

ARCHIVO HISTÓRICO



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>

Bien morir: análisis crítico de jurisprudencia constitucional y penal

Ángela Vivanco Martínez
Profesora de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. La autonomía de la persona en sociedades democráticas contemporáneas (1).

sociedades democráticas contemporáneas, reconocedoras del valor de la tolerancia y del respeto por

personas, han debido afrontar el desafío que significa procurar la coexistencia armoniosa de la autonomía y del control dentro de el. En su mayoría, tal cosa ha significado una fuerte apuesta social y jurídica por la primera, estimando que la libertad es un elemento generador de relaciones saludables entre los individuos (2) y que la única forma de contar con un pensamiento que sea instrumento de progreso y de desarrollo es asegurar que este no sea coartado, perseguido, amenazado o manipulado, dejando al segundo elemento -es decir, al control- en un papel secundario, destinado a ocuparse de acotadas listas de materias en que se requiere imponer un determinado marco de acción.

La libertad del Hombre sin duda proviene de su propia naturaleza y no es creación de la sociedad, la que sí debe fortalecerla y "debe permanentemente inventar instituciones que sean capaces de extender y, aun más, generar el aire y espacio necesarios para el fortalecimiento de esa libertad entre sus ciudadanos" (3), de tal manera que la sociedad pasa a ser no solo garante de la libertad del individuo, sino también obligada a entregar específicos repartos que la promueven y amplíen su ámbito de acción.

Esa libertad no solo se manifiesta en el orden material o corpóreo (libertad personal, libertad económica, libre acceso al dominio, libertad de contratación, etc.), sino también en el ámbito de la conciencia, en el terreno de valoraciones y, por ende, en el de la ética. El ser libre para determinar la moral de la conducta, en otras palabras, para ordenarse de acuerdo a los propios principios, ha originado en grandes sectores de la doctrina una firme convicción acerca de la libertad moral individualista, es decir, aquella que busca la protección de la conciencia y la responsabilidad por la decisión propia (4), sin intervención de terceros, ni siquiera de quienes esgriman como argumentos los de la protección y salvaguarda de la comunidad.

En efecto, es de reciente tendencia, en algunos países del mundo, forzar la contraposición de la ética pública y de la ética privada (o individual), considerando a la primera como aquel núcleo de contenidos que, por erigirse en condición de una convivencia plural pacífica, se consideraría jurídicamente exigible, y a la segunda como un conjunto de dimensiones omnicomprendivas del bien que cada ciudadano puede privadamente suscribir y que no puede extenderse a los demás ciudadanos, pues significaría una pretensión de imponer sobre estas creencias ajenas (5). Si bien tal cosa ha generado un amplio debate, la verdad es que actualmente se ha incrementado la

exigencia de no intervención alguna de la sociedad en el campo de la ética individual o privada, y limitar la ética pública, a lo que Andrés Ollero llama, en perfecta concordancia con características actuales de la democracia, *una ética procedimental*, que no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien y que se basa en el carácter trascendente y categórico de la pura racionalidad comunicativa del Hombre (6).

De allí que el culto por la ética individual y privada se vuelva, una vez más, hacia el pluralismo, el cual se eleva desde hecho sociológico a la categoría ética, como un freno a la pretensión de imponer una sola visión del mundo, haciendo uso opresivo del poder a favor de una determinada concepción ética (7). Tal cosa deriva en la consideración de una ética individual que obedece a premisas tales como: aspirar solo a un consenso procedimental, lo que transforma la búsqueda de la verdad y del bien, fuera de los aspectos formales, en tarea estrictamente individual -ya que se considera verdad y consenso como un dilema alternativo, respecto del cual el concepto de pluralismo dirige el camino hacia *el consenso posible en la diversidad*-; defender a ultranza que la ética sustantiva resulte patrimonio exclusivo de la individualidad del Hombre, lo que se traduce en un freno para el poder estatal, que se encontrará impedido de legislar respecto de conciencias de los individuos, no podrá perseguirlos por sus opiniones ni forzarlos a suscribir normas morales que no comparten, salvaguardándose así la libertad y la dignidad de personas. Bajo este prisma, sin duda el componente más relevante de aquellos que conforman el trato digno para con el individuo de la especie humana, estará, así, constituido por la igualdad en la libertad que antes mencionábamos y que significa ser libre para pensar y actuar de acuerdo con el pensamiento propio (8).

La aplicación de la regla anterior deja conductas o acciones que aparentemente solo se refieren a uno mismo, a su total arbitrio y decisión, de tal forma que cada cual se vuelve su propio y único juez, ello fundado -una vez más- en el principio de la igualdad, el cual exige a la sociedad ser igualmente salvaguardado de su injerencia, por más que el concepto de "uno mismo" versus el de "terceros" no siempre se encuentre claramente definido o distinguido, como ocurre por ejemplo con la libertad de elegir, con los llamados derechos reproductivos y con la disposición de la vida.

II. Los "nuevos derechos" constitucionales

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

Precisamente un gran papel de la Constitución es el reconocimiento de los derechos, libertades e igualdades propias de la dignidad de la persona humana, por lo cual corresponde al ordenamiento jurídico garantizar y evitar bajo todas fórmu su vulneración. De esta forma, la calidad de "constitucionales" de los derechos no responde a que sea la Constitución la que los crea, sino a que ella es la llamada a darles protección.

La situación de esta especie de "subordinación constitucional" frente a derechos preexistentes, que representan incluso un límite para el poder constituyente originario, cuando el pueblo soberano se da una primera Carta, tiene harta importancia en el tema que nos ocupa, ya que el

pluralismo deja incluso de ser una opción constitucional y se eleva a ser una condicionante en la interpretación de la propia Constitución, ya que se identifica con una igualdad en la libertad que la antecede y que aun la legitima.

Por esta razón, la Constitución es tratada -entonces- no como un marco en el que el pluralismo encuentra pautas de desenvolvimiento, sino como una construcción puesta allí precisamente para que ese pluralismo no sea vulnerado, toda vez que el respeto por la individualidad y por la ética individual no se considera un producto social, sino una prerrogativa de la cual debe gozar cada individuo por ser tal, que se superpone a cualquier regulación jurídica -por más alto rango que esta tenga- a su respecto.

Tal cosa ha llevado al curioso fenómeno de creación o invocación de "nuevos derechos" constitucionales, que usualmente constituyen un subproducto de derechos clásicamente reconocidos por constituciones, de tal manera que se plantean como fragmentaciones de estos o como productos de una interpretación muy individual de ellos -como el caso de *la no discriminación arbitraria*-. En otras ocasiones, el nuevo "derecho" no tiene una naturaleza distinta del que lo generó, sino que se puede calificar de "nuevo", porque importa una maximización del derecho de origen, al punto de darle tal carácter de absoluto que le permite superponerse a todo otro derecho e incluso ser esgrimido para objetar válidamente toda ce de compromiso jurídico que el sistema exija. En este caso está la libertad de conciencia en su "nueva concepción", que la ha transformado en una garantía emblemática del pluralismo (9), no, como podría creerse, porque el sistema tradicional no estuviera de acuerdo con que a cada uno respecta determinar su propio pensamiento, juicio y creencia, sino porque hoy se utiliza la libertad de conciencia como un argumento en contra del cumplimiento forzado de los deberes patrios, de la obligación o deber moral de resguardar la propia vida o incluso del deber de socorro, ya que se estima que a la persona corresponde determinar qué aspectos de obligaciones que impone un Estado determinado ha de cumplir según sus principios morales (10).

Curiosamente, la proliferación de estos "nuevos derechos" como apogeo de la autonomía individual a la que nos referíamos en el acápite anterior, han ido desvirtuando el sentido mismo de esta y se han transformado -bajo el supuesto que los extremos siempre acaban encontrándose- en una fuente de disposición social de los derechos del individuo. En efecto y a modo ejemplar, esgrimir el derecho de disponer de la propia vida o de la ajena cuando se la juzga sin sentido o significa sufrimiento o dolor propio -*propietarizando* un bien que es de suyo indisponible- bien puede traducirse en que la sociedad disponga de quienes no lo han pedido, porque la mantención de sus tratamientos es muy costosa o dolorosa para sus familias, o porque es *ella* la que considera que carece de sentido.

III. La pretensión de considerar a la eutanasia y al suicidio asistido como derechos constitucionales: una desviación del concepto de "bien morir".

Respecto de este tema, trabajaremos con conceptos operativos, entendiendo a la "eutanasia" como una forma de disposición de la vida consistente en la "la acción u omisión deliberada que tiene como expresa intención el poner término a la vida de otra persona, por causas humanitarias, ya sea a su pedido o sin que medie tal solicitud" (11) y al suicidio asistido como la disposición de la propia vida, 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" (12), agregando al respecto que este último participa del suicidio del primero por razones asimismo humanitarias.

Si bien estas figuras son perfectamente equiparables a tipos penales, tales como el homicidio o el auxilio al suicida, ello sin ignorar los relativos a la omisión de socorro y al abandono de personas desvalidas, tal cosa no obsta al hecho de que existe una creciente tendencia mundial no solo a disminuir sanciones aplicables a tales conductas o derechamente a despenalizar sino a estimar a la eutanasia y al suicidio asistido como parte de los "nuevos derechos constitucionales", fundándose en que de igual manera como se considera un elemento esencial de toda Carta Fundamental, la dignidad de la vida y el derecho a ella de todo individuo de la especie humana, debe también resguardarse la dignidad de la muerte y el derecho al bien morir, lo que sería *válido* materializar a través de la eutanasia o de la asistencia al suicida.

De esta forma, tal tendencia se ha venido lentamente materializando en casos relevantes de la jurisprudencia constitucional y penal en el mundo, ya sea por alegaciones que a este respecto hacen partes, ya sea porque directamente los sentenciadores acogen algunos de los postulados señalados. Revisemos algunos de los casos que pueden resultarnos más ilustrativos:

a) Colisión entre libertad de conciencia y derecho a la vida del paciente

Al respecto existe interesante jurisprudencia que presenta algunas contraposiciones entre sí. De ella, cabe destacar el caso iniciado en Argentina, a propósito de la internación de don *Marcelo Bahamóndez* en el Hospital Regional de la Universidad de Ushuaia afectado por una hemorragia digestiva. En estas circunstancias, se negó a recibir transfusión de sangre por considerar que ello hubiera sido contrario a creencias del culto "Testigos de Jehová" que profesaba, lo que motivó una presentación de su médico tratante ante la justicia argentina.

El juzgado de la instancia que conoció del caso autorizó la práctica, en este paciente, de transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico. Tal fallo fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sosteniendo que la decisión del señor Bahamóndez de no recibir transfusiones constituía "un suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida", no teniendo el paciente el derecho a extinguir la vida misma en ejercicio de su libertad individual.

Por la vía de la solicitud de una medida cautelar por parte del señor Bahamóndez, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, frente a la cual el recurrente hizo presente que resultaba erróneo acusarlo de cometer un "suicidio lentificado", ya que su voluntad era vivir, mas no deseaba aceptar un tratamiento médico que resultara contrario a sus íntimas convicciones religiosas, además de considerar que imponerle una transfusión de sangre avasallaba sus garantías constitucionales de libertad de culto y principio de reserva.

La Corte emitió su fallo con fecha 6 de abril de 1993 y, basándose en circunstancias fácticas del caso, consideró que no existía agravio actual que enmendar, ya que el paciente había sido dado de alta, como asimismo resultaba imposible inferir

consecuencias que negativas de esta especie -de él o de otros miembros del grupo "Testigos de Jehová"- podrían tener en el futuro sobre la vida y la salud de estas personas, por lo cual se consideró incompetente para pronunciarse sobre la materia.

Sin embargo, en los votos de minoría del fallo citado se establece: a) la negativa de toda posibilidad "de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de motivaciones de la decisión del paciente" y se explica que, en rigor, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional dice que " acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden "disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, *de su propia vida*, en cuanto les es propio"; b) La consideración que "la posibilidad que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de la intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho a la autonomía individual, fundamento este sobre el que reposa la democracia constitucional, concluyendo que "no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros".

Se oponen, sin duda, estas consideraciones a efectuadas por los tribunales de justicia chilenos, en casos como el de *los huelguistas de hambre* (Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de agosto de 1984) y casos similares al del señor Bahamóndez, es decir, negativa a recibir transfusiones por razones de conciencia (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de noviembre de 1991, y Corte de Apelaciones de Copiapó, 24 de marzo de 1992) en los que se sostiene que el derecho a la vida "de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiésemos destruirla si quisiéramos En efecto, el dominio necesariamente importa una relación entre un sujeto y un objeto diferente, en tanto que el hombre y su vida se identifican y son una misma cosa" (13) y, por otra parte, se autoriza adoptar, aun contra la voluntad del paciente o de sus familiares "la terapia que sea necesaria para el tratamiento de la enfermedad que este padece, incluida la transfusión sanguínea, pudiendo recabar para ello el auxilio de la fuerza pública" (14), ya que del cotejo "de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados" considerando, entre otros elementos, que "el juramento y rol profesional del médico lo obligan a preservar la vida" (15).

b) Decisión del paciente de no recibir tratamientos o rehusar ingesta de alimentos y bebida

El caso más relevante, en esta materia, está representado por el de *Ramón Sampedro* en España.

Este caso, probablemente el más famoso de España, lo inició una presentación de Ramón Sampedro, persona que se encontraba desde 1968 y tras un accidente que le fracturó el cuello a la altura de la séptima vértebra cervical, en estado irreversible de paraplejía y tetraplejía postraumática por síndrome de sección medular, lo cual le significaba inmovilización absoluta y permanente de todo el cuerpo, excepto de la cabeza, quien en procedimiento no contencioso, solicita frente al quinto juzgado de primera instancia de Barcelona "que se autorice a su médico de cabecera a que le suministre los medicamentos necesarios para aliviar el dolor, la angustia y la

ansiedad que el estado en que se encuentra le producen, sin que ello pueda ser considerado, desde el punto de vista penal, como ayuda al suicidio, delito o falta de ce alguna, al asumir el solicitante plenamente el riesgo que tal medicación pueda suponer y poder así, llegado el caso, morir dignamente" y "que se respete su derecho a no ingerir alimento de ninguna ce por cualquier medio natural o artificial".

En efecto, reconoce el silencio de la Constitución española sobre la materia, pero estima "que el derecho a una muerte digna supone el derecho de elegir libremente el tratamiento adecuado en determinadas circunstancias. Se trata de un acto *voluntario*, que exige capacidad suficiente para tomar la decisión después de haber sido informado. Si a eso se añade que la persona que use tal derecho se encuentra en circunstancias extraordinarias de dolor y sufrimiento, como ocurre en el presente caso, nos encontramos ante la más adecuada noción para su reconocimiento como derecho humano" (16).

El dictamen del fiscal de la causa consideró haber un obstáculo insalvable a la pretensión del solicitante, ya que el artículo 409 del Código Penal español castiga al que "prestare auxilio o induzca a otro a que se suicide", lo que implica una prohibición legal que alcanza a todos (médicos y jueces incluidos) de colaborar al suicidio ajeno, lo que no obsta a la impunidad de la conducta del suicida.

Teniendo a la vista los antecedentes del caso, el juez correspondiente resuelve con fecha 19 de junio de 1993 rechazar la solicitud del señor Sampedro de acuerdo a razones que se resumen como sigue (17):

- De acuerdo a cita de la sentencia N° 53/1985 del Tribunal Constitucional español, estima que el derecho a la vida impone a "los poderes públicos el deber de adoptar medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho".
- Ello impide, en consecuencia, configurar el derecho a la vida "como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte" y, de esta forma, el hecho de que darse muerte sea un acto que la ley no prohíbe no significa, de modo alguno, que sea un derecho subjetivo de carácter fundamental "que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la libertad de morir".
- "En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente".
- Finalmente, en lo sustantivo, hace suyos los argumentos del dictamen del fiscal.

Al apelarse el fallo precedente ante la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó fallo el 28 de febrero de 1994 confirmándolo de acuerdo con los siguientes fundamentos:

- Se comparte la idea del juez de primera instancia, en orden a que el derecho del médico de suministrar medicamentos a su paciente se encuentra avalado por la moral, la Ciencia y la Ley, citándose al efecto el ordinal N° 2279 del Catecismo de la Iglesia Católica - "concepción religiosa - cultural histórica de España"-, el Código Deontológico de la Organización Médica Colegial y la propia legislación española.
- En lo que respecta a la solicitud del actor de que se respete su deseo de no ingerir alimento, considera que tampoco requiere pronunciamiento alguno, por tratarse y ser una facultad natural y esencial, integrada en el contenido jurídico de la propia persona: "la decisión voluntaria y libre de no ingerir alimentos por parte de una persona, básicamente forma parte de su patrimonio subjetivo de derechos y facultades".
- Finalmente, considera que no es a los tribunales de justicia sino al Poder Legislativo al que le corresponde norma que regule la situación de la eutanasia activa, "que parece ser la pretensión de fondo aun cuando sutilmente o discretamente planteada, pero en lo absoluto solicitada en el escrito inicial, conforme se ha analizado".

El Tribunal Constitucional español, en su segunda Sala, se pronunció con fecha 18 de julio de 1994 respecto del recurso de amparo presentado por el actor, en contra del fallo dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona que antes hemos tratado.

El fallo declaró inadmisibile el amparo deducido, sin pronunciarse respecto de los argumentos antes señalados, en virtud de estimar que no correspondía deducir un recurso de amparo en la especie, ya que no había agotado la vía judicial, lo cual debía hacer ante los tribunales de la localidad en la que vivía y no ante los de Barcelona. Solo entonces podría el señor Sampedro dirigirse directamente al Tribunal Constitucional. Esta negativa, sin embargo, no impidió que tiempo después el actor consiguiera por métodos directos que alguien le suministrara veneno, acción eutanásica que lo privó de la vida, la cual fue filmada y transmitida por televisión, con gran escándalo en España.

c) Pacientes en estado vegetativo persistente y decisiones de sus familias sobre ellos

A este respecto, existen interesantes casos, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, que bien merecen ser reseñados.

En Estados Unidos, destacaremos los famosos casos de *Karen A. Quinlan* y de *Nancy Cruzan*.

El primero de ellos, que prácticamente dio origen a la jurisprudencia norteamericana sobre la materia, se refería a Karen, una muchacha que a consecuencia de una importante dosis de alcohol y barbitúricos, perdió el conocimiento el 14 de abril de 1975, y aunque se intentaron diversas medidas de reanimación, no fue posible que recobrase la conciencia, y los médicos declararon que estaba sumida en un estado vegetativo persistente sin posibilidades de recuperación de vida consciente. Frente a la solicitud de sus padres de cesar en los tratamientos y dejarla morir en paz, el Hospital de Saint Claire, en el que ella estaba internada y conectada a un respirador, se negó a desconectarla aduciendo razones morales y legales.

La causa llegó al Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey cuyos siete jueces decidieron unánimemente que Karen A. Quinlan tenía derecho a morir con dignidad, por lo cual se

autorizaba a desconectar su respirador. Sin embargo, Karen siguió respirando por sí sola después de ser desconectada del respirador y murió en mayo de 1985 de una neumonía en su propia casa, después de diez años de encontrarse en coma y alimentada por una sonda (18).

El caso Cruzan fue motivado por otra muchacha, la cual estuvo desde 1983 a 1990 en coma anóxico, producido a consecuencia de lesiones causadas por un accidente de automóvil. Luego de semanas en estado de coma, Nancy cayó en estado vegetativo persistente, y sus padres solicitaron al personal del hospital suspender la alimentación e hidratación de su hija, al evidenciarse su imposibilidad de recobrar la conciencia, solicitud que fue denegada bajo el argumento de que se requería un mandamiento judicial. Tal mandamiento efectivamente se obtuvo por los interesados del tribunal de primera instancia, que declaró que toda persona tiene el derecho garantizado por

Constituciones Estatal y Federal a rechazar "cualquier procedimiento de prolongación de la agonía", considerando además que a los 25 años, la paciente había manifestado a una compañera de habitación, que prefería no seguir viviendo en caso que una enfermedad o accidente la incapacitase para poder llevar una vida normal (19).

Sin embargo, esta decisión fue anulada por el Tribunal Supremo de Missouri y su fallo confirmado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, en cuanto a:

- Considerar, en primer orden, que sin duda la alimentación e hidratación artificial a los que estaba sometida la paciente no constituían tratamientos prescindibles, sino elementos que, al igual que un respirador artificial, la mantenían con vida, cuyo sentido y significado no correspondía que fuera definido por el tribunal de la instancia, el cual parecía haberse arrogado tal poder.
- Considerar que al no existir un *testamento vital* de Nancy, no podía subentenderse cuál había sido su verdadera voluntad para un caso como este, la que no podía presumirse de comentarios que hubiera hecho a sus amistades.
- Estimar, finalmente, que la decisión de finalizar la vida es definitiva e irreversible, por lo cual se puede exigir una alta carga de prueba de que esa ha sido la voluntad del paciente y se rechaza que los familiares tomen esta decisión en defecto de la interesada (20).

Sin embargo, hubo importantes votos de minoría a este fallo, en los cuales se consignaron argumentos tales como "el rechazo de la idea de que el Estado se constituya en garante de la vida de Nancy si no era ese su deseo, ya que no existe ningún interés general legítimo de mantenimiento de la vida que pueda prevalecer sobre el de la propia persona El interés del Estado solo estriba en determinar la voluntad de esa persona, o bien asegurarse que aquella que toma la decisión por el paciente es la que este hubiera elegido" (juez Brennan) y el de que "por encomiable que sea el interés del Estado hacia la vida humana no puede fomentarlo apropiándose de la vida de Nancy Cruzan como símbolo para sus propios fines" (juez Stevens).

Finalmente, el proceso vital de Nancy llegó a su fin tiempo después, no siendo autorizada la suspensión de hidratación y alimentación que habían solicitado sus padres.

En Inglaterra el caso más importante ocurrido hasta la fecha fue el de *Tony Bland*, el cual se planteó ante la justicia inglesa, luego de que este joven quedara en estado vegetativo persistente después de la catástrofe sucedida en el Estadio de Hillsborough en 1989. Después de cuatro años de esa situación y sin posibilidad alguna de mejoría, sus padres solicitaron judicialmente que se autorizara el retiro de la sonda nasogástrica a la que se le mantenía conectado. El caso fue en definitiva resuelto por la Cámara de los Lores actuando como Tribunal Supremo de Justicia, la cual estimó que su papel era resguardar *el mejor interés* del paciente, determinando si este residía en seguir recibiendo tratamiento o en suspenderlo, a fin de que se produjera su muerte. Considerando que el tratamiento recibido por el joven no era capaz de beneficiar su actual estado de salud, la Cámara de los Lores examinó si podía producirle algún tipo de efecto dañoso, concluyendo que la mantención de este dañaba seriamente su dignidad, al mantenerlo con vida en una situación totalmente indeseable y al no existir interés alguno del paciente relacionado con la mantención de esa vida (21).

Por esta razón y con el fin de evitar el sufrimiento que para el paciente y su familia podía significar este tipo de vida y considerando que Tony no pudo dejar al respecto una voluntad claramente expresada -ya que su juventud no hacía presumible ponerse previamente en la situación en la que se vio a causa del accidente sufrido-, la Cámara de los Lores autorizó la desconexión de la sonda nasogástrica que se le tenía insertada, produciéndose su muerte a los pocos días.

d) Solicitud del paciente de practicarle eutanasia o asistirlo en el suicidio.

Desde el punto de vista constitucional, debemos al respecto destacar la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 1997, en la cual, pronunciándose sobre la constitucionalidad de la figura penal del *homicidio piadoso*, consideró que esta se encontraba atendida a la Carta Fundamental del país, pues si bien lo sancionaba como delito, lo hacía con menor pena que el homicidio simple, por tratarse de una acción punible, cometida por razones humanitarias. Sin embargo, al abordar el argumento que el Derecho Penal colombiano considera como criterio básico para la imposición de la pena *al grado de culpabilidad* con que el acto se cometa, se vincula tal culpabilidad con el consentimiento informado del paciente, llegando a

siguientes premisas, que de alguna manera podemos entender que resumen la postura tomada en el voto de mayoría del caso:

1. "Solo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo ella es *deseable* y compatible con la dignidad humana".
2. "El Estado no puede oponerse a la decisión de un individuo que no desea seguir viviendo y que solicita que le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles *con su idea de dignidad*".
3. "La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquel que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir".

4. "El caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada".

La sentencia de la Corte Constitucional concluía haciendo un llamado al Poder Legislativo colombiano, para que se legislara sobre el tema, estimándose que la voluntad del paciente así manifestada, tenía por resultado el liberar la conducta del médico no solo de culpabilidad, sino también de antijuridicidad, ya que quedaba de manifiesto no la voluntad del sujeto que actuaba, sino la de quien solicitaba su actuación, la que estaba liberada de sanción por ser equiparable al suicidio.

El tema también se ha planteado en fallos de carácter constitucional norteamericanos, como el de *Washington et al versus Glucksberg et al* en que la Suprema Corte de los Estados Unidos, resolviendo el caso de la asistencia al suicidio de pacientes por sus médicos tratantes, en 1997, declaró que la legislación de Washington que prohíbe estas prácticas no se opone a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana -como consideraban los recurrentes- sino por el contrario, puntualizó: "el suicidio es un serio problema de salud pública, especialmente en lo relativo a personas pertenecientes a grupos vulnerables. El Estado tiene interés en prevenir el suicidio, en estudiarlo, identificarlo y tratar sus causas. Quienes cometen suicidio -sean pacientes terminales o no-, algunas veces sufren de depresión o de otros desórdenes mentales. La investigación indica, sin embargo, que mucha gente que solicita suicidio médicamente asistido, lo que requiere en realidad es que su depresión y sufrimiento sea tratado... Legalizar el suicidio asistido puede hacer más difícil para el Estado proteger a personas deprimidas o mentalmente enfermas o a quienes son víctimas de dolores no tratados, respecto de sus impulsos suicidas (22).

En el caso *Quill*, por su parte, relativo a legislación equiparable a la anterior, pero de Nueva York (23), la Suprema Corte resolvió similarmente, distinguiendo entre *dejar morir* a un paciente y *causar la muerte* de este, "ya que es un derecho del paciente rehusar tratamientos médicos que interfieren con sus decisiones prioritarias, pero no existe derecho y aun más, se penaliza por leyes de la mayoría de los Estados, el asistir a otro para que se suicide". De allí que leyes de Nueva York han hecho una distinción racional entre el rehusar tratamientos médicos, lo que es un derecho constitucional, y asistir a otro para que se suicide, lo cual no resulta jurídicamente aceptable, en virtud del principio de preservación de la vida y del principio de prohibición del homicidio intencional.

Finalmente, conviene mencionar algunos casos de naturaleza penal, en los cuales, habiendo un médico que ha proporcionado sustancias a pacientes enfermos que solicitaban ayuda para suicidarse, ni siquiera se abrieron procesos criminales en su contra -como el caso del cirujano *Julius Hackental*, que en 1984, en Alemania, admitiera haber proporcionado una sustancia letal a un enfermo de cáncer en fase terminal decidido a suicidarse- o solamente se sometió al profesional a una suspensión temporal de su ejercicio profesional, como el caso del oncólogo y miembro del Parlamento Europeo, *León Schwartenber*, que en 1991 en Francia admitió públicamente haber ayudado a morir a muchos pacientes terminales (24). Tales casos no solamente han revelado la resistencia de los tribunales del crimen de muchos países del mundo para condenar actitudes de auxilio al suicida cuando se trata de víctimas en estado terminal o gravemente enfermas, sino que en muchos casos han servido como base o motivado la

presentación e incluso aprobación de legislación que admite estas figuras o derechamente autoriza a los jueces para considerar penalmente justificadas y exentas de penalidad.

IV Conclusiones

De los casos someramente revisados, que son representativos de muchos más que se han producido la última veintena en muchos países del mundo, queda en evidencia que los tribunales de justicia se han convertido crecientemente en el escenario propicio para la invocación de la eutanasia o del suicidio asistido como derechos constitucionales de personas, al punto de pretender a través de tales argumentos poner en jaque la validez de normas jurídicas positivas que los sancionan o al menos a conseguir la despenalización creciente de estas figuras y autorizaciones judiciales para proceder respecto de el como si se encontraran validadas por el Derecho.

En algunas oportunidades, tales intentos han encontrado buena acogida, no solo por la resistencia de muchos tribunales de justicia respecto de sancionar a médicos que ayudan a pacientes graves a suicidarse o incurrir en conductas eutanásicas, sino también porque la jurisprudencia se ha venido inclinando paulatinamente a distinguir cada vez con más fuerza el ámbito individual del social y a estimar que si bien no puede exigirse compulsivamente al Estado proporcionar medios para que un individuo concrete su propósito de morir, tampoco el Estado se encuentra autorizado para sancionar o impedir que este consiga la concreción de sus deseos, directamente o con auxilio de un tercero.

Tal forma de pensar, sin duda, se orienta cada vez más a lo que hemos considerado el reino de la ética individual, en la cual *la conciencia de cada uno* se ha transformado en la rectora de todas conductas, sin que respecto de tal conciencia se haga análisis alguno de corrección en forma externa y, desde luego, sin que pueda cuestionarse en absoluto lo que cada uno estima mejor para sí.

Lo curioso es que el énfasis en la autonomía y en la total libertad de cada uno para decidir o solicitar la muerte, que cada vez ocupa más espacio y se impone en mayor medida -quedando jurisprudencia como la chilena en una situación de verdadera *isla* frente a la arremetida de la visión de la vida como materia de disposición de la persona-, ha tenido un efecto jurídico contrario al que originalmente pareciera tener. En efecto, si bien externamente, estas tendencias pueden darnos el efecto que elevan a la persona por sobre la comunidad y profundizan en su libertad y en su capacidad de decisión, la verdad es que a la par, esa misma libertad y decisión sirve para que la persona humana sea cada día más cosa y menos sujeto de derecho, cada día más susceptible de apropiación, cada día más frágil en su dignidad intrínseca.

Allí donde el individuo dispone de su vida, muy pronto surge la tentación de que la familia asimismo disponga en su representación..... y cuando no hay familia o esta no se interesa en el caso, el Estado rápidamente asume el mando de

decisiones, arrogándose el más absoluto derecho de determinar lo que el individuo *hubiese querido* o el tipo de vida que hubiese estado dispuesto a *tolerar*.

De esta forma, va tomando cuerpo esa curiosa *alquimia jurídica*, que se inicia con

pócimas de la libertad, la autonomía y la ética individual, y que termina transformando al individuo de la especie humana en una cosa, disponible primero por él y luego por otros, en una criatura que se transforma en indigna si su calidad de vida no es buena -como si de lo externo al ser humano dependiera su dignidad intrínseca-, en una *no persona* cuando pierde contacto con los demás, queda postrada o salud empeora, en un objeto sobre el cual los demás hacen valer los derechos de los que ella -en tiempos mejores- fue titular.

1 Algunos párrafos de este epígrafe y del siguiente constituyen una síntesis de la ponencia que la autora presentó a XXIX Jornadas de Derecho Público celebradas en noviembre de 1998 en la Pontificia Universidad Católica de Chile, la cual llevó por título "El cuestionamiento del modelo constitucional. Una reflexión acerca de la ética individual, 'los nuevos derechos' y el retorno a la paradoja de la tolerancia" (en imprenta).

.2 Ver, de Robert Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy vs. Control* (New Haven, Yale University Press, 1996), en que se desarrolla muy bien esta problemática.

3 Michael Novak: *Morality, Capitalism and Democracy* (Londres, IEA Health and Welfare Unit, 1990) p. 19.

4 *Ibidem*, p. 18.

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

6 *Ob. cit.*, pp. 23 - 24.

7 Andrés Ollero Tassara: *Ob. cit.*, p. 31.

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

9 "El Estado no se ocupa de doctrinas filosóficas y religiosas, sino que regula la búsqueda que hacen los individuos de sus intereses morales y espirituales conforme a los principios con que ellos mismos estarían de acuerdo en una situación inicial de igualdad.... De los principios de la justicia se deriva que el gobierno no tiene ni el derecho ni el deber de hacer, en materia de moral y de religión, lo que él o una mayoría (o quienquiera) desee hacer. Su deber se limita a garantizar condiciones de igualdad de la libertad religiosa y moral": John Rawls, *Teoría de la Justicia* (México, Fondo de Cultura Económica, 1995) p. 202.

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

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

12 Este concepto pertenece a Wesley J. Smith, *Forced Exit. The slippery slope from assisted suicide to legalized murder* (New York, Random House, 1997) p. s/n "a word about terminology", quien aclara que razones del que asiste al suicidio de otros son mismas, normalmente, de quien ejecuta un acto eutanásico.

13 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2ª Parte, Sección Quinta (Santiago, 1984), p. 164.

14 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2ª Parte, Sección Quinta (Santiago, 1992), p. 222.

15 *Ibíd.*, pp. 221-222.

16 Transcripción del fallo realizada por el Profesor Dr. Francisco Javier Ansuátegui Roig, en obra inédita *Problemas Prácticos de Ética Normativa: La Eutanasia*, p. 134.

17 *Ibíd.*, pp. 137-141.

18 Este caso se encuentra reseñado en María Casado González, *La Eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos* (Madrid., Reus, 1994), pp. 58-59.

19 *Ibíd.*, en p. 60.

20 Ian Kennedy & Andrew Grubb: *Medical Law: Text with Materials* (London, Butterworths, 1994) pp. 1229-1231.

21 *Ibídem*, pp. 1225-1226.

22 La sentencia *Washington vs. Glucksberg* se encuentra transcrita en Michael M. Uhlmann (editor), *t Rights. Assisted suicide and euthanasia debated* (Michigan, Eerdmans, 1998) pp. 600-629.

23 *Ibídem*, pp. 630-633.

24 Ambos casos aparecen comentados en Luis Fernando Niño: *Eutanasia, morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales* (Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994) pp. 237 y 243-244.