

PROPUESTA ALTERNATIVA SOBRE REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO, LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE, EL TRATAMIENTO TERAPÉUTICO NO CONSENTIDO, EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL SUICIDA Y LA EUTANASIA ACTIVA DIRECTA

Antonio Bascuñán Rodríguez
Jorge Bofill Genzsch¹

Propuestas:

1. Establecer en la PACP el principio *volenti non fit iniuria*.
2. Modificar la Ley 20.584, para adecuarla al reconocimiento cabal del derecho del paciente al rechazo del tratamiento médico y distinguir adecuadamente los casos de desacuerdo entre el médico y el paciente y de tratamiento del paciente incompetente y menor de edad.
3. Establecer en la PACP el delito de tratamiento terapéutico no consentido.
4. Reconocer en la PACP la autodeterminación del suicida responsable.
5. Autorizar en la PACP y en la Ley 20.584 la eutanasia activa directa.

¹ El punto 2 de esta propuesta fue discutido con la Dra. Sofía Salas Ibarra, el Dr. Juan Pablo Beca Infante y el abogado Alberto Lecaros Urzúa, especialistas en bioética y ética clínica. Los puntos 1, 3 y 5 de esta propuesta fueron discutidos con el profesor de derecho penal, Javier Wilenmann von Bernath. La propuesta se benefició grandemente de sus comentarios; los errores y defectos que quepa atribuirle son de exclusiva responsabilidad de los proponentes.

Establecer en la PACP la relevancia del consentimiento del ofendido como un principio general interpretativo de la ley penal (*volenti non fit iniuria*) (N° 1), junto con la interpretación teleológico-restrictiva y la exclusión de la bagatela (N° 2) y la inclusión de una cláusula general y subsidiaria de derrotabilidad (N° 3), tomando como modelo sistemático la sección 2.12 del Model Penal Code².

Art. 3°. *Interpretación de la ley penal.* En la aplicación de las disposiciones que describen y sancionan delitos se entenderá que:

1° no se comete delito en contra de quien consiente expresamente en ello, a menos que la ley disponga otra cosa;

2° no se comete delito si no se irroga el mal que pretende evitar la ley o no se genera el peligro de irrogarlo, o si el mal irrogado o el peligro generado son de tan poca consideración que no se justifica sancionar por esa razón;

3° no corresponde imponer una pena cuando concurren circunstancias excepcionales que atenúan de tal modo la relevancia del hecho que no es razonable suponer que la ley haya querido sancionarlo.

² “*De Minimis Infractions.* The Court shall dismiss a prosecution if, having regard to the nature of the conduct charged to constitute an offense and the nature of the attendant circumstances, it finds that the defendant’s conduct: / (1) was within a customary license or tolerance, neither expressly negated by the person whose interest was infringed nor inconsistent with the purpose of the law defining the offense; or / (2) did not actually cause or threaten the harm or evil sought to be prevented by the law defining the offense or did so only to an extent too trivial to warrant the condemnation of conviction; or / (3) presents such other extenuations that it cannot reasonably be regarded as envisaged by the legislature in forbidding the offense.”

Modificar los Arts. 10 y 14 a 18 de la Ley 20.584 para adecuarlos al reconocimiento cabal de la autonomía del paciente, inclusiva del derecho al rechazo del tratamiento médico.

Ideas regulativas:

1. Asumir en principio el interés del paciente en sanarse y sobrevivir:
 - (i) respecto de pacientes incapaces o en situaciones de urgencia (intervención impostergable y ausencia de información acerca de la voluntad del paciente) opera el consentimiento presunto: *in dubio pro vita*;
 - (ii) en casos de riesgo vital por omisión del tratamiento, la consulta a las personas cercanas al paciente incompetente adulto o menor púber tiene sentido como medio de averiguación de su voluntad más probable; sólo los apoderados (mandato) y los representantes legales de los menores impúberes son sustitutos de la voluntad del paciente: los sustitutos no pueden ejercer el derecho irrestricto a rechazar el tratamiento que tiene el paciente competente (punto 2.ii);
 - (iii) la manifestación de voluntad del paciente contraria a la recuperación de la salud o la evitación de la muerte debe ser examinada con cuidado, bajo sospecha de incompetencia.

2. Reconocer el derecho a la inviolabilidad del cuerpo:
 - (i) el consentimiento expreso del paciente competente es una condición de la legitimidad de la intervención terapéutica;
 - (ii) el paciente competente tiene un derecho irrestricto de rechazar o interrumpir cualquier tratamiento;
 - (iii) el derecho al rechazo del tratamiento puede ejercerse mediante una declaración de voluntad otorgada previamente para el caso de incapacidad sobreviniente;
 - (iv) el derecho al rechazo o interrupción del tratamiento no implica un derecho a ser muerto o auxiliado en el suicidio;

3. Establecer la facultad excepcional de tratamiento médico forzado para la protección de terceros que no consienten el riesgo (contagio) proveniente de un paciente.

4. Reconocer la existencia de límites objetivos al esfuerzo terapéutico (intervenciones fútiles según la *lex artis*) prevalecientes sobre la voluntad del paciente.

5. Consagrar la doctrina bioética del menor maduro, esto es, reconocer autodeterminación clínica al menor púber, y establecer un procedimiento de autorización judicial excepcional para el menor impúber.

6. Someter a la decisión de un tercero imparcial:
 - (i) la duda acerca de 1(ii)

- (ii) la duda entre 1(iii) y 2(ii),
- (iii) el conflicto entre 2(ii) y 3,
- (iv) conflicto entre 4 y la voluntad de paciente o las personas a él cercanas.

7. Dejar claramente establecido que el rechazo del tratamiento por el paciente competente no constituye una cuestión sometida a la decisión de otro.

Modificaciones propuestas (se las indica en color rojo):

“Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a **su apoderado o representante legal**, o en su defecto, **a la persona a ella más cercana o a cuyo cuidado se encuentre, o a alguno de sus parientes en el orden señalado por el artículo 42 del Código Civil**. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente. **Salvo por el caso de menores de catorce años o que el paciente incapaz hubiere designado apoderado para el caso de sobrevenir su incapacidad de prestar consentimiento, la entrega de información a las personas antes señaladas, y su consulta, siempre tiene por objetivo permitir al profesional la determinación de la voluntad más probable de la persona incapaz.**

Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona, la imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia³.

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de la información a la que se refiere este artículo, así como la existencia de lugares apropiados para ello.

³ Inciso sustituido: “Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona, y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.”

Párrafo 6°
De la autonomía de las personas en su atención de salud

§ 1. Del consentimiento informado

Artículo 14. Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud⁴.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10. El hecho de que se pueda presumir que la persona otorgaría su consentimiento si se le informara debidamente no releva al profesional del deber de obtener su consentimiento informado.

Las declaraciones de voluntad realizadas en ejercicio de este derecho son actos personalísimos y esencialmente revocables, total o parcialmente. La revocación podrá ser prestada verbalmente en cualquier momento⁵.

Cuando el rechazo del tratamiento exponga a la persona a un riesgo de muerte o de grave daño a su salud que sería evitable prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, el profesional deberá cerciorarse con cuidado acerca del ejercicio libre, voluntario e informado de su voluntad. Salvo por el caso establecido en el inciso final de este artículo, las personas señaladas en el inciso segundo del artículo 10 no podrán adoptar una decisión que exponga ese riesgo a la persona mayor de catorce años pero incapaz, a menos que antecedentes fidedignos demuestren fehacientemente que esa era su voluntad o permitan presumir fundadamente que ella habría rechazado ese tratamiento en consideración a la clase, duración y transcurso de su enfermedad.

El derecho al rechazo o interrupción del tratamiento no implica el derecho a ser muerto o auxiliado en el suicidio⁶.

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse y ese documento contiene dicha información.

Asimismo, el profesional omitirá o interrumpirá el tratamiento, aunque ello exponga a la persona a un riesgo de muerte o de grave daño a su salud, cuando la persona así lo haya

⁴ Frase suprimida: “con las limitaciones establecidas en el artículo 16”.

⁵ Cfr. infra, nota 6.

⁶ Inciso sustituido: “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.”

ordenado en una declaración escrita y eficaz de voluntad otorgada para el caso de sobrevenir su incapacidad de prestar consentimiento⁷. El apoderado designado para estos efectos requerirá autorización expresa para rechazar el tratamiento generando ese riesgo.

Artículo 15. No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:

a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.

b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y no sea posible conocer fehacientemente la manifestación de su voluntad contraria a la intervención⁸.

c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad, no fuere habida alguna de las personas señaladas en el inciso segundo del artículo 10 ni existieren otros antecedentes fidedignos que permitieren presumir su voluntad. En estos casos se adoptará los tratamientos indicados para cuidar su salud y procurarle bienestar⁹.

Art. 15 bis¹⁰. Las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años no son incapaces por esa razón para efectos de esta ley y expresarán su voluntad personalmente. Sin

⁷ Boletín 4.398-11, Artículo 18 del mensaje: “La persona podrá manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. / Dicha manifestación de voluntad deberá expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso./ Para que dicha manifestación de voluntad produzca efecto, la persona debe cumplir con dos condiciones. Por una parte, debe tener un estado de salud terminal. Por la otra, debe encontrarse con incapacidad de manifestar su voluntad, no siendo posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. / En esta declaración también se podrá expresar la voluntad de donar órganos de acuerdo a lo establecido en la ley N° 19.451. También en ella podrá designarse un apoderado para las decisiones vinculadas a los tratamientos. Asimismo, podrá expresarse la voluntad de que todos o algunos antecedentes específicos de su salud y de su ficha clínica no sean comunicados a terceros. De la existencia de esta declaración se deberá dejar constancia en la ficha clínica de la persona. / En esta declaración no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propio del arte médico. / En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética que corresponda al establecimiento de salud donde ésta sea atendida, el que velará especialmente por el cumplimiento de los supuestos de hecho en ella descritos. De lo anterior, deberá dejarse constancia en la ficha clínica de la persona. / Las declaraciones de voluntad regidas por este artículo son actos personalísimos y esencialmente revocables, total o parcialmente. La revocación podrá ser verbal y en cualquier momento, pero para ser oponible, deberá dejarse testimonio de ella por escrito.” *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AEStB)*, Goltdammer’s Archiv 2005, p. 553-586, § 214-(1)-2.

⁸ Frase sustituida: “y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.”

⁹ Oración sustituida: “c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.”

¹⁰ Boletín 4.398-11. Art. 17 inciso segundo del mensaje: “En el caso de los menores de dieciocho años y mayores de catorce, la expresión de voluntad deberá ser personal, sin perjuicio de lo cual, si el médico tratante estima

perjuicio de ello, sus padres o representantes legales deberán ser también informados por el profesional, a menos que el menor se opusiere. La oposición del menor no obstará al deber del profesional de informar a las personas señaladas en caso de que el rechazo del tratamiento por parte del menor implicare grave riesgo para su vida o su salud, salvo por el caso señalado en el inciso final de este artículo.

Los menores de catorce años de edad no son personas capaces para efectos de esta ley, pero serán informados, atendiendo sus condiciones de desarrollo psíquico, su competencia cognitiva y su situación personal, y el profesional de la salud considerará su opinión. La decisión respecto de ellos corresponde a sus padres o representantes legales, salvo por el caso señalado en el inciso final de este artículo. Los padres o representantes legales no podrán adoptar una decisión exponga al menor a un riesgo de muerte o de grave daño a su salud que sería evitable prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, a menos que:

- a) los tratamientos indicados no tengan resultados seguros y conlleven tanto sufrimiento del menor que resulte razonable prescindir de ellos por consideración a su bienestar;
- b) los tratamientos indicados sean gravemente afrentosos para la dignidad del menor conforme a sus creencias personales, y se disponga de tratamientos alternativos para evitar ese riesgo, aunque su eficacia no sea estrictamente equivalente.

En los casos en que un menor de cualquier edad se opusiere a que el profesional informe a sus padres o representantes legales, y a juicio del profesional existieren antecedentes fundados para afirmar que la información a ellos podría generar para el menor un riesgo de violencia intrafamiliar, coacción, amenaza o maltrato, o una posible situación de desarraigo o desamparo, el profesional se abstendrá de informarles. En tal situación, tratándose de menores de catorce años, en caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos o que conlleven un riesgo relevante para la salud del menor, o si el menor insistiere en que se adopte una decisión que lo exponga a un riesgo de muerte o de grave daño a su salud por las razones expresadas en las letras a) y b) del inciso anterior, se solicitará una autorización sustitutiva al tribunal de familia competente, el que deberá pronunciarse a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud.

§ 2. Del estado de salud terminal¹¹

Artículo 16. La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a denegar su voluntad de someterse a cualquier tratamiento, pudiendo siempre

que la situación del menor implica grave riesgo para su salud o su vida, podrá, con consulta al comité de ética que corresponda, consultar directamente a los padres o representantes legales. En caso que la voluntad manifestada por el menor difiera de la voluntad manifestada por su representante, será aplicable, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 19. A los menores de catorce años de edad igualmente se les deberá consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión definitiva corresponderá a los representantes legales”.

¹¹ Frase omitida: “y la voluntad manifestada previamente”.

solicitar el alta voluntaria¹². El derecho al rechazo o interrupción del tratamiento no implica un derecho a ser muerto o auxiliado en el suicidio.¹³

Este derecho¹⁴ no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública, en los términos establecidos por la ley¹⁵. De esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.

Para el correcto ejercicio del derecho establecido en el inciso primero, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible.

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén, a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual, y a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad. Contando con el consentimiento expreso de la persona, su apoderado o representante legal, o con una declaración escrita y eficaz de su voluntad para el caso de su incapacidad de prestar consentimiento, o pudiendo presumirse fundadamente el consentimiento de la persona incapaz, el profesional podrá adoptar medidas paliativas médicamente indicadas aun cuando con ello acelere el acaecimiento de la muerte como efecto colateral, siempre que ese efecto no sea evitable de otro modo disponible ni sea perseguido como fin de la acción o como medio para aliviar el sufrimiento¹⁶.

El profesional podrá omitir o interrumpir el tratamiento en caso de una muerte inminente, si conforme al conocimiento médico ya no es indicado el comienzo o continuación de medidas que conservan la vida en consideración al estado de sufrimiento de la persona y la falta de perspectivas del tratamiento, evitando así la prolongación de su agonía¹⁷.

§ 3. De los comités de ética

Artículo 17. En caso de que se exigiere del profesional un tratamiento terapéutico no indicado o se discrepare de su decisión de limitar el esfuerzo terapéutico¹⁸, éste deberá

¹² Expresión derogada “otorgar o”. Inciso final derogado (ver Art. 17 inciso primero): “Siempre podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona, el apoderado que ella haya designado o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enunciación.”

¹³ Oración sustituida: “En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.”

¹⁴ Expresión derogada: “de elección”.

¹⁵ Expresión sustituida: “el Código Sanitario”.

¹⁶ *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)*, Goltdammer’s Archiv 2005, p. 553-586, § 214a.

¹⁷ *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)*, Goltdammer’s Archiv 2005, p. 553-586, § 214(1)4.

¹⁸ Incisos derogados (ver art. 18): “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.”

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.

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 **y en su interés** 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.

El profesional tratante podrá¹⁹ 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 procedimiento establecido en este artículo será también aplicable:

- a) cuando la persona rechazare parte del tratamiento y el profesional estimare inconducente el resto del tratamiento que ella exige;
- b) cuando el profesional tuviere dudas acerca de la capacidad de la persona que rechaza un tratamiento y ese rechazo la expusiere a un riesgo de muerte o de grave daño a su salud que sería evitable prudencialmente siguiendo dicho tratamiento;
- c) cuando hubiere discrepancias entre el profesional y los padres o representantes legales del menor de catorce años, y la omisión del tratamiento indicado por el profesional expusiere al menor a un riesgo de muerte o de grave daño a su salud que sería evitable prudencialmente siguiendo dicho tratamiento;
- d) cuando hubiere discrepancias entre el profesional y las personas a quien él debe informar en los casos del inciso segundo del artículo 10, el profesional tuviere dudas acerca de la correspondencia de la opinión de esas personas y la voluntad más probable de la persona incapaz y la omisión del tratamiento indicado por el profesional expusiere a la persona incapaz a un riesgo de muerte o de grave daño a su salud que sería evitable prudencialmente siguiendo dicho tratamiento.

En los casos de las letras b), c) y d), la dirección del respectivo establecimiento de salud, a propuesta del profesional tratante y con acuerdo del comité de ética, podrá solicitar a la Corte de Apelaciones la autorización para efectuar el tratamiento indicado contra la voluntad la persona de cuya capacidad se duda, o contra la voluntad de los padres o representantes legales del menor de catorce años, o contra las personas a quien se debe informar en los casos del inciso segundo del artículo 10.

Artículo 18. La persona que expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas, podrá siempre solicitar el alta voluntaria. Si el profesional tratante tuviere dudas fundadas acerca de su capacidad, se

¹⁹ Frase sustituida: “Si el profesional tratante difiere de la decisión manifestada por la persona o su representante,”

seguirá el procedimiento establecido en el artículo precedente. De otro modo, se le otorgará el alta.²⁰

En el caso de la letra a) del inciso quinto del artículo 17, la dirección del correspondiente establecimiento de salud, a propuesta del profesional tratante y previa consulta al comité de ética, podrá decretar el alta forzosa.

²⁰ Artículo sustituido: “En el caso de que la persona, en virtud de los artículos anteriores, expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas, podrá solicitar el alta voluntaria. Asimismo, en estos casos, la Dirección del correspondiente establecimiento de salud, a propuesta del profesional tratante y previa consulta al comité de ética, podrá decretar el alta forzosa.”

Establecer en la PACP, a continuación del delito de maltrato, o, en subsidio, del delito de lesiones menos graves, el delito de tratamiento terapéutico no consentido.

Art. A. *Tratamiento terapéutico no consentido.* El profesional de la salud que, obrando según el conocimiento y experiencia de su profesión pero sin el consentimiento de otro lo sometiere a un tratamiento terapéutico, será sancionado con inhabilitación para el ejercicio de toda profesión de la salud de 1 a 3 años, sin perjuicio de las demás penas que le correspondieren por los delitos cometidos con ocasión del hecho.

En los casos en que pudiere presumirse fundadamente que de haber cumplido el profesional su deber de informar al paciente éste habría consentido el tratamiento, la pena sólo será de inhabilitación de la respectiva profesión hasta por 1 año.

Si el tratamiento no consentido contraviniera además el conocimiento y la experiencia de la profesión, el profesional será sancionado inhabilitación para el ejercicio de toda profesión de salud de 3 a 7 años y las demás penas a que se refiere el inciso primero de este artículo serán impuestas considerando el hecho como una agravante calificada.

Ideas regulativas perseguidas con la propuesta:

1. Declarar legalmente la punibilidad de la intervención médica no consentida por el paciente, removiendo las objeciones a su tipicidad o antijuridicidad vinculadas a la satisfacción de la *lex artis* científico-técnica, y agravando la pena en caso de infringirse la *lex artis* científico-técnica.
2. Mantener la aplicación de los tipos penales eventualmente concurrentes en los casos usuales de tratamiento forzoso: coacción, privación de libertad, maltrato corporal, lesiones.
3. Establecer una sanción de inhabilitación especial particularmente severa como pena independiente de la comisión de otros delitos (puntos 2 y 3), y en su caso concurrente con las penas que por ellos corresponda aplicar.
4. Introducir la consideración del consentimiento hipotético para distinguir el caso menos grave de infracción del deber de obtener el consentimiento informado del paciente²¹.

²¹ Cfr. *supra*, el inciso segundo del Art. 14 que se propone introducir en la Ley 20.584.

Establecer en la PACP, en el párrafo relativo al delito de homicidio, una regla de exclusión de la ilicitud de la omisión de evitación del suicidio responsable.

Art. B. *Omisión de evitación de suicidio*. El que omite evitar el suicidio de otro o impedir su muerte después de su intento de suicidio, no actúa ilícitamente cuando el suicidio se basa en una decisión libre y seria, expresamente declarada o que es reconocible por las circunstancias.

No se puede asumir la existencia de una decisión libre y seria de quien es menor de catorce años de edad o de aquel cuya voluntad se encuentra afectada en el sentido de los artículos 19 inciso primero²² o 27²³ del Código Penal²⁴.

Idea regulativa:

Reconocer prioridad a la autodeterminación del suicida responsable respecto de cualquier deber de garante de su vida y salud.

²² Art. 19. *Inimputabilidad por padecimiento de anomalías o alteraciones*. Actúa sin culpabilidad el que, a causa de cualquier anomalía o alteración, permanente o transitoria, al tiempo de incurrir en la acción u omisión que se le imputa haya sido incapaz de comprender la ilicitud de su conducta o de controlarla a fin de adecuarse a las exigencias del derecho.

²³ Art. 27. *Síndrome de abstinencia*. No es punible el que actúa bajo la influencia de un síndrome de abstinencia debido a su dependencia del alcohol, de estupefacientes o sustancias sicotrópicas y que lo impulsa irrefrenablemente a la comisión del hecho.

²⁴ *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)*, Goldammer's Archiv 2005, p. 553-586, § 215.

Autorizar la eutanasia activa directa mediante una regla general en la PACP y una regulación especial en la Ley 20.584.

4.1. Regla general establecida en la PACP, en el párrafo del delito de homicidio, en reemplazo de cualquier regla que establezca la punibilidad del homicidio consentido, la inducción al suicidio y/o el auxilio al suicidio:

Art. C. *Muerte a requerimiento*. Actúa lícitamente el que da muerte a otro a requerimiento expreso de éste, siempre que el requerimiento obedezca a razones de consideración²⁵. Son razones de consideración las que harían de la conservación de la vida una grave carga personal.

Si el requerimiento no obedeciere a razones de consideración, la pena será de prisión de 1 a 5 años.

4.2. Introducir el siguiente nuevo Art. 18 bis en la Ley 20.584:

Art. 18 bis. Se presume de derecho la licitud de la acción del médico que da muerte a una persona a requerimiento de ella cumpliéndose con las siguientes condiciones:

1° que la muerte ponga término a un sufrimiento grave que no pueda ser evitado o suficientemente atenuado de otro modo;

2° que la persona sea mayor de edad y que su requerimiento se base en su conocimiento del diagnóstico médico acerca de su estado personal.

Se presume asimismo de derecho la licitud de la acción del médico que da muerte a una persona que se encuentra incapacitada de requerir su muerte, cumpliéndose con las siguientes condiciones:

1° que la muerte ponga término a un sufrimiento grave que no pueda ser evitado o suficientemente atenuado de otro modo;

2° que la persona sea mayor de edad y haya requerido por escrito su muerte expresa y seriamente antes de caer en incapacidad o haya autorizado expresamente a su apoderado para requerirla;

3° que el requerimiento de la persona o la autorización a su apoderado se haya basado en su conocimiento del pronóstico médico acerca de su eventual estado personal.

²⁵ La propuesta presupone la impunidad de la participación en el suicidio. En caso de acordarse su punibilidad, debe sustituirse la frase “a requerimiento expreso de éste” por la frase “da muerte a otro o lo auxilia en su suicidio, a requerimiento expreso suyo”.

Respecto de pacientes menores de dieciocho pero mayores de catorce años, se presume asimismo de derecho la licitud de la acción del profesional que le da muerte, cumpliéndose las condiciones anteriores, según el caso, y además las siguientes:

1° que se acredite que el menor se encontraba en condiciones de realizar una estimación razonable de sus intereses al momento de expresar su requerimiento;

2° que el menor formuló su requerimiento después de haber tomado en consideración la opinión de sus padres o representantes legales.

Si el menor se opusiere a que el profesional informe a sus padres o representantes legales, y a juicio del profesional existieren antecedentes fundados para afirmar que la información a ellos podría generar para el menor un riesgo de violencia intrafamiliar, coacción, amenaza o maltrato, se solicitará el pronunciamiento del tribunal de familia competente, el que deberá evacuarlo a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud. El tribunal ordenará dar cumplimiento a lo dispuesto en el número 2 del inciso precedente o autorizará al menor a prescindir de ello.

En todos los casos antedichos se requerirá además la corroboración de la concurrencia de los requisitos anteriores por el comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, el que le corresponda según el reglamento dispuesto en el artículo 20 le corresponda.

Tanto la persona requirente como cualquiera en su interés podrá, si no se conformare con la opinión del comité, recurrir del modo señalado en el artículo 17.

Cumplíndose con todos los requisitos exigidos en los incisos precedentes, el médico se encuentra también legítimamente autorizado en los casos del inciso primero y tercero para auxiliar al paciente en su suicidio.

El médico requerido para dar muerte o auxiliar en el suicidio podrá ejercer una objeción fundada de conciencia y excusarse de otorgar cualquiera de esas prestaciones, siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos:

1° haber manifestado anticipadamente y por escrito al establecimiento de salud al que pertenece su decisión de ejercer la objeción de conciencia en casos de muerte a requerimiento y auxilio al suicidio y las razones que la fundamentan;

2° otorgar por escrito un certificado médico en que conste su diagnóstico y su decisión de excusarse en el caso particular conforme a esta disposición legal; y,

3° derivar a la persona requirente a un médico que esté dispuesto a otorgar las prestaciones señaladas.

El ejercicio de la objeción de conciencia es un acto esencialmente individual del profesional de salud directamente involucrado en el procedimiento. Ni las instituciones de salud ni el personal administrativo o técnico de apoyo a la labor médica pueden ejercer la objeción de conciencia.

También se presume de derecho la licitud de la acción de quien, sin ser médico, da muerte a otro o lo auxilia en su suicidio en los casos antedichos y cumpliendo con las mismas condiciones, cuando el médico requerido se negare a hacerlo por objeción fundada de conciencia, y

1° dicho médico omitiere derivar a la persona requirente a un médico que esté dispuesto a otorgar la prestación requerida, dentro de las 48 horas que siguen a su negativa, o bien,

2° el médico al que se derivó el caso ejerciere a su vez objeción fundada de conciencia.