterior, existen también otros requerimientos que, no obstante, no se señalan en el precepto. Es

decir, no se entiende cómo podría la situación que cumple con los criterios señalados, ser excepcional.

Por otra parte, la determinación de que la decisión sea personal e intransferible elimina la posibilidad de que, mediante la determinación de la voluntad presunta del paciente, pueda un tercero tomar dicha determinación en su representación. Es decir, se excluyen de la regulación todos aquellos pacientes en estado vegetal o que producto de su enfermedad no puedan expresarse claramente. Esta decisión resulta llamativa si se considera que en un número importante de casos de personas que cumplan los requisitos para la práctica de la eutanasia será imposible para ellos expresarse, motivo por el cual este derecho les será automáticamente vedado. Por tanto, respecto de ellos se entiende que seguiría primando lo dispuesto en las letras b) y c) del artículo 15 de la Ley 20.584, primando en este caso el deber de mantener la vida por sobre el derecho a una muerte digna.

c. El artículo 7°: Objeción de conciencia[1]

El artículo 7° de la iniciativa en comento establece que:

"El médico cirujano al cual se le haya solicitado poner término a la vida de una persona en el supuesto de esta ley podrá negarse cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución".

Esta disposición adolece de diversos errores, vacíos e inconsistencias, los que serán desarrollados a continuación.

En primer lugar, la forma en que se regula la objeción de conciencia parece excesivamente amplia, pues se extiende tanto al médico tratante como al resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón, permitiendo también a la institución convertirse en objetora. En este sentido, la norma no contiene limitación alguna que permita asegurar a los pacientes su derecho a que se les practique la eutanasia y tampoco distingue si dicha prerrogativa se aplicará de igual manera en establecimientos públicos y privados. Esta circunstancia no sólo atenta contra la igualdad ante la ley –puesto que no todas las personas estarán en condiciones de escoger un establecimiento o un facultativo no objetor- sino que, en último término, podría terminar por hacer impracticable este

[1] Eutanasia y objeción de conciencia, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol 9.2008 (501-525)

mecanismo en la hipótesis en que todos o un número importante de facultativos e instituciones hagan presente su objeción.

En este sentido, la regulación se aleja de la tendencia seguida en otros cuerpos normativos que, junto con contemplar la objeción de conciencia en una determinada intervención médica, se hacen cargo de las consecuencias de dicha declaración por parte de los facultativos y adoptan medidas para asegurar en cualquier caso el ejercicio del derecho del paciente. Así, por ejemplo, la Ley N° 21.030 , que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, al igual que el proyecto en comento permite que tanto el médico tratante como el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico puedan manifestar su objeción, sin embargo, frente a esa circunstancia, obliga al establecimiento a reasignar de inmediato a otro profesional no objetante y, de no existir ninguno, deberá derivarla en forma inmediata a otro establecimiento. Asimismo, la propia ley declara que los protocolos que el Ministerio de Salud deba dictar para la ejecución de la objeción de conciencia deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo. Por último, prescribe que en caso de que se requiere atención médica inmediata e impostergable (invocando la causal de riesgo vital de la mujer) el médico no podrá excusarse de realizar la intervención si no existe otro profesional que pueda efectuarla. Otro tanto ocurre con lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley N° 20.584, que –sin utilizar la denominación “objeción de conciencia”- regula la situación del médico tratante que difiere de la decisión del paciente que decide no someterse a tratamientos que prolonguen artificialmente su vida, indicando que dicho facultativo “podrá declarar su voluntad de no continuar como responsable del tratamiento, siempre y cuando asegure que esta responsabilidad será asumida por otro profesional de la salud técnicamente calificado, de acuerdo al caso clínico específico” (el destacado es nuestro). En conclusión, a la luz de los citados preceptos, la regulación de la objeción de conciencia del proyecto aparece incompleta e insuficiente.

Conviene tener presente, a propósito de este tema, lo resuelto por la Contraloría de la República en relación al examen de legalidad del protocolo de objeción de conciencia de la Ley N° 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. En dicho dictamen se señaló que los establecimientos públicos no pueden invocar la objeción de conciencia, “pues se encuentran en el imperativo de cumplir la obligación del Estado de otorgar las acciones de salud definidas por el legislador”. La misma limitación –continúa el dictamen- recae sobre las instituciones que celebren convenios con Servicios de

Salud para ejecutar prestaciones de salud que a aquellos les corresponda ejecutar. Asimismo, agrega que la objeción de conciencia constituye una figura jurídica de carácter excepcional, “puesto que se trata de un mecanismo establecido para justificar que determinadas personas puedan dejar de cumplir una obligación legal”.

Por último, cabe destacar que esta disposición no regula todas las situaciones en que se pueda dar la objeción de conciencia, por cuanto se limita al caso de las instituciones y de los médicos que prestan servicios en ellas, pero no hace referencia a quienes prestan servicios fuera de ellas, los prestadores privados individuales en los términos de la Ley N° 20.584.

d. El artículo 9°: Modificación Código Penal

El artículo 9° de la iniciativa plantea una modificación al Código Penal, consistente en la introducción de un nuevo artículo 393 bis, que reza:

“El que mate a otro, aun mediando la voluntad expresa del mismo, pero sin dar cumplimiento a los requisitos legales para ello, será castigado con pena de presidio menor en su grado mínimo”.

Siendo esta la única modificación al Código Penal que se promueve, pareciera ser insuficiente para alcanzar el objetivo que el propio título del proyecto sugiere, que consiste justamente en establecer el derecho a la eutanasia. En efecto, el artículo 393 bis que se pretende incorporar sólo regula una hipótesis de eutanasia activa incompleta, rebajando en este caso la pena que le correspondería al responsable. No obstante ello, no se hace cargo de la tipificación de la eutanasia, pues aun con la modificación anterior esta práctica sería subsumible en el tipo penal de homicidio del artículo 391 del Código Penal.

En este aspecto resulta útil recordar algunas iniciativas anteriores, que pese a que no llegaron a convertirse en ley, contenían reformas apropiadas al Código Penal. La primera de ellas corresponde al proyecto de ley que “establece regulación legal de la eutanasia” (boletín n° 4201-11), presentado en el año 2006 por el destacado penalista y diputado de la época, Juan Bustos Ramírez, en conjunto con el diputado Fulvio Rossi. En él se proponía reemplazar el artículo 393 del Código Penal, que regula la figura de auxilio al suicidio, por el siguiente texto:

“Artículo 393: El que quitare la vida a otra, según el deseo expreso y serio de la misma será castigado con pena de presidio mayor en su grado mínimo.

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

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

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

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

Una regulación similar se encuentra en el proyecto de ley que establece el "derecho a optar voluntariamente a recibir asistencia médica para acelerar la muerte en caso de enfermedad terminal e incurable" (boletín 7736-11), presentado en el año 2011 por la diputada Adriana Muñoz y el diputado Gaspar Rivas y en el proyecto que "modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de permitir la eutanasia, haciendo efectiva la autonomía de las personas en caso de enfermedades terminales " (boletín N° 9644-11), presentado en el año 2014 por el diputado Vlado Mirosevic.

Por último, la ley Holandesa también incorpora una regulación de este tipo al Código Penal, en el siguiente sentido:

Artículo 293 1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta.

2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2o. de la Ley sobre Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7o., párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales.

Artículo 294 El que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será, en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. Se aplicará por analogía el artículo 293, párrafo segundo.

Junto con lo anterior, la disposición en comento resulta imprecisa para regular la figura que introduce, pues la sola remisión a los "requisitos legales" no constituye una suficiente descripción del tipo penal que se pretende sancionar. En efecto, no existe claridad sobre si dichos requisitos son los que se regulan en el proyecto de ley o también se incluyen algunos contenidos en otras normativas, y aun si se entendiera que la referencia es a la propia iniciativa, no se puede determinar si se refiere a esta en su totalidad o sólo al artículo 2°, que recibe el título de "supuestos y requisitos".

e. Modificaciones a la Ley N° 20.584

No se puede soslayar una omisión en la que ha incurrido el legislador en este proyecto, y es que la iniciativa no contempla la eliminación del inciso tercero del artículo 14 de la Ley N° 20.584 –a la que ya se ha hecho referencia en este informe-, en circunstancias de que el texto que se promueve lo que establece es precisamente la posibilidad de ejecutar la conducta allí descrita: la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

También se echa de menos en el proyecto la modificación al artículo 16 de la mentada ley, cuyo inciso primero obliga a "mantener las medidas de soporte ordinario", y además prohíbe el rechazo a algún tratamiento si este implica como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte, cuyo es el caso, precisamente, de la eutanasia activa.

Ofíciese.

PL 13-2018".

Saluda atentamente a V.E.,

HAROLDO BRITO CRUZ
Presidente

JORGE SÁEZ MARTIN
Secretario