

para el tratamiento, pues su carga viral se mantuvo estable y sin manifestaciones de la enfermedad. Podría plantearse que la mera pérdida de la posibilidad constituye un daño indemnizable, aunque en este caso no arrojó ninguna consecuencia ni en el tratamiento ni en la manifestación de la enfermedad.

Para establecer un criterio apropiado, parece razonable que en la hipótesis en que la pérdida de la posibilidad no tenga consecuencias en el estado del paciente, no cabría indemnizar suma alguna; en cambio, sólo habría derecho a indemnización si existiere un vínculo entre la pérdida de posibilidad y un resultado perjudicial para el paciente derivado de su estado inicial.

3. CAUSAL DE EXONERACIÓN ESPECIAL PARA LOS SERVICIOS DE SALUD

El artículo 41 expresa:

“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos”.

Esta causal de exoneración especial podría haber tenido una creciente aplicación a propósito de las infecciones intrahospitalarias tan comunes en el servicio público¹⁷. Nada de eso se vislumbra en la jurisprudencia de cortes de apelaciones ni tampoco en aquella de la Corte Suprema.

El cambio en la noción de la fuerza mayor se verifica al considerar causal de exoneración un hecho o circunstancia sin necesidad de que concurren en forma copulativa el elemento de imprevisión e inevitabilidad. O sea, basta que concorra uno u otro, cuestión que se verifica en las infecciones intrahospitalarias, las que, aunque son previstas en cuanto a su ocurrencia, son inevitables en determinados porcentajes de riesgo.

Eso sí, debe distinguirse el hecho mismo de sus consecuencias, pues una vez acaecido, el servicio respectivo debe desplegar la conducta necesaria para paralizar o atenuar los efectos de las infecciones, quedando sometido a la imputación por falta de servicio.

¹⁷ Sobre este vaticinio no corroborado, PIZARRO (n. 2), p. 416 y ss.

AUTONOMÍA DE LOS PACIENTES Y RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS

Rodolfo Figueroa G.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza el proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud¹. Cuyo enfoque está en los derechos de los pacientes, en particular en los denominados *derechos de autonomía*. El objetivo de este trabajo es mostrar algunos problemas que este proyecto plantea respecto de la autonomía de los pacientes y la responsabilidad de los médicos. Concretamente, el proyecto no parece dejar del todo claro qué responsabilidad tiene el médico frente a las decisiones que el paciente adopte haciendo uso de los derechos de autonomía que el proyecto le franquea.

En términos generales, el proyecto de ley confiere varios derechos a los pacientes. Entre ellos, el derecho a recibir un cierto trato², el derecho a recibir cierta información³, el derecho a la confidencialidad⁴ y los denominados derechos de autonomía, que son los que importan para efectos de este trabajo

¹ Boletín N° 4.398-11 Actualmente en trámite en el Senado.

² Este derecho se desglosa en cuatro casos: a) Que la atención de salud sea prestada oportunamente y sin discriminación, art. 2; b) Recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia, art. 4; c) Que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de prestaciones ambulatorias, art. 5; d) Recibir, oportunamente, consejería, asistencia religiosa o espiritual, art. 5 inc. 2°.

³ Este derecho comprende también cuatro casos: a) Que el prestador le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, en una serie de aspectos relativos a la atención de salud, art. 6; b) Ser informado, en forma oportuna y comprensible 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, art. 8; c) No ser informado si no lo desea, art. 9; d) Recibir un informe después de terminada su hospitalización, art. 11.

⁴ La ficha clínica es considerada un dato sensible y obtiene la protección de la ley N° 19.628, art. 12.

y, por ello, se citarán los preceptos íntegramente. Estos derechos se desglosan en los siguientes:

- a) El derecho de cualquier persona a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud⁵.
- b) El derecho del enfermo terminal a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida⁶. Sin embargo, hay un límite: en ningún caso el

⁵ Artículo 14. Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 17.

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 8°.

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, aceptación o rechazo deberá constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 8°. 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.

⁶ Artículo 17. La persona que fuere informada que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

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

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

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.

Tratándose de menores de edad, personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, cuando sea posible, sin perjuicio que la decisión definitiva deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo con el inciso cuarto del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del *Código Civil*, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.

rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte⁷.

- c) El derecho, también del enfermo terminal, a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tiene derecho a los cuidados paliativos que le permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requiera, asistencia espiritual⁸.
- d) El derecho de cualquier persona a manifestar anticipadamente su voluntad de no someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud y de donar órganos. Este derecho corresponde al testamento vital⁹.
- e) El derecho de cualquier persona a solicitar el alta voluntaria, en caso que expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas¹⁰.

⁷ Véase art. 17.

⁸ *Ibid.*

⁹ Artículo 18. La persona podrá manifestar anticipadamente su voluntad de no 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.

Mediante esta declaración anticipada una persona podrá manifestar su voluntad sobre los cuidados y tratamientos a los que desearía ser sometida en el evento de que se encuentre en una situación en la cual no esté en condiciones de expresar su consentimiento personalmente.

En esta declaración también se podrá expresar la voluntad de donar órganos de acuerdo con 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 de los antecedentes específicos de su salud y de su ficha clínica no sean comunicados a terceros. De la existencia de esta declaración se deberá dejar constancia en la ficha clínica de la persona.

En esta declaración no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propios del arte médico. En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 22 le 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.

¹⁰ Artículo 20. En 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.

Nótese que algunos derechos se aplican sólo al enfermo terminal en tanto otros son más amplios.

Junto a estos derechos de autonomía, el proyecto de ley establece una limitación general: el profesional de la salud puede oponerse a la voluntad del paciente. Esto puede ocurrir en los siguientes casos:

- i) El profesional tratante deberá solicitar la opinión del comité de ética si tuviere dudas acerca de la competencia de la persona, o estimare 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 indicados¹¹. Si la persona no se conformare con la opinión del comité, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones, mediante una acción equivalente a la acción de protección del art. 20 de la *Constitución*¹².
- ii) Se podrá solicitar la opinión del mismo comité si el paciente o sus representantes legales rechazaren la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico¹³.

Nótese cómo en el primer caso la recurrencia al comité es imperativa en tanto en el segundo es facultativa. La razón de esto es que en el primer caso está en riesgo la vida del paciente o graves daños a su salud, en tanto en el segundo caso no.

¹¹ Artículo 19. En 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 22 le corresponda.

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

En ambos casos, el pronunciamiento tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva. En caso de que la consulta se relacione 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 respectiva 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* y tendrá preferencia para su vista y fallo.

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.

¹² Véase art. 19 inc. 1°.

¹³ Véase art. 19 inc. 2°.

El proyecto agrega que, 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 definitiva¹⁴. Además, el profesional tratante podrá declarar su voluntad de no continuar como responsable del tratamiento cuando difiriere de la decisión manifestada por la persona o su representante¹⁵.

Junto con lo anterior, el paciente puede ser dado de alta de manera forzosa cuando expresare su voluntad de no ser tratado, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas¹⁶.

II. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE AUTONOMÍA Y LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

En esta parte revisaré las normas sobre autonomía del paciente y cómo ellas se relacionan con la responsabilidad del médico. Para hacerlo, es necesario pensar en la casuística. Consideraré sólo la hipótesis más grave, que corresponde a aquel caso en que la decisión del paciente pueda comprometer su vida.

1. Supongamos que es el caso de un paciente que no se encuentra en caso de accidente o de urgencia, sino en una situación que podemos denominar "corriente". Por ejemplo, un paciente concurre ante un profesional de la salud para realizarse un chequeo médico, el que conduce a ciertos exámenes que revelan la posibilidad de tener una enfermedad que amenace la vida, como cáncer. El médico informa de esta situación al paciente en su consulta.

En este caso, es evidente que el paciente puede escuchar la opinión de su médico en su consulta y luego retirarse a su casa, con la intención de no someterse a ningún tratamiento médico. En esta hipótesis no se aplica la ley. El paciente puede hacer uso de su autonomía para decidir no someterse a ningún tratamiento y el médico que lo diagnosticó e informó, carece de responsabilidad.

Durante la tramitación del proyecto, la Comisión de Salud del Senado escuchó la opinión del presidente del Colegio Médico, Juan Luis Castro, quien señaló:

"El Colegio Médico comparte el espíritu y el sentido de la ley de otorgarle a las personas derechos y garantías al momento de acceder a la atención de salud en los establecimientos..."

¹⁴ Véase art. 19 inc. 3°.

¹⁵ Véase art. 19 inc. 5.

¹⁶ Véase art. 20.

“Señaló que, como su nombre lo indica, el proyecto en estudio no guarda relación con el derecho a la salud de los ciudadanos, sino que está referido a los derechos y deberes una vez que las personas ya han accedido al prestador correspondiente, y por lo tanto está vinculado exclusivamente a la atención en salud; es decir, con las prestaciones que reciban...”¹⁷

Entendida así la aplicación de la ley, los derechos de autonomía del paciente, sus limitaciones y las obligaciones del médico se verifican cuando el paciente se encuentra sometido a la responsabilidad de profesionales de la salud en algún establecimiento de salud. Si el paciente se encuentra en su casa, las reglas no se aplican.

2. Supongamos, ahora, el caso de una persona –que quizá no podamos llamar siquiera paciente– que sufre un accidente y al lugar del suceso concurren profesionales de la salud que le advierten de severos riesgos a su vida si no es trasladado de inmediato a un recinto hospitalario. Asumiendo que la persona se encuentra en uso de sus facultades mentales, ¿puede hacer uso de derecho de autonomía indicado en el artículo 14 y rechazar un tratamiento médico? Si bien es difícil que alguien se niegue a ser salvado, es posible que eso ocurra. ¿Se aplica la norma del artículo 14?

Frente a esta hipótesis, se podrían decir dos cosas. En primer lugar, tal como en la primera hipótesis, deberíamos entender que esta persona no se encuentra bajo la responsabilidad de profesionales de la salud en un establecimiento de salud, de modo que no se aplica la ley. Es decir, una persona gravemente herida en la calle no se encuentra bajo el imperio de esta ley. Por tanto, se deberían aplicar las reglas generales.

El problema es saber cuáles son esas reglas generales (es decir, qué derechos constitucionales tiene la persona). En materia de derechos constitucionales, existe una prolongada y uniforme jurisprudencia recaída en acciones de protección, según la cual la vida de las personas constituye un bien indisponible y, por tanto, el Estado puede forzar a las mismas a deponer o interrumpir aquellas conductas que atenten contra su propia vida. Ejemplos de estos casos son las huelgas de hambre¹⁸. En todos ellos, las cortes resolvieron que era posible obligar a la persona a interrumpir la huelga de hambre. También ha habido varios casos de personas que adhieren a la confesión religiosa

¹⁷ Segundo informe de la Comisión de Salud, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. *Boletín* N° 4.398-11, pp. 3-4.

¹⁸ Por ejemplo, el caso de la huelga de hambre de estudiantes de la Universidad Católica. Rol 167-84, de 1984.

Testigos de Jehová, que se han opuesto a recibir transfusiones sanguíneas en virtud de un mandato bíblico, casos en los cuales las cortes también han declarado que es posible proceder a la transfusión, incluso, en contra de la voluntad de los individuos para preservar la vida, que prima sobre su derecho a la libertad de conciencia¹⁹.

Sin embargo, ha habido un par de casos recientes, en los cuales las cortes han hecho un esfuerzo por preservar la autonomía de la persona y no forzarla como primera medida²⁰. En consecuencia, está surgiendo alguna jurisprudencia que se inclina por respetar con mayor fuerza la idea de autonomía personal, pero es una jurisprudencia reciente y contrasta con una extensa línea desde 1984 hasta 2008. Así las cosas, no es posible predecir del todo cómo se va a comportar una corte en un caso en que una persona ponga en peligro su propia vida en la hipótesis que se comenta.

Como quiera que sea, esa doctrina jurisprudencial, según la cual la vida es un bien indisponible, claramente no es compartida por el proyecto de ley que se analiza. Según este proyecto, el paciente puede rechazar tratamientos y, si el médico está de acuerdo, puede decidir morir. Además, si el médico no está de acuerdo y decide someter el asunto al conocimiento del comité de ética, el paciente puede solicitar el alta voluntaria para poder irse su casa (y morir allí). Por tanto, el establecimiento hospitalario no podrá conectar forzosamente al paciente a sistemas de mantenimiento vital, como lo indica la jurisprudencia a que se aludió.

¹⁹ Por ejemplo, el recurso de protección interpuesto por el hospital de Copiapó, rol 18640, de 1992. Otros casos, con su respectivo análisis, se pueden consultar en Gastón GÓMEZ, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales. 2005, p. 262 y ss.

²⁰ Véase el recurso de protección del hospital de Copiapó contra Marissa del Carmen Leuquén, rol 230-08, de 9 de agosto de 2008. En este caso, también sobre transfusión de sangre, la corte reconoció un ámbito de “...legítima autodeterminación...” de parte de la recurrida (considerando 2º), y acoge el recurso, pero sólo para autorizar al personal médico a intervenir cuando la paciente esté impedida de manifestar su voluntad de persistir en la negativa a la transfusión y ese procedimiento sea imprescindible para asegurar su vida o salud física. Además, la Corte exigió se considerara, de todos modos, la posibilidad de procedimientos alternativos idóneos.

La diferencia entre este razonamiento y el tradicional, vigente desde 1984, es que hasta ahora no se había reconocido una esfera de autodeterminación de parte de los recurridos, de modo que se ordenaba proceder contra su voluntad de inmediato. Ahora, se espera a que el paciente esté, prácticamente, inconsciente, algo parecido a lo que hace muchos años resolvió el Tribunal Constitucional español, cuando autorizó intervenir en los huelguistas sólo cuando ellos estuvieran inconscientes y, por ende, no se pudieran oponer al procedimiento. Además, la Corte de Copiapó ordenó considerar otros procedimientos idóneos sustitutivos a la transfusión, para respetar la libertad de conciencia, algo que antes no se había reconocido.

En segundo lugar, si se aplicaran las reglas del proyecto, tendríamos que hacer las siguientes precisiones:

- i) Es efectivo que el art. 14 le confiere al paciente el derecho a oponerse a cualquier tratamiento. Sin embargo, dicho precepto se encuentra limitado por el artículo 19, como se verá más adelante. Básicamente, según dicho precepto, si el médico estima que la decisión del paciente pone en peligro su vida o arriesga severos daños a su salud, el médico tiene la obligación de consultar al comité de ética. Por tanto, el galeno no puede acceder de inmediato a los requerimientos del paciente.
- ii) A pesar de ello, el proyecto de ley le otorga al paciente, cualquiera que sea su situación, el derecho a solicitar el alta voluntaria, art. 20. Esta norma es la que deberíamos utilizar. Si la persona no pudiese negarse a ser trasladada, en virtud de la limitación del art. 19, pero al llegar al recinto asistencial tiene derecho a solicitar el alta voluntaria conforme el art. 20, entonces no tiene sentido trasladarla. Por tanto, deberíamos estimar que la persona puede oponerse a ser trasladada a un recinto asistencial, si es que se estima que la ley sería aplicable, algo con lo cual no concuerdo.

3. Para el proyecto de ley, la hipótesis que se discute a continuación es la más relevante. Supongamos que estamos frente al caso de un paciente que se encuentra hospitalizado, de modo que claramente se aplica a su respecto la ley. El paciente se hace ciertos exámenes vinculados al motivo de su hospitalización y éstos revelan una situación grave que compromete su vida. Su médico tratante le informa de los procedimientos disponibles para intentar recuperar su salud. ¿Puede el paciente rechazar el tratamiento para recuperar la salud y con ello, exponerse a morir?

En esta hipótesis, sin duda se aplica²¹ el artículo 14:

“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud...”.

Este precepto agrega inmediatamente a continuación “...con las limitaciones establecidas en el artículo 17”, el cual establece algunas limitaciones para el caso de enfermos terminales. Esto lo veremos luego.

Por tanto, respondiendo a la pregunta, en virtud del art. 14, el paciente podría denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o

²¹ Suponemos que no se verifican las hipótesis del art. 15: riesgo para la salud pública o que el paciente ni sus representantes pueden manifestar voluntad, ni las del 16: dificultades de entendimiento, alteración de conciencia, enfermedad mental.

tratamiento médico y, con ello, exponerse a la muerte. Esta respuesta vale sólo en principio, como examinaremos después.

Un problema que puede surgir debido a la redacción del precepto es si el paciente puede o no rechazar continuar con un tratamiento que se encuentra actualmente en curso, es decir, interrumpir un tratamiento. Literalmente, el precepto dice: denegar su voluntad para someterse a un tratamiento. Esto pareciera indicar un tratamiento futuro, no uno que se encuentre en curso. Negar la voluntad para someterse a algo no es lo mismo que interrumpir algo. No conectar puede ser distinto que desconectar.

Sin embargo, debiéramos entender, considerando el propósito del proyecto, que el art. 14, al reconocer el derecho a no someterse a un tratamiento, también comprende el derecho a interrumpir un tratamiento, pues lo contrario es absurdo: significaría que puede elegir someterse o no a un tratamiento, pero si decide someterse, ya no se puede arrepentir, ya no puede hacer cesar el tratamiento. Es plausible pensar que los pacientes manifiesten una voluntad contraria a ciertos tratamientos y quieran discontinuarlos precisamente después de haber estado sometidos a ellos por un tiempo. Es para dicha hipótesis que tiene especial sentido reconocer derechos de autonomía, para no colocar al paciente como esclavo de un tratamiento. Entonces, el paciente puede no someterse a, o interrumpir, un tratamiento o procedimiento.

Dijimos que esta respuesta era válida sólo en principio, y esto es así en virtud de las limitaciones generales que ha previsto el art. 19 del proyecto:

“En caso 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...”.

Vamos a descartar la primera hipótesis de este precepto, suponiendo que el paciente tiene pleno uso de sus facultades mentales, de modo que puede comportarse como sujeto autónomo. Por tanto, el médico no tiene dudas sobre la competencia del paciente.

¿Qué debe hacer el médico? Dado que no tiene dudas sobre la competencia del agente y sabe que la decisión del mismo lo expone a graves daños a su salud o a morir (porque estamos suponiendo que es precisamente el caso) el médico debe someter el asunto al comité de ética. Esto es imperativo. En la redacción original del *Mensaje*, la recurrencia al comité era facultativa. En el primer informe de la Comisión de Salud ya aparece la modificación de la

modalidad deóntica, pasando el verbo a ser obligatorio. En consecuencia, el médico no puede acceder a la solicitud del paciente. Si lo hace, infringe la ley. Por tanto, existe aquí una restricción importante al derecho de autonomía del paciente, pues no tiene derecho a decidir morir sin que antes se consulte al comité de ética.

Ahora bien, lo importante es que el proyecto de ley hace obligatoria la consulta al comité, no su decisión. Por tanto, una vez que el comité emita su opinión, y cualquiera que ella sea, el médico queda en libertad de acción y puede acceder a la voluntad del paciente. Entonces, ¿puede el paciente rechazar tratamientos médicos y exponerse a morir? Sí, siempre que se verifiquen dos requisitos:

- i) que el médico tratante haya consultado al comité y
- ii) que el médico tratante esté de acuerdo con la voluntad del paciente.

Este segundo requisito es importante. El médico no está obligado a acceder a la voluntad del paciente. Recuérdese que si insiste en rechazar los tratamientos, el establecimiento de salud lo puede dar de alta de manera forzosa. Además, el médico tratante puede abandonar el caso y traspasarlo a otro profesional. En estas condiciones, ¿tiene el paciente un derecho de autonomía para rechazar un tratamiento y exponerse a morir? Si lo tuviera, tal derecho supondría una obligación correlativa de acceder a ello, pero ni el médico tratante ni el establecimiento de salud la tienen. Por tanto, la prerrogativa que tiene el paciente se parece más a lo que Wesley Hohfeld denomina *privilegio*²² que a un derecho. Es claro que el paciente goza de una ausencia de prohibición: no está prohibido que él adopte una decisión que pueda implicar la muerte y pueda conseguirlo si satisface los dos requisitos antes mencionados. En lógica deóntica, una ausencia de prohibición implica un permiso positivo²³ y, como obviamente existe también el permiso negativo en este caso (no hay obligación de morir), nos encontramos frente a lo que Robert Alexy denomina una posición libre²⁴, que es la base para el concepto de libertad²⁵. Las libertades

²² Wesley Newcomb HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", in *The Yale Law Journal*, vol. 23, N° 1, November, 1913. En este autor, un derecho está correlacionado con una obligación, y un no-derecho está correlacionado con un privilegio. Por eso, en este proyecto, el paciente tiene un privilegio, pues no tiene un derecho, p. 32 y ss.

²³ Obligación de hacer =O. Prohibición de hacer =Ono. Por tanto, no prohibición= noOno, que equivale a permisión positiva. Norberto BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Ed. Temis, 1987, pp. 184-185 y Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 200.

²⁴ ALEXY (n. 23), p. 200 y ss.

²⁵ *Op. cit.*, p. 201.

pueden estar protegidas o no²⁶. En este caso, no lo está, pues no existe un mandato de no injerencia. Por eso, finalmente no es un derecho. Por tanto, si un paciente no desea someterse a un tratamiento y con ello arriesga su vida, el art. 14 junto con el art. 19 conducen a entender que el paciente no tiene un derecho de autonomía sino una libertad no protegida, un permiso positivo o un privilegio.

Volvamos al comité. En rigor, el comité no decide nada, sólo recomienda. El precepto utiliza esa palabra expresamente: el pronunciamiento del comité "...tendrá sólo el carácter de recomendación...". Es el médico el que decide, no el comité. Quizá por eso, aunque no necesariamente, el precepto agrega que los integrantes del comité "...no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva"²⁷.

Dado que el que decide es el médico tratante, ¿significa eso que entonces él tiene responsabilidad por lo que *ocurra en definitiva*, como dice el art. 19? (¿por la muerte del paciente?).

Si nos quedamos en la literalidad del proyecto de ley y en particular en este art. 19 que estamos considerando, deberíamos pensar que sí, por varias razones:

- a) El art. 19 es claro en señalar que el sujeto liberado de responsabilidad sólo es el comité. Si quisiera eximir al médico, lo habría dicho.
- b) Si el paciente insiste en rechazar el tratamiento propuesto por su médico, éste no se encuentra obligado a acceder a la voluntad del paciente, pues puede solicitar se le dé el alta forzosa. Lo ha previsto expresamente el art. 20.
- c) Además, el proyecto le da al médico tratante la opción de abandonar el caso, traspasándolo a otro profesional de la salud²⁸.

Por tanto, si el médico tiene la opción de no acceder a un curso de acción que conduzca a la muerte del paciente, solicitando el alta forzosa o renunciando al caso, pero de todos modos no la ejerce, entonces puede pensarse que el médico tratante está asumiendo la responsabilidad de *lo que ocurra en definitiva*.

A pesar de estas dos razones que he dado para sostener que puede pensarse que el médico es responsable por la muerte del paciente, cuando éste así lo desee haciendo uso del derecho (más bien, privilegio) que el proyecto

²⁶ Véase ALEXY (n. 23), p. 218 y ss. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión comprende una libertad positiva y una negativa. Por esto, puedo emitir mi opinión o permanecer en silencio. Además, ambas están protegidas, es decir, no me pueden obligar a expresarme ni a callar. Por eso es que la llamamos "derecho" a la libertad de expresión, pues es una auténtica posición libre, de permisos positivos y negativos, que están protegidos, *op. cit.*, p. 201.

²⁷ Art. 19 inc. 3°.

²⁸ Véase art. 19 inc. 5.

le reconoce, me parece del todo procedente afirmar que esta conclusión es absurda por ser antisistemática. El proyecto pretende consagrar “derechos” de autonomía para el paciente. Esto significa que él adopta decisiones (aunque con limitaciones) y, por ende, él es responsable por el curso de los acontecimientos. No tiene sentido pensar que el proyecto le dé al paciente autonomía para tomar decisiones, pero que la responsabilidad por ellas recaiga sobre el médico tratante. Más aún, es posible afirmar que un objetivo central de conferir derechos de autonomía a los pacientes es precisamente liberar o eximir de responsabilidad a los médicos. Si el médico sigue siendo responsable por lo que ocurra, o sea, el paciente no es responsable de su propia conducta, entonces no tiene sentido que el proyecto configure al paciente como un sujeto autónomo. ¿Qué sentido tiene mi autonomía si otro responde por mis actos? Por tanto, la conclusión no literal del proyecto, pero ajustada a la lógica del mismo, es que el médico no sea responsable por lo que ocurra en definitiva.

Sigamos considerando las opciones: hasta ahora, el paciente no desea ser tratado y se expone a morir, sabiéndolo; el médico no ha accedido a su voluntad porque no puede, recuérdese que está obligado a consultar al comité de ética, y ya lo ha hecho. Cualquiera que sea la recomendación del comité, el médico tratante puede aún no acceder a la voluntad del paciente. ¿Qué puede ocurrir aquí?

El paciente posee dos opciones: recurrir a la Corte de Apelaciones o solicitar el alta voluntaria. Veamos la primera: el proyecto de ley indica que el paciente tiene derecho a recurrir a la Corte de Apelaciones mediante una acción equivalente a la acción de protección del art. 20 de la *Constitución*²⁹. Supongamos que el paciente obtiene un veredicto favorable. Un recurso de protección acogido en este caso implicará una orden de parte de la Corte para el sujeto recurrido, que serán el médico y el hospital. Y la orden será acceder a la voluntad del paciente, que desea morir. Por tanto, en este caso, el médico y el hospital estarán obligados a respetar el deseo del paciente de no someterse a ningún tratamiento médico.

Esto es importante para el tema de la responsabilidad del médico tratante. Dijimos que se podría interpretar el proyecto de dos formas, como que asigna responsabilidad al médico o como que no. Sin embargo, en este caso, en que existe una orden de una corte, es evidente que el médico no es responsable *de lo que ocurra en definitiva*, pues se encuentra legalmente cumpliendo con un mandato judicial. En consecuencia, como quiera que se interprete este proyecto de ley, es seguro que en este caso el médico tratante queda liberado de responsabilidad.

²⁹ Art. 19 inc. 4°.

¿Qué sucedería si la Corte rechaza el recurso? Al paciente le quedaría todavía la segunda opción: solicitar el alta voluntaria³⁰. De las dos, ésta es la que probablemente va a utilizar un paciente que no desea ser sometido a tratamiento médico. En efecto, es más sencillo no recurrir a ninguna Corte y solicitar sin más lo den de alta, considerando que arriesga, con elevada probabilidad, un resultado desfavorable.³¹ Si solicita el alta, el asunto termina, tanto para el médico tratante como para el recinto asistencial, sin perjuicio de que el mismo recinto decreta el alta forzosa, para desligarse de este problema.

Consideremos, todavía, otra hipótesis. ¿Qué pasaría si el médico, luego de todas estas negativas de parte de las referidas instancias (Comité de Ética y Corte de Apelaciones) decide, finalmente, acceder a los deseos del paciente? El médico puede hacerlo. Con eso, volvemos al tema de la responsabilidad del médico. Si esto llegara a ocurrir, aquéllos que suscriban la tesis de que el médico retiene responsabilidad, verán en esta hipótesis un caso aún más claro a favor de su tesis, pues dirán que el médico actuó contra la recomendación del Comité de Ética y contra la opinión de la Corte. En consecuencia, dirían que actuar deliberadamente en sentido opuesto a esos mensajes sólo puede significar que el médico ha decidido asumir la responsabilidad.

No estoy de acuerdo con esa línea de razonamiento, pero puede ser defendida, de suerte que no sería recomendable que el médico accediera a los deseos del paciente en esta hipótesis. De hecho, como hemos visto, la responsabilidad del médico por la muerte del paciente no está descartada expresamente en el Proyecto, de modo que siempre será recomendable al médico oponerse a los deseos de aquel paciente que desee no someterse a tratamiento y con ello arriesgue su vida, y darlo de alta forzosamente. Si así ocurre, el paciente de todos modos logra su objetivo, sólo que en su casa. Éste es un problema severo del proyecto de ley. Veamos en qué sentido:

- a) Dado que el proyecto pone severos límites a los derechos de autonomía del paciente (tantos que, en rigor, no son derechos sino un permiso positivo no protegido) en la hipótesis que estamos considerando (grave riesgo para su vida), un paciente que desee no someterse a tratamiento médico y prefiera morir (o paz o no), deberá pedir el alta y salir del recinto hospitalario. Así, morirá en su casa.
- b) El médico que no quiera verse involucrado en responsabilidad legal ante el ejercicio de la autonomía del paciente, deberá oponerse a los deseos del paciente –obstaculizando su autonomía y, con ello, frustrando el propósito del proyecto– y pedir el alta forzosa, con lo cual el paciente también abandonará el recinto asistencial, para morir en su casa.

³⁰ Art. 20.

³¹ Recuérdese aquí la tradición jurisprudencial chilena que hemos reseñado más atrás.

En ambos casos, los incentivos están diseñados para que el paciente se retire a su casa. En efecto, el paciente no podrá ejercer su autonomía y mantener su decisión de morir en el recinto asistencial si el médico tratante no lo aprueba, y el médico no debería aprobarlo si quiere librarse de toda responsabilidad. Entonces, ¿para qué reconocerle derechos de autonomía al paciente al interior de un recinto asistencial, si lo que probablemente se puede predecir que ocurra es que el paciente termine retirándose a su casa, a morir en peores condiciones que en un recinto asistencial? Uno pensaría que los derechos de autonomía tienen por finalidad (en esta hipótesis de grave riesgo de la vida) permitir al paciente elegir el mejor modo morir al interior de un recinto asistencial, donde tendrá cuidados paliativos, etc., pero en este Proyecto, tal como aparece estructurado, eso no se asegura.

4. Enfermos terminales. Consideraremos ahora los derechos de autonomía para los enfermos terminales, situación que se encuentra regulada por el art. 17 del proyecto de ley. La redacción que tiene el proyecto a la fecha es distinta de la original. Por eso, vale la pena transcribir ambos textos y comentar las diferencias:

REDACCIÓN ORIGINAL DEL *Mensaje Presidencial*

En el caso que se trate de una situación en que la persona fuere informada por el profesional tratante de que su estado de salud es calificado como terminal, el rechazo de los tratamientos no podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

Para los efectos de esta ley se entenderá que el estado de salud es terminal cuando la persona padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer sólo tendrían por efecto retardar inne cesariamente la muerte.

El rechazo de tratamientos en estas circunstancias, no podrá implicar la renuncia al derecho a recibir los cuidados paliativos que permitan a la persona hacer más soportables los efectos de su enfermedad, ni a la compañía de sus familiares y

REDACCIÓN COMO APARECE EN EL SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE SALUD DEL SENADO

La persona que fuere informada que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

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

Para el correcto ejercicio del derecho establecido en el inciso primero, los profesionales tratantes están obligados a propor-

personas que estén a su cuidado, como tampoco a recibir, cuando lo requiera, asistencia espiritual.

Sin perjuicio de lo anterior, se podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso segundo del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.

cionar información completa y comprensible.

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.

Tratándose de menores de edad, personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, cuando sea posible, sin perjuicio que la decisión definitiva deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso cuarto del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.

Veamos cuáles son las diferencias de redacción:

- 1) El inc. 1º es distinto. En el *Mensaje*, el inc. 1º estaba redactado como una continuación del art. 14 que, como vimos, reconoce el derecho a otorgar o denegar voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento. En esa línea, el art. 17 inc. 1º agregaba que, tratándose de un enfermo terminal, el rechazo al tratamiento no puede implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte. El nuevo art. 17 inc. 1º está estructurado de modo independiente del art. 14: está diseñado como un precepto que le confiere un derecho al paciente terminal: el de rechazar una prolongación artificial de la vida.

Este derecho no existía como tal en el precepto original. Sin embargo, la idea de no prolongar artificialmente la vida estaba recogida en la conceptualización de enfermo terminal contenida en el inc. 2º del antiguo art. 17. En efecto, dicho precepto proporcionaba una definición de enfermo terminal que consiste en aquel estado en el cual los trata-

mientos sólo tendrían por efecto retardar innecesariamente la muerte. Podemos suponer que retardar innecesariamente la muerte y prolongar artificialmente la vida pueden ser equivalentes en ciertos casos, pero de todos modos no es la mejor forma de redactarlo. Probablemente por eso se re-estructuró el nuevo art. 17.

- 2) El nuevo art. 17 ya no contiene una definición de enfermo terminal.
- 3) La limitación original de no acelerar artificialmente la muerte, obviamente se mantiene.
- 4) El inc. 3º del precepto original no permitía rechazar aquellos tratamientos que fuesen paliativos. Esa restricción fue eliminada. En la redacción actual se indica que el paciente tendrá derecho a los tratamientos paliativos, pero no tiene prohibido renunciar a ellos.
- 5) Hay otras modificaciones de menor relevancia, que no comentaré.

Habiendo visto algunas de las diferencias, corresponde detenerse en el contenido del precepto, el cual hace dos cosas: confiere un derecho y establece una prohibición. El derecho es rechazar tratamientos que prolonguen artificialmente la vida, y la prohibición es acelerar artificialmente la muerte. Veremos primero el derecho y luego la prohibición.

a) Derecho a consentir

Como se ha señalado, el paciente terminal "...tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida"³².

La idea de *no prolongar artificialmente la vida* es central en el proyecto, y así se explica en el *Mensaje presidencial* de 2006³³, lo que es un tanto curioso

³² Art. 17.

³³ En la sección referida a las personas en situación de salud terminal, el *Mensaje* expresa: "Como una necesaria consecuencia de la consagración del derecho a consentir cualquier intervención que en el ámbito de la propia salud le sea propuesta por los profesionales tratantes, asoma la posibilidad que aún en una situación de salud de extrema precariedad, llamada en el proyecto 'estado terminal', la persona atendida pueda rechazar tratamientos que estime desproporcionados e innecesarios. Aquí se busca garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión.

Consagrar la posibilidad de 'limitar del esfuerzo terapéutico', con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación terapéutica, constituye hoy, a nuestro juicio, un consenso bioético general. Las dificultades teóricas y prácticas de la necesaria distinción de esta situación, en que se evitan actuaciones extraordinarias e innecesarias, respecto de aquellas en que se acelera artificialmente el proceso de muerte, ya sea mediante actos positivos cuyo objetivo es procurar la muerte o de la omisión deliberada de actuaciones razonables, necesarias u ordinarias, constituye el desafío crucial de la formulación legal propuesta.

porque este derecho en términos explícitos no estaba en el *Mensaje*, como se ve en el cuadro anterior. Como quiera que sea, el objetivo de esta norma, según el propio *Mensaje*, es "consagrar la posibilidad de 'limitar del esfuerzo terapéutico', con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación terapéutica"³⁴. El obstinamiento terapéutico describe aquellos casos en que no se realiza o no se atiende a un control de proporcionalidad entre los medios a emplear y los fines que se pretende conseguir cuando se está tratando a un paciente³⁵. Es posible pensar que estos tratamientos prolongan "artificialmente" la vida del paciente, como dice el art. 17.

La dificultad se plantea con el adverbio 'artificialmente'. La distinción entre lo natural y lo artificial ha sido discutida en la literatura³⁶. Desde cierto punto de vista, toda intervención en el paciente puede considerarse artificial, como proporcionar antibióticos. Que un diabético se inyecte insulina es algo artificial. De ser así, no sirve de mucho distinguir lo artificial de lo que no es artificial.

Otra forma de encarar la palabra 'artificial' es asociándola con aquella distinción empleada en la ciencia y en la práctica médica, entre medios ordinarios y medios extraordinarios, innecesarios o fútiles. Estos medios serían los que artificialmente prolongan la vida. Por tanto, según este art. 17, el paciente tiene derecho a rechazar someterse a medios extraordinarios o innecesarios, que prolonguen artificialmente la vida y, así, evitar el obstinamiento terapéutico.

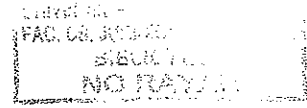
Empero, esta distinción también es problemática. Por ejemplo, el uso de ventilador mecánico, de máquinas de hemodiálisis, de alimentación e hidratación por medio de sondas, de técnicas de reanimación cardiaca, los

Por la importancia ética, práctica e incluso política, esta materia se ha regulado de manera especial, rechazando expresamente la aceleración artificial del proceso de muerte y creando al mismo tiempo los mecanismos para las situaciones de duda o de conflicto entre la recomendación médica y la decisión de la persona atendida o quienes tengan la facultad de subrogar su decisión". Esta es la totalidad de la cita. Véase p. 6 de la versión word del *Mensaje*, disponible en el sitio web del Senado, visitado el 25 de marzo de 2010.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Véase nota anterior: el *Mensaje* alude expresamente a medios desproporcionados y a la innecesariedad del tratamiento.

³⁶ Por ejemplo, Patrick Hopkins rechaza la distinción entre lo natural y lo artificial. Sostiene que nuestros órganos son valiosos o importantes no por el material del cual están hechos sino por su función. Así, un órgano del cuerpo o uno hecho de material sintético cumplen la misma función y son igualmente importantes. Por tanto, remover un órgano "artificial" o una máquina es equivalente a remover uno "natural" del cuerpo. Patrick D. HOPKINS, "Why does removing machines count as 'passive' euthanasia?", in *The Hastings Center Report*, vol. 27, N° 3, Garrison, New York, May-June, 1997, pp. 29-37.



transplantes³⁷, no cabe duda que son medios artificiales para asistir al paciente y evitar temporalmente que muera, pero, ¿son medios ordinarios o extraordinarios? No todos los profesionales de la salud coinciden sobre qué medios son ordinarios y cuáles extraordinarios³⁸. Por eso, algunos médicos afirman que éste es un asunto cultural, que difiere no sólo entre distintos países y culturas sino al interior de un mismo país y las subculturas de los profesionales de la salud. Para algunos una transfusión sanguínea es un medio ordinario, pero se trata de un trasplante, y para algunos los trasplantes siempre son medios extraordinarios³⁹. En Chile, por ejemplo, no está definido jurídicamente qué medios son ordinarios y cuáles extraordinarios.

Pensemos en un enfermo terminal que tiene una falla renal completa y se encuentra conectado a máquina de diálisis. Si se desconecta, comienza un proceso de intoxicación que conduce a fallas sistémicas que producirán la muerte en el transcurso de una semana. En este contexto, las máquinas de diálisis prolongan artificialmente la vida del paciente. Por tanto, el paciente puede desconectarse de ellas, conforme el art. 17.

Supongamos, ahora, que un enfermo terminal está con suero y alimentación parenteral. Si se retiran estas sondas, la falta de hidratación conducirá a una falla cardíaca que producirá la muerte. Para algunos, la alimentación parenteral y la hidratación son cuidados básicos que no prolongan artificialmente la vida. Así, no quedarían comprendidos en el derecho a retirarlos. Para otros, estos cuidados son extraordinarios, incluso la alimentación enteral, de modo que siempre es posible desconectarlos y, por ende, quedarían comprendidos dentro del derecho del art. 17⁴⁰.

Comparemos los dos casos. En ambos, la “desconexión” conduce a la muerte. Sólo es posible trazar una diferencia si considero que la alimentación e hidratación son cuidados básicos, algo que –como se ha dicho– no todos aceptarían. De sostener que la alimentación e hidratación son cuidados básicos, ellos no prolongan artificialmente la vida sino que la mantienen, de modo que si se retiran o se suspenden, la muerte que consecuencialmente se produce es algo que se puede considerar como “acelerado artificialmente.” Esto está prohibido por el mismo art. 17. En cambio, si no son cuidados básicos, su retiro no acelera nada y, por ende, no caemos en la prohibición del 17.

Desde otro punto de vista, es posible pensar que cuando un equipo médico recibe a un enfermo terminal bajo su responsabilidad y procede a inter-

venir, desde ese momento el equipo médico está evitando que la muerte se produzca, la está retrasando. Visto así, todo lo que se está haciendo sobre el paciente prolonga artificialmente su vida, independientemente de la discusión “ordinario-extraordinario”, y por lo tanto, todo ello podría ser suspendido o retirado, bajo el derecho del art. 17.

Consideremos, finalmente, en los cuidados paliativos. El art. 17 original prohibía renunciar a ellos, pero dicha prohibición se eliminó del nuevo art. 17, que indica que el paciente terminal tendrá derecho a ellos. Esto parece fundarse en la idea de que los cuidados paliativos mejoran la calidad de vida del paciente, pero no sostienen su vida. Rechazarlos no acelera artificialmente la muerte. En consecuencia, el paciente tendría derecho a rechazar los cuidados paliativos.

b) Prohibición de rechazo

Revisemos ahora la prohibición del art. 17: el rechazo del tratamiento no puede tener como objetivo acelerar artificialmente la muerte.

Esta idea está presente en el precepto original y se mantiene hasta la fecha. Aparece aquí, otra vez, el adverbio ‘artificialmente’, de modo que damos por replicadas las dificultades que antes se anunciaron. Con independencia de ello, el proyecto supone que es posible acelerar la muerte de modo artificial y de modo natural, y prohíbe sólo la primera. Sin embargo, no sólo la utilización de la palabra ‘artificial’ genera problemas sino, también, el verbo ‘rechazar’.

i) Si pensamos que la alimentación parenteral y la hidratación son procedimientos básicos (no aquéllos que prolongan artificialmente la vida y por ende no son extraordinarios), entonces retirarlos produce la aceleración de la muerte y ese retiro sería artificial. Por tanto, ésta sería una hipótesis que correspondería a la prohibición del art. 17. En cambio, si pensamos que no son cuidados básicos sino extraordinarios, el rechazarlos no acelera artificialmente la muerte y, por ende, no se incurre en la prohibición. Es evidente que esto es fundamental para determinar la responsabilidad del médico.

Más aún, si pensamos que toda intervención médica en un enfermo terminal es, de por sí, artificial y retrasa el acontecimiento de la muerte, entonces la prohibición del art. 17 no tendría sentido, no describiría ningún caso. En efecto, todo retiro o rechazo dejaría que la muerte aconteciera como habría acontecido de no haber mediado intervención. Nunca se aceleraría la muerte.

ii) Consideremos, ahora, el objetivo del *Mensaje presidencial* para este precepto:

³⁷ Véase Alejandra ZÚNIGA, “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”, en *Revista de Derecho*, vol. XXI, N° 2, Valdivia, diciembre, 2008, p. 114.

³⁸ Véase *op. cit.*, p. 113, sobre la discusión en torno al ventilador mecánico.

³⁹ Información obtenida en entrevista a médicos.

⁴⁰ *Ibid.*

“Aquí se busca garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión”⁴¹.

Tal vez lo que se pretende con esta norma no es permitir aceleraciones *naturales* y prohibir las *artificiales*, sino, derechamente, prohibir una específica forma de aceleración artificial de la muerte: la eutanasia y el suicidio asistido. Quizá un enfermo terminal desde morir de inmediato en vez de postergar por algunos días o semanas el inevitable desenlace. Tal vez tenga intenciones de solicitar que se le administre algún medicamento para morir de inmediato y sin dolor o con menos dolor (eutanasia⁴²) o se le facilite el medicamento para que él mismo se lo administre (asistencia al suicidio). No cabe duda que en tales hipótesis se aceleraría artificialmente la muerte, y el Proyecto lo prohíbe. Por tanto, los profesionales de la salud no pueden practicar la eutanasia ni el suicidio asistido, según este Proyecto.

El problema de esta posible interpretación del art. 17 está dado por el verbo ‘rechazar’. Si solicito inyección letal o pido que me proporcionen los medios para suicidarme, estoy pidiendo que se haga algo, no estoy rechazando algo. Por tanto, la eutanasia y el suicidio asistido no corresponden a la prohibición del art. 17. No quiero decir con esto que no estén prohibidos, sino que el art. 17 adolece de un defecto de redacción. Había que pensar que el Proyecto prohíbe acelerar artificialmente la muerte –suponiendo que eso sea posible– sea rechazando un procedimiento o solicitándolo.

⁴¹ Mensaje (n. 33), p. 4.

⁴² Es sabido que la palabra ‘eutanasia’, a pesar de su origen etimológico, es definida de diversas formas por distintos autores. Aquí, utilizando esa palabra como matar (deliberadamente), por acción u omisión, a alguien que va a morir inevitablemente (por ende, no incluyo casos de personas que no están en riesgo de morir, aunque algunos sí las incluyen), con el objetivo de evitarle sufrimiento innecesario. Por tanto, estoy pensando en una muerte misericordiosa, que es clásicamente el significado de eutanasia. Si pensamos en situaciones descritas en el cine, el caso real de José SanPedro, retratado en la película *Mar Adentro*, no corresponde a eutanasia sino a suicidio asistido. El caso de la boxeadora en el filme *Million Dollar Baby* tampoco equivale a eutanasia, ni a suicidio asistido, sino a homicidio voluntario. Si son hipótesis de eutanasia el caso de *El paciente inglés* y del profesor de historia en *Las invasiones bárbaras*, en ambos, una enfermera, a solicitud del paciente, le inyecta altísimas dosis de morfina, con la finalidad de producir la muerte, sin dolor. El caso real de Terry Schiavo, una mujer que llevaba años en estado vegetal en Estado Unidos y que es desconectada de los sistemas de mantención de la vida, no es ni eutanasia ni suicidio asistido. Sería, en el caso del proyecto de ley que comentamos, un ejemplo de rechazo a un procedimiento que prolonga artificialmente la vida.

iii) Con independencia de los puntos anteriores, se plantean problemas conceptuales con el art. 17. Volvamos al ejemplo de la falla renal completa y la máquina de hemodiálisis. El paciente va a morir de todos modos, aunque ese evento está retrasado gracias a la máquina. Si apago la máquina, ¿qué estoy haciendo? Algunos dirán que remover la máquina permite que la naturaleza siga su curso, que al paciente le ocurra lo que le habría sucedido de no haber existido conexión. Sin embargo, es posible estimar que al desconectar la máquina la muerte se produce, y no se produce sola, sino que intervengo haciendo algo para que se produzca; en esa medida, contribuyo causalmente a que el paciente muera. Dicho brevemente, lo mato (al margen de que el paciente haya solicitado la desconexión). Algunos autores –como Patrick Hopkins– consideran que remover máquinas cuenta como eutanasia, y no sólo como eutanasia pasiva, que sería *dejar morir*, sino como eutanasia activa, pues remover la máquina consiste en hacer algo que produce la muerte⁴³.

Ahora bien, es posible hacer algunas distinciones. Es cierto que al desconectar *causalmente se hace algo* para que la muerte ocurra, pero eso no transforma el acto necesariamente en eutanasia activa. Puede ser útil recordar que cuando se conectó al paciente, se dio inicio a un curso de acción que ha impedido que la muerte se produzca. Por eso, al desconectar, se interrumpe ese curso de acción, *se deja de impedir* que la muerte suceda y, de ese modo, se deja que la muerte se verifique. Así, *se hace algo para dejar que ocurra* algo. Por eso, algunos autores llaman *eutanasia pasiva* a la desconexión.

Esto puede mostrar que la sola causalidad –el hacer y el dejar que ocurra– en la producción de un resultado no es el criterio más relevante para caracterizar el hecho. Un ejemplo que aparece en la literatura es un techo que está por desplomarse y aplastar un grupo de personas. Una viga ha sido puesta de apoyo para evitar que el techo caiga. Si remuevo la viga mato a esas personas, no es que dejo a la ley de gravedad hacer lo suyo y que el techo siga su curso.⁴⁴ El sicario que entra furtivamente en la pieza del paciente y lo desconecta, lo mata, no lo deja morir. Si genero una emisión electromagnética que deshabilita el marcapasos de una persona y muere, la mato, no puedo decir que esa persona murió de la condición cardíaca subyacente que padecía

⁴³ HOPKINS (n. 36). También Judith J. THOMSON, “Physician-Assisted Suicide: Two Arguments”, in *Ethics*, vol. 109, N° 3, April, 1999. En Chile, parece ser la opinión de Alejandra ZÚÑIGA: “...parece inevitable, casi intuitivo, el reconocer que la desconexión de un respirador artificial (...) implica, ya no una omisión, sino que una acción, cual es, la “acción de desconexión” (n. 37), p. 124.

⁴⁴ THOMSON (n. 43), p. 501.

y por la cual utilizaba un marcapasos. Por tanto, en algunos casos, hacer algo para dejar que algo ocurra consiste en matar y en otros consiste en dejar morir. El médico deja morir, no mata, pero el sicario, el que remueve las vigas o el que deshabilita el marcapasos, mata. Es evidente que este asunto amerita un tratamiento más profundo que el que es posible realizar aquí.

De todas formas, es posible sacar algunas conclusiones de esta discusión para efectos del proyecto de ley. Sea que llamemos *matar* o *dejar morir* a aquella situación en que el médico desconecta a un paciente con consentimiento suyo⁴⁵, eso parece ser una forma de eutanasia, sea activa o pasiva, lo que significa que el proyecto de ley permite algunas formas de eutanasia: al permitir rechazar tratamientos que prolonguen artificialmente la vida, el Proyecto permite cierta forma de eutanasia, como sería la desconexión en el caso de la diálisis del enfermo terminal; y al prohibir acelerar artificialmente la muerte, el proyecto de ley prohíbe otra forma de eutanasia, como sería una inyección letal.

Si esto es correcto, la pregunta obvia es si es relevante diferenciar estos casos de eutanasia, esto es, si tiene sentido permitir ciertas formas de eutanasia y prohibir otras, suponiendo que siempre está presente el consentimiento del paciente y su mayor bienestar. Además, existe otro problema, que es la contradicción teleológica del Proyecto en esta parte. Por un lado, el Proyecto pretende evitar la crueldad de la imposición de tratamientos que prolonguen artificialmente la vida, es decir, la crueldad derivada del obstinamiento terapéutico; pero, por otro, prohíbe acortar la agonía de una muerte segura. En efecto, al no permitir rechazar tratamientos que aceleren artificialmente la muerte ni permitir iniciar aquellos tratamientos que la aceleren artificialmente o, incluso, la produzcan de inmediato, el Proyecto de ley prolonga la agonía del paciente o asegura que el paciente viva por completo su agonía. Y prolongar una agonía evitable parece ser una forma de crueldad.⁴⁶ Esto contradice los fines del Proyecto. Supongo que no es consuelo acotar que el paciente todavía puede hacer uso de su derecho a solicitar el alta voluntaria, para retirarse a su casa y suicidarse.

⁴⁵ En verdad, si está conectado, el paciente estará inconsciente y, por ende, no puede consentir, pero lo digo así para poner el caso más fácil, que es el que debemos considerar, porque si no logramos abordar bien el caso más fácil, menos podremos resolver los casos más difíciles.

⁴⁶ Véase James RACHELS, "Active and Passive Euthanasia", in *The New England Journal of Medicine*, vol. 292, January. 1975, pp. 78-80.

III. CONCLUSIONES

1. Los denominados "derechos de autonomía" del paciente no valen mucho frente las facultades del médico tratante y del Comité de Ética. De hecho, menos que *derechos* el Proyecto le confiere al paciente un permiso positivo.
2. El ejercicio del permiso positivo por parte del paciente no libera expresamente de responsabilidad al médico.
3. El proyecto no reconoce lo que en verdad es relevante si hablamos de autonomía de los enfermos terminales: decidir cuándo morir y cómo. La posible explicación para esto es la adhesión a cierta concepción religiosa sobre la indisponibilidad de la vida. Al hacer eso, el proyecto institucionaliza y asegura la crueldad en el caso del enfermo terminal, obligándolo a sufrir su enfermedad por todo el tiempo que ella logre mantenerlo con vida, sin poder acortar ese sufrimiento mediante ciertas formas de eutanasia o suicidio asistido. Esto, además, es incoherente, puesto que sí se permite algún tipo de eutanasia.
4. La imprecisión del proyecto en torno a la eutanasia puede tener impacto en la responsabilidad de los médicos.
5. Se puede incentivar el alta de los pacientes, cuando hubiere discrepancia entre el paciente y el hospital en torno a una decisión del paciente que implique riesgo para su vida. Eso conduce a que el paciente muera en su casa, sin los cuidados que tendría en un recinto asistencial.