



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**NEGATIVA DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ A RECIBIR
TRANSFUSIONES DE SANGRE: PROBLEMAS CONSTITUCIONALES.**

*Memoria de Prueba para optar al Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

Autor: **NADIA TAPIA NAVARRO**

Profesor Guía: **AUGUSTO QUINTANA BENAVIDES**

Santiago, Abril 2008



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**NEGATIVA DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ A RECIBIR
TRANSFUSIONES DE SANGRE: PROBLEMAS CONSTITUCIONALES.**

Autor: **NADIA TAPIA NAVARRO**

Profesor Guía: **AUGUSTO QUINTANA BENAVIDES**

Santiago, Abril 2008

A mis padres

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I:	
Estado de la Cuestión en Chile.....	14
1.1.- En relación con el Derecho a la Vida.....	14
1.2.- En relación con la Libertad de Conciencia.....	21
1.3.- En relación con el Derecho a la protección de la Salud..	30
CAPÍTULO II:	
Ponderación de las garantías constitucionales involucradas.....	36
2.1.- El Derecho a la Vida.....	42
2.2.- La Libertad de Conciencia.....	57
2.3.- Derecho a la Autodeterminación.....	70
2.4.- Derecho a la protección de la Salud.....	82
CAPÍTULO III:	
Ponderación de los deberes jurídicos involucrados.....	90
3.1.- Deberes de los pacientes y de sus parientes y tutores....	93
3.2.- Deberes del médico tratante.....	102
3.3.- Deberes de los servicios de salud públicos y privados..	111
3.4.- Deberes del Estado.....	114

CONCLUSIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	133
ANEXO 1: Cuadro comparativo de Versículos Bíblicos.....	140
ANEXO 2: Cuadro resumen de Sentencias.....	147

INTRODUCCIÓN

Los Testigos de Jehová son un grupo religioso que nació a principios de 1870 en Pittsburg, Pensilvania¹, y que desde ese momento han experimentado un crecimiento en cuanto a la cantidad de seguidores y a los lugares en que se practican sus creencias. Hoy por hoy, en nuestro país su número también ha crecido desde su llegada en 1931², alcanzando actualmente 119.455 seguidores, según el censo del año 2002³, y han cobrado importancia por diversas razones, entre ellas, por el hecho de que la práctica de una de sus creencias causa conflictos que han llegado a los tribunales de justicia.

En general, este grupo se caracteriza principalmente por el estudio minucioso de los preceptos bíblicos, por su creencia de que la Biblia es la palabra de Dios. En lo particular, lo que nos interesa para este trabajo, es su creencia en que la “*introducción de sangre en el cuerpo por la boca o las venas viola las leyes divinas*”⁴. En concordancia con lo dicho anteriormente, esta creencia tiene asidero en diversos preceptos bíblicos que indican la prohibición de ingerir sangre⁵. Se ha interpretado, por los Testigos de Jehová, que esta prohibición se extiende a las terapias médicas que incluyan

¹ Cfr. TESTIGOS DE JEHOVÁ: ¿Quiénes son y qué creen? Buenos Aires, Argentina. Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania. 2000.

² En esta fecha se registra la llegada de don Richard Traub, misionero que viene desde Argentina y comienza a predicar la religión en el Cerro San Cristóbal. (Datos aportados por don Moisés Tabilo, voluntario del Departamento de Servicio de los Testigos de Jehová, Casa Bethel, en entrevista realizada el 16 de Agosto del año 2007)

³ <http://www.ine.cl>

⁴ Op. cit., pág. 13.

⁵ Ver Anexo 1.

introducción de sangre ajena en el propio cuerpo, es decir, las transfusiones de sangre⁶.

Es por lo anterior, que las personas que practican estas creencias se rehúsan a recibir transfusiones de sangre, incluso cuando esta terapia es necesaria para salvar la vida del paciente. Frente a esta negativa, se presenta la disyuntiva para el médico tratante en cuanto a seguir la voluntad del paciente o utilizar todos los medios a su alcance para preservar la vida del mismo. Lo que ha sucedido, en algunos casos en nuestro país, es que el profesional presenta un recurso de protección en favor del paciente, aduciendo que por esta negativa se encuentra afectado su derecho a la vida. De este modo, el médico traslada la decisión acerca de la aplicación del tratamiento la respectiva Corte de Apelaciones.

En las diversas ocasiones en que esta discusión ha llegado a los tribunales de justicia, debido a las características de estas situaciones, en gran cantidad de los casos⁷ ventilados, las Cortes se han pronunciado

⁶ Este rechazo también se extiende a la transfusión de glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas y plasma sanguíneo. Véase <http://www.watchtower.org>

⁷ Así, 1) I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 4293-2000. **Alejandro Belmar con Ruth Myriam Freire Cortés**. Fecha 7 de Noviembre de 2000. Pronunciada por los ministros Juan González Zúñiga, Domingo Kokisch Mourgues y Amanda Valdovinos Jeldes. Recurso de Protección.; 2) I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 3935-2000. **Juan Pablo Donoso Yáñez, con Milton Daccarett Stelzl**. Fecha 25 de Octubre de 2000. Pronunciada por el ministro Hugo Dolmestch Urra y los abogados integrantes Benito Matriz Aymerich, y María Cristina Navajas Urbina; 3) I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 2496-2002. **José Luis Contreras Muñoz, Director del Hospital San José, con Angélica Cristina Díaz**. Fecha 12 de Agosto de 2002. Pronunciada por los ministros Raimundo Díaz Gamboa, Alejandro Solís, y el abogado integrante Benito Matriz Aymerich; 4) I. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol 4041-2001. **Jorge Ramos Vargas, Director del Servicio de Salud de Talcahuano con Mercedes Sanhueza Sanhueza**. Redactada por el abogado integrante Eduardo Tapia Elorza; 5) I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1725-2003. **Marco Clavero Pérez, Director del Hospital San José, con**

cuando la urgencia ya no es tal. De modo que muchas de las sentencias no contienen consideraciones de fondo, pues ya no se estima necesaria la intervención jurisdiccional toda vez que el peligro de muerte ha cesado, ya sea porque el paciente fue trasladado a otro establecimiento médico, o porque fue tratado con medios alternativos, o simplemente porque no necesitó la transfusión, por lo cual se desestima el recurso.

En cuanto a los casos en que ha habido pronunciamiento respecto del fondo del asunto, este problema ha sido identificado usualmente por nuestros tribunales⁸ - así como también por la doctrina⁹ - como un problema de colisión de derechos constitucionales, en particular, entre el derecho a la vida contemplado en el artículo 19 número 1 de la Carta Fundamental, y la libertad de conciencia, en su forma de libertad de culto, consagrada en el artículo 19 número 6 del mismo cuerpo constitucional.

El tribunal, conforme con esta perspectiva, tendría que ponderar ambas garantías a la hora de decidir acerca de la aplicación del tratamiento. Esta ponderación se puede verificar conforme a diversos criterios. Existe,

Iván Muñoz Barrera. Fecha 25 de Junio de 2003. Pronunciada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez y Juan Eduardo Fuentes Belmar y por el abogado integrante Domingo Hernández Emparanza.

⁸ I. Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 3569-1992. **Luz Hidalgo, Omar con Bravo Bravo, Luzmenia.** Recurso de Protección. 24 de Marzo de 1992. Pronunciada por los ministros Juan Pedro Shertzer Díaz, Luisa López Troncoso, Jorge Pizarro Almarza, y Juan Manual Muñoz Pardo. Considerando sexto: “(...)el cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados(...)”

⁹ cfr. VIAL Valdivieso, Ximena. El derecho a la vida y la negativa de terapias que contemplen transfusiones sanguíneas (Testigos de Jehová). Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001, pág. 2; Un análisis interesante se encuentra en ALVARADO Marambio, José Tomás. Derecho a la vida y libertad de conciencia. Análisis de un modelo de racionalidad práctica (Comentario de una sentencia). Revista Chilena de Derecho. Vol. 22 (Nº1): págs 91-104, 1995.

sobre este punto, una conocida postura¹⁰ que propone que las garantías contempladas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República se encuentran ordenadas siguiendo una secuencia jerárquica conforme al orden en que están enunciadas. Por lo tanto, los problemas que pudieran surgir de la colisión de estas garantías debieran ser resueltos según la jerarquía de los derechos involucrados, de modo tal que, frente al derecho a la vida (enunciado en primer lugar), la libertad de conciencia (enunciada en sexto lugar) debe ceder en todos los casos que se ventilen.

Otro autor¹¹, en cambio, identifica dos formas iniciales de resolver este tipo de colisiones. Por un lado, la consideración de que todas las garantías constitucionales tienen una misma jerarquía, lo cual llevaría al intérprete a realizar una interpretación armónica de los mismos, pues ningún derecho podría aplicarse en desmedro de otro. Y, por otro lado, el autor considera que efectivamente existiría una escala de jerarquía entre los distintos derechos amparados por la Carta Fundamental, ya que, tras cada uno de los derechos considerados en ella se encuentra un valor, y respecto de estos valores es posible afirmar que existe un orden jerárquico. En consecuencia, también es posible establecer que esta característica la poseen los derechos que contemplan dichos valores.

¹⁰ Cfr. CEA Egaña, José Luis, Curso de Derecho Constitucional, Santiago, Chile. 1999. Tomo II. Pág. 27 “En este sentido, creemos que en la enumeración del artículo 19° **no están los derechos ordenados al azar, sino que siguiendo la secuencia jerárquica enunciada.** Y lo mismo cabe aseverar del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos.”

¹¹ Cfr. PFEFFER Urquiaga, Emilio. Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos. Revista Chilena de Derecho. Número Especial, págs. 225-227, 1998.

Otro punto de vista¹², sostiene que las normas contenidas en la Constitución tienen el carácter de principios, los que- a diferencia de las reglas, cuya lógica es la de la subsunción, pues son mandatos definitivos- funcionan como mandatos de optimización, de modo que lo que se pretende con estos mandatos es la aplicación de los principios en la medida de lo posible, y por tanto funcionarían bajo la lógica de la ponderación. Junto con esto, el autor sostiene que algunos derechos no pueden ser negados, entre ellos el derecho a la vida, la integridad física, y la libertad de religión, de acción y opinión¹³.

El problema descrito tiene diversos aspectos sobre los que es interesante reflexionar. Existe en estos casos una contradicción- desde el punto de vista del médico tratante- entre la voluntad del paciente, y un deber de preservación de la vida del mismo. Al respecto, Llamazares¹⁴ va más allá al sostener que, de seguir la voluntad del paciente, el médico podría incurrir en responsabilidad criminal por omisión de socorro, y en el delito de “coacciones” en caso de no respetarla.

En nuestro derecho penal, podría configurarse la falta de coacciones violentas, tipificada en el artículo 494 N°16¹⁵ del Código Penal en caso de obligarse a la persona a recibir la transfusión de sangre en contra de su voluntad. Asimismo, el facultativo podría cometer un cuasidelito

¹² Cfr. ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona, Editorial Gedisa. 1994, págs. 159-177.

¹³ ALEXY, Robert. Op. cit., pág. 154.

¹⁴ Cfr. LLAMAZARES, Dionisio. Derecho de la Libertad de Conciencia, Madrid, Editorial Civitas 1997. Volumen 2, págs. 306 y 307.

¹⁵ Ver punto 3.2.-

contemplado en el artículo 491 del mismo cuerpo legal, en caso de no realizar la transfusión y que por esta acción se siga un resultado dañoso. Por otro lado, también podrían configurarse los delitos tipificados en los artículos 138 y 139 del Código penal, referentes a los delitos en contra de la libertad de culto¹⁶, en caso de impedirse a los Testigos de Jehová ejercer y actuar conforme a sus creencias.

Respecto del deber de preservación de la vida del paciente, que recaería sobre el médico tratante, en un primer acercamiento, no puede sostenerse que resulte pacífico afirmar, sin más, su existencia, más aún, contra la voluntad de aquel. Tanto es así que, en su totalidad, los casos que se han ventilado en tribunales en nuestro país involucran a profesionales pertenecientes a servicios públicos, y en ningún caso a profesionales de establecimientos médicos privados. Lo anterior, añade un matiz a la afirmación –ya problemática- de la existencia del deber del médico de preservación de la vida del paciente, y es que este deber pareciera verse envuelto particularmente en los casos en que el médico tratante representa al servicio público. De modo que podría sostenerse que este deber se reconduciría, en último término, al deber del Estado por la preservación de la vida del paciente. Si esto es así, también sería un deber para los tribunales de justicia, en cuanto son órganos del Estado. Es posible afirmar, entonces, que este sería el punto de fondo de la discusión, es decir, si el interés del Estado por preservar la vida de sus integrantes es de tal intensidad que, ante

¹⁶ Ver punto 1.2.

él, cede el interés del mismo por proteger las expresiones provenientes del ejercicio de la libertad de conciencia (de los pacientes).

El punto planteado anteriormente es central. La negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre no presentaría las implicancias jurídicas que tiene de no involucrar un peligro para la vida del paciente y al mismo tiempo, una expresión de la libertad de conciencia del mismo. Las preguntas que podemos plantear el respecto entonces son: ¿Puede la libertad de conciencia expresarse de forma tal que ponga en peligro la vida de la persona o de un tercero? ¿Puede ceder el interés del Estado por preservar la vida de sus integrantes ante su interés en proteger las expresiones de la libertad de conciencia de los mismos? Frente a esto resulta relevante constatar que la jurisprudencia de otros países¹⁷ no centra la discusión en el enfrentamiento del derecho a la vida y la libertad de conciencia. En cambio, la discusión- en Estados Unidos y España, por ejemplo- se centra en el derecho a la autodeterminación del paciente, y también se introducen consideraciones relativas al derecho a la salud del mismo. Si bien las preguntas planteadas son plenamente atingentes en el contexto de nuestra jurisprudencia, nos interesa además ampliar las perspectivas desde las que se puede abordar el problema jurídico que implica la negativa de este grupo religioso a recibir transfusiones de sangre, de modo de enfocar los distintos aspectos que se encuentran involucrados en él.

¹⁷ Véase pág. 51-53; 64-66.

El interés de plantear las preguntas precedentemente establecidas se centra en una preocupación por plantear un análisis crítico respecto del tratamiento jurisprudencial que ha tenido esta problemática, tomando en cuenta que éste se ha dado principalmente desde el punto de vista del derecho a la vida o la salud, y el deber del estado y de sus integrantes de preservarlas, dejando de lado otras consideraciones que pueden ser plenamente planteadas a la luz de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional. Particularmente el derecho a la autodeterminación, el que permite- desde nuestro punto de vista- reinterpretar el resto de las garantías involucradas, con un trasfondo esencial de tolerancia. Lo anterior se basa en el entendimiento de los derechos humanos, como aseguradores de espacios para distintas concepciones de vida. De este modo, constataremos que la argumentación posible acerca de esta problemática, es mucho más rica de la que actualmente se sostiene por parte de nuestros tribunales, y permite, basándose en los principios y derechos contemplados por nuestra Constitución, amparar expresiones de voluntad como las de los Testigos de Jehová.

CAPÍTULO I: ESTADO DE LA CUESTION EN CHILE

1.1.- En relación con el Derecho a la Vida y la Integridad Física y Psíquica:

El artículo 19 número 1 de la Constitución Política de la República de Chile protege el derecho a la vida y la integridad física y síquica de las personas, añadiendo consideraciones respecto de la vida del que está por nacer, la pena de muerte, y los apremios ilegítimos¹⁸.

En la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (en adelante CENC) hubo acuerdo en cuanto a la importancia del establecimiento expreso del derecho a la vida como garantía fundamental del Estado. Al respecto, se consideró la tendencia internacional a establecer este derecho de forma expresa, lo que se dio en las diversas declaraciones internacionales en materia de derechos humanos¹⁹, de modo tal que, en el cumplimiento del objetivo de tener una Constitución moderna, la inclusión del derecho a la vida resultaba “*muy difícil de eludir*”²⁰. Se tomó en cuenta, fundamentalmente, la importancia del establecimiento expreso de este

¹⁸ Artículo 19 n°1 Constitución Política de la República (CPR): *La Constitución asegura a todas las personas: 1.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.*

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

¹⁹ En este sentido, Artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 2° de la Convención Europea de Derechos Humanos. Posteriormente también, el Artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y Artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁰ Comisionado señor Ortúzar (Presidente). Sesión 89ª, celebrada el 21 de Noviembre de 1974, pág. 11. Actas Oficiales CENC.

derecho como una forma de limitación a la actuación del Estado²¹, de modo de garantizar que se respete el derecho a la vida de las personas en las actuaciones del mismo. Además, existe una consideración más extensiva del comisionado señor Ovalle, quien declara que se impediría, por el establecimiento del derecho a la vida, que *“cualquiera, en forma ilegítima, injusta, pueda atentar en contra de la vida del hombre”*²². Así, puede colegirse que para la Comisión, el establecimiento del derecho a la vida atiende a tres consideraciones relevantes: En primer lugar, la necesidad de tener una Constitución moderna que siguiera las tendencias internacionales respecto del establecimiento expreso de garantías como el derecho a la vida; luego, el hecho de establecer una limitación al poder del Estado de modo que se reconociera como primera condición a su actuar el respeto por el derecho a la vida de sus integrantes; y por último, este reconocimiento implicaría además que nadie -no sólo la autoridad estatal- podría privar al hombre de su vida de forma legítima.

Para la CENC, en lo relativo al aborto y la eutanasia, el establecimiento del derecho a la vida tendría la característica de excluirlos totalmente, es decir, no se podrían establecer condiciones en relación con esos temas. En cuanto a la eutanasia, varios de los integrantes expresaron su acuerdo respecto a que la consagración del derecho a la vida implica la

²¹ De este modo, OVALLE. *“(…) la labor fundamental del Estado está destinada a proteger los derechos de los ciudadanos. Si se consagra expresamente el derecho a la vida en la Constitución, se le está imponiendo al Estado, en su manejo futuro, una limitación substancial, que puede ser muy útil para el caso de que determinadas corrientes predominen en Chile y pretendan poner en riesgo la vida de los ciudadanos en cumplimiento de ciertas tareas que se magnifican, especialmente, en aquellos Estados que tienden a ser totalitarios en algún sentido, aunque se sujeten a la Constitución.”* Sesión 89ª, pág. 10. Actas Oficiales CENC.

²² Sesión 84ª, celebrada el 4 de Noviembre de 1974, pág. 16. Actas Oficiales CENC.

prohibición de la misma. Es por esto que se acordó no hacer mención expresa sobre este punto, pues se consideró que esto estaba implícito en el establecimiento del derecho a la vida. Así, el comisionado señor Silva Bascuñán señala que *“la eutanasia debe estar condenada y sancionada”*²³. A lo anterior se agrega la consideración del comisionado señor Ortúzar de que *“[e]s indudable que si se suprime la vida de una persona por razones humanitarias, se atenta contra el derecho a la vida”*²⁴. Por otro lado, el comisionado señor Guzmán²⁵ afirma que el derecho a la vida –al igual que el resto de los derechos- no es absoluto, pues todos los derechos del hombre, conforme su concepto, son limitables. Tales limitaciones, en el caso del derecho a la vida provienen, por ejemplo, de la pena de muerte. Frente a esto, el comisionado señor Ovalle²⁶ precisa que efectivamente los derechos son absolutos en cuanto deben ser respetados por la autoridad en el ejercicio de su poder y por los terceros. De modo que las limitaciones que puedan darse respecto de estos derechos no significan que éstos no sean absolutos, efectivamente estos derechos pueden ser limitados, lo que sucedería es que no deben ser limitados esencialmente, sino sólo en relación a lo que es necesario en el tráfico social, es decir, en la vida en comunidad.

En cuanto al derecho a la integridad física y síquica de la persona, la Comisión consideró relevante establecerlos en el mismo artículo del

²³ Sesión 90ª, celebrada el 25 de Noviembre de 1974, pág. 13. Actas Oficiales CENC.

²⁴ Sesión 90ª, pág. 14. Actas Oficiales CENC.

²⁵ Cfr. Sesión 84ª, pág. 12. Actas Oficiales CENC.

²⁶ Cfr. Sesión 84ª, pág. 15. Actas Oficiales CENC.

derecho a la vida por la estrecha vinculación que tienen²⁷. Al respecto, la discusión de la Comisión giró en torno a la definición de estos conceptos de integridad física y síquica, para lo cual se invitó al profesor Armando Roa, quién aportó un concepto de integridad física y síquica, señalando: “(...)entre la psique y el soma hay una unidad intrínseca pero la unidad obviamente no significa confusión, no significa que la psique sea lo mismo que soma, (...) son dos cosas distintas que por un lado están atadas, de otro modo no se podría hablar de unidad psicósomática²⁸”. La intención de lograr una buena conceptualización de estos elementos se relaciona fundamentalmente con el tema de los apremios ilegítimos, los que podrían ser atentatorios contra la parte física pero también síquica del individuo.

En relación con este derecho, existe además parte de la doctrina²⁹ que considera que este derecho abarca también el derecho de disponer del propio cuerpo y del propio cadáver. En este sentido, los autores que sustentan esta posición, relacionan la integridad física y síquica de la persona con las situaciones de donación de sangre y de órganos, en que se requiere consentimiento del donante. No existen, eso sí, referencias directas

²⁷ Cfr. EVANS Sesión 84ª, pág. 19-20. Actas Oficiales CENC: “El señor EVANS expresa que íntimamente vinculado al derecho a la vida está el derecho a la integridad física, que debería estar en el mismo precepto(...)”

²⁸ ROA, Sesión 130ª, celebrada el 17 de Junio de 1975, pág. 6. Actas Oficiales CENC.

²⁹ 1) VERDUGO, Mario y PFEFFER Emilio “De los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica derivan los derechos personales de disponer del propio cuerpo y del propio cadáver, los que como es obvio están sujetos a los límites generales impuestos por la moral y el orden público y por el deber específico del individuo de cuidar su salud (...)” Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1999, Tomo I, pág. 203; 2) EVANS de la Cuadra, Enrique. “De los derechos a la vida y a las integridades física y psíquica derivan los derechos personales de disponer del propio cuerpo y del propio cadáver. Estos derechos reconocen los límites generales impuestos por la moral y el orden público y por el deber esencial del ser humano de cuidar de su salud(...)” Los Derechos Constitucionales, Santiago, Chile, 2004. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. Pág. 124-125.

al consentimiento que posiblemente pudiera concurrir por parte del donatario de la sangre u órganos. No obstante, tanto Evans³⁰ como Verdugo³¹, hacen referencia a los límites generales de este derecho de disposición del propio cuerpo, que estarían dados por la moral, las buenas costumbres y el orden público, pero además por el deber de las personas de preservar y cuidar su salud.

Sobre el derecho a la vida, nuestros tribunales han expresado que este es el derecho que tiene toda persona para que se le respete su vida, pero al mismo tiempo esto implica que la persona tendría un deber de respetar su propia vida y preservarla, “(...) *pues es de derecho natural que el derecho a la vida, es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra, - pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud de la cual pudiéramos destruirla si quisiéramos, sino en la facultad de exigir de los otros, la inviolabilidad de ella.*”³². De este modo, la Corte establece que tanto la integridad personal como el derecho a la vida son bienes no disponibles³³. Las anteriores consideraciones, siguiendo el razonamiento jurisprudencial, se relacionan con el hecho de que el Código Penal contemple sancione al homicidio y al auxilio al suicidio, mientras que

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² Cfr. E. Corte Suprema. Rol 167-84. **Fernando Rozas Vial y otros con Patricio Ponce y otros.** Apelación Recurso de Protección. 9 de Agosto de 1984. Pronunciada por el ministro Germán Valenzuela Erazo y por los abogados integrantes señores José Bernal Pereira y Cesar Parada Guzmán. Considerando décimo.

³³ Cfr. op. cit. Considerando undécimo: “*Que, por otra parte la inviolabilidad de la vida por uno mismo, o por otra persona, es fruto de la civilización judeocristiana, que ha inspirado toda nuestra legislación y ha sido recogida invariablemente por la Teología y el Derecho Natural, ya sea en sus corrientes tomistas o racionalistas. Como expresa Etcheberry en su aludida obra de "Derecho Penal" "la integridad corporal y la salud no constituyen bienes disponibles" (página 114, Tomo III), de donde se desprende que todo atentado en contra de estos bienes, es, por decir lo menos, arbitrario e injusto;*”

el suicidio mismo no lo contempla como tal por los problemas obvios que se causarían de ser exitoso el acto, ya que no podría aplicarse pena alguna³⁴.

Del mismo modo, se ha estimado que la consagración del derecho a la vida y la integridad física y síquica de la persona en el artículo 19 número 1 de la Constitución en relación con el artículo 20³⁵ del mismo cuerpo constitucional, que protege tal garantía con la acción de protección, implica que las personas no pueden sufrir privaciones, perturbaciones o amenazas, por actos u omisiones arbitrarios e ilegales, del ejercicio de este derecho, lo que se reconduciría, en definitiva, a una obligación de la autoridad de protección de la salud y la vida de las personas³⁶. Se define, entonces, este derecho en términos tales que el Estado debe intervenir activamente en la protección de la salud y la vida de la persona, incluso en aquellos casos en que el peligro proviene de la propia decisión del titular del derecho, de modo que se les suministra ayuda y atención médica aún contra su voluntad e incluso con la intervención de la fuerza pública. Esta interpretación

³⁴ Cfr. op. cit. Considerando noveno, “*Que el atentado contra la vida y la integridad física que están realizando los ayunantes es un hecho ilegal e ilegítimo que si bien no está penado por la ley, infringe todo nuestro sistema social y jurídico que impide y sanciona todo atentado contra la vida, ya sea bajo la forma del homicidio o de la colaboración al suicidio (...)*”

³⁵ Artículo 20 inciso primero CPR.- *El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 número 1 (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.*

³⁶ Cfr.1) I.Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 1030-1994. **Fundación de Salud El Teniente con Jorge Reyes Muñoz y otros.** Recurso de Protección. 22 de Agosto de 1995. Pronunciada por los ministros Víctor Montiglio R, Héctor Retamales R, y Gabriela Corti O. Considerando octavo. Confirmada por la Corte Suprema con fecha 2 de Octubre de 1995, Rol 32.651; 2) del mismo modo, I. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 297-2001. **Servicio de Salud Metropolitano Sur con Clara Figueroa.** Recurso de Protección. 29 de Enero de 2001. Pronunciada por los ministros Osvaldo Faúndez Vallejos, Ricardo Gálvez Blanco, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac Soto y Humberto Espejo Zúñiga.

jurisprudencial parece haber dado un paso más allá en la definición del derecho a la vida, puesto que, como se analizó anteriormente, la discusión de la CENC se centró en que la consagración expresa del derecho a la vida pudiera funcionar como limitación a la actuación del Estado y que, además, se impidieran los ataques contra la vida provenientes de terceros. No se discutió, en cambio, acerca de la procedencia o improcedencia de una expresión de voluntad del titular del derecho que implicara un peligro para la vida del mismo.

1.2.- En relación a la Libertad de Conciencia:

El artículo 19 en su numeral sexto inciso primero³⁷ contempla la llamada libertad de conciencia y, específicamente, la libertad de cultos, poniendo como límites la moral, las buenas costumbres y el orden público.

El aspecto religioso en el texto constitucional tiene larga historia en nuestro país, comenzando por la Constitución de 1833, la que establecía que la religión oficial de la república era la católica apostólica romana en su artículo 5³⁸, lo que fue posteriormente fue flexibilizado mediante una ley interpretativa, dando paso al establecimiento constitucional de la libertad de conciencia en su forma de libertad de cultos. Uno de los cometidos principales de la Constitución de 1925, en este respecto, fue “llevar a buen término la separación de la iglesia y Estado”³⁹, estableciendo así en su texto la protección del ejercicio libre de todos los cultos, teniendo como limitantes, la moral, las buenas costumbres y el orden público⁴⁰. En la CENC se discutió la introducción de modificaciones al artículo 10 número 2 proveniente de la Constitución de 1925, discusión en la que, en general

³⁷ Artículo 19 n°6 inciso primero CPR: *La Constitución asegura a todas las personas: n°6.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.*

³⁸ Artículo 5° de la Constitución de 1833: *La Religión (sic) de la República de Chile es la Católica, Apostólica, Romana; con exclusión del ejercicio público de cualquier otra.*

³⁹ QUINZIO F. Jorge, Tratado de Derecho Constitucional, Santiago, Ediciones Universidad de la República, 1993, Tomo II, pág. 128.

⁴⁰ Artículo 10 n°2 inciso primero de la Constitución de 1925: *La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: n°2.- La manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, pudiendo, por tanto, las respectivas confesiones religiosas (sic) erijir (sic) y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene (sic) fijadas por las leyes y ordenanzas.*

existió acuerdo en cuanto a mantener el artículo en su redacción. Así consta en las Actas que “[e]l señor Ovalle cree que la Comisión no debe introducir grandes modificaciones en la consagración de esta libertad”⁴¹.

En general, esta libertad fue considerada por los comisionados como un precepto histórico y muy importante de la Constitución de 1925, que además, desde su establecimiento no dio origen a dificultades de magnitud, por lo cual, las modificaciones que pudiera sufrir no serían mayores⁴². En este sentido, se creyó que el establecimiento de cambios podría generar problemas, puesto que existía una jurisprudencia interpretativa más o menos uniforme que podría haberse visto afectada con la introducción de elementos nuevos en el artículo⁴³.

Una discusión de fondo acerca del sentido de la libertad de conciencia, es aquella que se formuló en torno a las características de este derecho en relación con la libertad de opinión. A este respecto, los señores comisionados Evans⁴⁴ y Guzmán⁴⁵ consideran que la libertad de conciencia es anterior a la libertad de opinión puesto que ésta implica la manifestación externa de aquella. Y el comisionado señor Ovalle⁴⁶ sostiene que la libertad

⁴¹ OVALLE, Sesión 130ª, pág. 6. Actas Oficiales CENC. Del mismo modo, SILVA BASCUÑÁN, Sesión 130ª, pág. 8, Actas Oficiales CENC.

⁴² Así, cfr. EVANS, Sesión 130ª, págs. 8-9. Actas Oficiales CENC.

⁴³ En este sentido, GUZMÁN: “(...)la doctrina y además la jurisprudencia han ido uniformando una interpretación a este respecto que hace que cualquier modificación que se introduzca reabra una posible discusión que ha quedado zanjada, no por obra del texto en sí mismo, que es bastante imperfecto, desde un punto de vista técnico, sino por obra de la jurisprudencia y de la doctrina, que han ido uniformando el criterio (...)” Sesión 130ª, pág. 11; EVANS, Sesión 130ª, pág. 9, Actas Oficiales CENC.

⁴⁴ Cfr. Sesión 130ª, pág. 9. Actas Oficiales CENC.

⁴⁵ Cfr. *Ibíd* pág. 11.

⁴⁶ *Ibíd* pág. 14.

de pensamiento es el antecedente de las otras libertades comentadas. Así, comenta “*la libertad de conciencia es una especificación y una exaltación de la libertad de pensamiento*”⁴⁷. Por último, Jaime Guzmán⁴⁸ cree que la libertad de conciencia no puede ser objeto de regulación, puesto que pertenece al fuero interno.

En definitiva, puede decirse que el artículo contempla la libertad de conciencia en los términos expuestos, y dentro de ésta la libertad de culto, la que funciona como el modo de exteriorizar las creencias religiosas, con el límite de la moral, las buenas costumbres, y el orden público. En la discusión de la CENC existió amplio acuerdo en cuanto a mantener este precepto en la forma en que estaba consagrado en la Constitución de 1925, puesto que, como se dijo, este artículo tenía larga data y se consideraba el fruto de un acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Chile.

Gran parte del debate posterior se centró en el tema de la concesión de personalidad jurídica a todas las iglesias⁴⁹. En este contexto, el comisionado señor Ovalle⁵⁰ expresó que la afirmativa a la interrogante planteada demuestra un espíritu de tolerancia, pues se daría igualdad a las distintas confesiones religiosas. Al respecto, el comisionado señor Silva Bascuñan⁵¹, estuvo de acuerdo en cuanto al espíritu de tolerancia religiosa, a pesar de ser reticente a la concesión de personalidad jurídica a todas las

⁴⁷ Bis in ídem.

⁴⁸ Cfr. Sesión 130ª, pág. 12. Actas Oficiales CENC.

⁴⁹ Así, la mayor parte de la Sesión 131ª. Actas Oficiales CENC.

⁵⁰ Cfr. Sesión 130ª, pág. 22. Actas Oficiales CENC.

⁵¹ Cfr. Sesión 131ª, pág. 13. Actas Oficiales CENC.

iglesias. Del mismo modo, el comisionado señor Ovalle ⁵² señala su acuerdo respecto de la tolerancia, lo que implica respeto por las creencias de sus semejantes.

Existen además instrumentos internacionales, firmados por Chile, que contemplan la libertad religiosa. Así el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”*⁵³. Asimismo, el artículo 18.1 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla esta libertad de la siguientes forma: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.”* Este segundo instrumento internacional es más completo, pues se refiere a la inmunidad de coacción, a los límites de esta libertad y tiene una disposición relativa a la facultad de los padres o tutores de elegir una educación según sus creencias para sus hijos o pupilos⁵⁴.

⁵² Cfr. Sesión 131ª, celebrada el 19 de Junio de 1975, pág.17. Actas Oficiales CENC.

⁵³ Artículo 18° de la Declaración Universal Derechos Humanos. 1948.

⁵⁴ Art. 18: “2.- Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

Particularmente nos interesa el número 2 del artículo 18 que establece como límites a la libertad de manifestar la creencia religiosa, aquellas impuestas por la ley con el objeto de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales *de los demás*. Retomaremos este punto más adelante al ponderar las diversas garantías constitucionales involucradas⁵⁵.

En relación con la libertad de culto, además de la consagración constitucional comentada, existe una protección legal que encontramos en los artículos 138 y 139 del Código Penal⁵⁶, los que protegen el ejercicio libre de los cultos. El primero de ellos tiene una redacción amplia y protege el “ejercicio de un culto permitido en la República”. La pregunta que podemos plantear al respecto es si este “ejercicio” incluye la facultad de las personas que profesan una religión a rehusarse a recibir un tratamiento médico, particularmente si tomamos en consideración que esta negativa

3.- La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

⁵⁵ Ver apartado 2.2.-

⁵⁶ Artículo 138.- *Todo el que por medio de violencia o amenazas hubiere impedido a uno o más individuos el ejercicio de un culto permitido en la República, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo.*

Artículo 139.- *Sufrirán la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales:*

1° Los que con tumulto o desorden hubieren impedido, retardado o interrumpido el ejercicio de un culto que se practicaba en lugar destinado a él o que sirve habitualmente para celebrarlo, o en las ceremonias públicas de ese mismo culto.

2° Los que con acciones, palabras o amenazas ultrajaren los objetos de un culto, sea en los lugares destinados a él o que sirven habitualmente para su ejercicio, sea en las ceremonias públicas de ese mismo culto.

3° Los que con acciones, palabras o amenazas ultrajaren al ministro de un culto en el ejercicio de su ministerio.

tiene como fundamento el cumplimiento de sus creencias religiosas⁵⁷. El artículo 139, en cambio, tiene una redacción más restringida y protege particularmente las ceremonias específicas de los diversos cultos.

En cuanto a los actos religiosos que no constituyan una ceremonia del credo en particular, algunos autores⁵⁸ sostienen que estos actos se encuentran protegidos por la garantía constitucional, de modo que ésta abarca no solo las ceremonias de adoración sino que “*todos los actos externos que implican la existencia de la fe religiosa*”⁵⁹.

Lo anterior se encuentra respaldado por la ley N° 19.638 sobre Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, la que fue inicialmente concebida como una ley que establecería el procedimiento para la constitución jurídica y funcionamiento de las Iglesias y organizaciones religiosas⁶⁰, pues no se consideró en el proyecto original incluir referencias a la garantía de libertad de conciencia establecida en la Constitución. Sin embargo, desde el inicio de la tramitación parlamentaria se consideró la importancia de esta garantía, lo que se revela en el Mensaje del Presidente de la República que se refiere particularmente a la libertad religiosa como “*un derecho que tiene las más amplias y determinantes expresiones en la vida social, y en la cotidianeidad de las existencias individuales y*

⁵⁷ Ver apartado 2.2.

⁵⁸ Cfr. EVANS de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tercera Edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2004. Tomo I. Pág. 264.

⁵⁹ Bis in idem.

⁶⁰ Cfr. Mensaje N° 184-327, de 22/10/2003 de S.E. el Presidente a la H. Cámara de Diputados con el que inicia un proyecto de ley sobre normas acerca de la constitución jurídica y funcionamiento de las iglesias y organizaciones religiosas. Ver en: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>.

colectivas”⁶¹. Sin embargo, durante la tramitación del proyecto, particularmente en la discusión del proyecto dentro de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, de la H. Cámara de Diputados, por medio de indicaciones se introdujeron nuevos artículos. El nuevo articulado contempló una explicitación y reiteración de la garantía constitucional referente a la libertad e igualdad religiosa y de culto⁶². En posteriores trámites se precisó el contenido de la libertad religiosa, en términos tales que ella contendría 3 elementos, a saber, la libertad de conciencia, que asegura la inviolabilidad del fuero interno de la persona; el ejercicio libre de todos los cultos, que implica el derecho de practicar públicamente actos y ceremonias de cada religión; y por último- y esto nos interesa, especialmente- la manifestación libre de todas las creencias. Lo que implica que se garantiza el derecho a expresar y exteriorizar mediante la palabra y el gesto la fe que se profesa⁶³. Esto último, da pie para sostener que la negación a recibir transfusiones de sangre se encuentra contemplada dentro de estas manifestaciones no constitutivas de actos o ceremonias religiosas.

En su redacción definitiva, esta ley en su artículo 1 se refiere a la garantía de libertad religiosa y de culto “en los términos de la

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Cfr. Nuevo Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, de la H. Cámara de Diputados, Sobre Proyecto de Ley que Establece Normas Acerca de la Constitución Jurídica y Funcionamiento de las Iglesias y Organizaciones Religiosas. Boletín N° 1111-07-02. Ver en: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>.

⁶³ Cfr. Informe de la Comisión Especial encargada de estudiar el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, H. Cámara de Diputados, sobre Constitución Jurídica y Funcionamiento de las Iglesias y Organizaciones Religiosas. Boletín N° 1111-07. Ver en: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>.

Constitución”⁶⁴. Además, el artículo 3 de la ley se refiere al desarrollo de las actividades religiosas, el que se encuentra garantizado por el Estado⁶⁵. Por último, el artículo 6⁶⁶ define las *facultades* que se encuentran incluidas en el término “libertad religiosa y de culto”, la que además implica autonomía e inmunidad de coacción. Se contemplan cinco letras que indican diversas situaciones amparadas por esta libertad de modo que podría inferirse que este artículo ayuda a esclarecer los elementos que componen la libertad de conciencia en su forma de libertad de culto. Sin embargo, puede decirse también que estas actividades enumeradas no implican el agotamiento de lo que corresponde a dicha garantía. Sostenemos lo anterior basándonos en los antecedentes de la ley que expusimos, y en la redacción del artículo, el que indica en su encabezamiento que la libertad religiosa significa “*a lo menos*” las

⁶⁴ Artículo 1° de la Ley 19.638: “*El Estado garantiza la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República.*”

⁶⁵ Artículo 3° de la Ley 19.638: “*El Estado garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas.*”

⁶⁶ Artículo 6° de la Ley 19.368: “*La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción significan para toda persona, a lo menos, las facultades de:*

- a) *Profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba;*
- b) *Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos;*
- c) *Recibir asistencia religiosa de su propia confesión donde quiera que se encuentre. La forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros de culto, para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, cárceles y lugares de detención y en los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad, serán reguladas mediante reglamentos que dictará el Presidente de la República, a través de los Ministros de Salud, de Justicia y de Defensa Nacional, respectivamente;*
- d) *Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado-, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y*
- e) *Reunirse para manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con el ordenamiento jurídico general y con esta ley.*

facultades que se enumeran, por lo que puede interpretarse que esta enumeración no tiene un carácter taxativo y que, por lo tanto, cabrían en este concepto otras manifestaciones o expresiones de la libertad de cultos. Por otro lado, el vocablo *facultad* utilizado por el mencionado artículo es definido por la Real Academia Española como el “*Poder, derecho de hacer algo.*”⁶⁷ Esta definición nos lleva a concluir que dentro de esta facultad se encuentra el derecho a manifestar la fe religiosa no sólo de las formas enumeradas en el artículo expresado, sino que también de otras maneras, como sería el negarse a recibir un tratamiento médico por contradecir éste a las creencias religiosas del paciente.

⁶⁷ Ver en: www.rae.es

1.3.- En relación con el derecho a la protección de la salud:

El artículo 19 número 9⁶⁸ de la Constitución Política de la República de Chile asegura el derecho a la protección de la salud de las personas, junto con el acceso igualitario a las acciones relacionadas con la salud, además de corresponder al Estado el control y coordinación de las mismas. Finalmente, el Estado debe garantizar que estas acciones se otorguen por instituciones públicas o privadas, teniendo las personas derecho a elegir a qué sistema acogerse.

Una idea fundamental de este precepto constitucional radica en la existencia de dos sistemas de salud: uno privado y otro público. De todos modos, el Estado tiene el deber de velar por la coordinación de estos dos sistemas, así como supervigilar el buen funcionamiento del sistema privado. Además de esto, hubo opiniones relativas a la importancia del deber del Estado en cuanto a su labor coordinadora e implementadora de salud, pero de ningún modo exclusiva⁶⁹. Se estimó que la labor del Estado debe ser de establecer la normativa necesaria para otorgar salud en el país, además de

⁶⁸ Artículo 19 n°9 CPR: *El Estado asegura a todas las personas:*

9°.- *El derecho a la protección de la salud.*

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

⁶⁹ Cfr. CASANEGRA, Pablo (Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Católica de Chile) Sesión 190ª celebrada el 17 de Marzo de 1976, págs. 6-7 Actas Oficiales CENC; del mismo modo PIZZI, Julio (Decano de la facultad de Medicina de la Universidad de Chile), Sesión 190ª, pág. 18, Actas Oficiales CENC.

controlar a los establecimientos que imparten estos servicios. Esto último fue muy relevante en la discusión de la CENC, puesto que, no sólo se le otorga al Estado el deber de coordinar y controlar ambos sistemas, sino que además se establece que el Estado tiene un rol promotor en torno a la salud⁷⁰.

Desde el punto de vista del contenido del derecho a la salud, en la discusión de la comisión se incluyeron opiniones de personas relacionadas con el sector. En este tenor, Pizzi⁷¹ considera que existe un derecho a la salud que el Estado debe asegurar, pero además existe un deber de parte de las personas de colaborar con el Estado de modo personal, familiar y también comunitario en la preservación de la salud. Del mismo modo, el comisionado señor Ovalle sostiene que existe el “*deber de cada ciudadano de abstenerse de realizar todo acto que pueda lesionar o poner en peligro la salud de sus semejantes*”⁷². Sin embargo, esto presenta una diferencia con la opinión anterior, puesto que no se refiere a la actitud de cada ciudadano en torno a la preservación de su propia salud sino que a la actitud de cada ciudadano respecto de la salud de los demás, y en definitiva, de todo el aparato del Estado. A pesar de lo anterior, no hubo finalmente mención expresa acerca de este deber de preservar la propia salud que tendrían las personas insinuado por Pizzi.

⁷⁰ Cfr. OVALLE. Sesión 190ª, pág. 9 Actas Oficiales CENC.

⁷¹ Cfr. PIZZI, Sesión 190ª, pág. 6 Actas Oficiales CENC.

⁷² OVALLE, Sesión 190ª, pág. 9. Actas Oficiales CENC.

Finalmente, la mayor parte de la jurisprudencia respecto del derecho a la salud no hace referencia a los puntos en comento. Sin embargo, en los fallos dictados en recursos de protección en que el paciente se niega a recibir sangre por razones religiosas, se hace alusión, tangencialmente - puesto que el derecho que principalmente se alude es el derecho a la vida- al derecho a la salud. A este respecto se sostiene que el deber del médico de preservar la vida del paciente es la primera preocupación que éste debe tener, tanto así que puede aplicar tratamientos aún contra la voluntad del mismo⁷³. En este mismo tenor, se ha citado, por la Corte de Apelaciones de San Miguel⁷⁴ el Decreto N° 42 del Ministerio de Salud, del año 1986, que contiene el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, el que contendría la obligación de los médicos de preservar la vida del paciente.

El Decreto N° 42 anteriormente mencionado, se encuentra actualmente modificado por el Decreto N° 140 del Ministerio de Salud, del año 2004, el que se inserta dentro del paquete de modificaciones hechas en la reforma de la salud, dentro de la cual también se cuenta la implementación de la ley 19.966 que establece el llamado Plan Auge. En lo que nos atañe, el nuevo Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud incluye disposiciones generales relativas a las funciones de los Servicios de

⁷³ Cfr. I. Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 1030-1994. **Fundación de Salud El Teniente con Jorge Reyes Muñoz y otros**. Recurso de Protección. 22 de Agosto de 1995. Pronunciada por los ministros Víctor Montiglio R, Héctor Retamales R, y Gabriela Corti O. Confirmada por la Corte Suprema con fecha 2 de Octubre de 1995.

⁷⁴ Cfr. I. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 297-2001. **Servicio de Salud Metropolitano Sur con Clara Figueroa**. Recurso de Protección. 29 de Enero de 2001. Pronunciada por los ministros Osvaldo Faúndez Vallejos, Ricardo Gálvez Blanco, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac Soto y Humberto Espejo Zuñiga.

Salud⁷⁵, además de diversas normas de carácter administrativo relativas a los mismos. A nivel más particular, el Capítulo V del Reglamento, establece en su artículo 34 una norma que nos parece fundamental, puesto que importa una garantía de respeto por las creencias o prácticas religiosas del paciente, además de contemplar el deber de los médicos de informar, cuando sea posible, al paciente acerca de los métodos curativos que se le aplicarán y sus riesgos, de modo que el paciente pueda dar un consentimiento informado acerca de la aplicación de aquellas medidas terapéuticas o médico quirúrgicas. Por último, se establece que, en caso de negativa al tratamiento, habrá que dejar constancia de ello en documento oficial del Servicio⁷⁶. Adicionalmente, en la primera parte del inciso segundo del artículo 34 se utiliza la expresión **absoluto** respeto, lo que viene a reforzar este interés por garantizar la tolerancia de las creencias religiosas en lo atinente a los tratamientos médicos. De este modo, podría

⁷⁵ Artículo 1 inciso primero Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud: *A los Servicios de Salud, en adelante “los Servicios”, les corresponderá la articulación, gestión y desarrollo de la red asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud, como también la rehabilitación y cuidados paliativos de las personas enfermas.*

⁷⁶ Artículo 34 Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud: *En los establecimientos de salud pertenecientes a los Servicios se realizarán, con los recursos humanos y materiales de que dispongan según su nivel de complejidad, las funciones multidisciplinarias de asistencia social, psicológicas, y espirituales tendientes a colaborar en su campo de especialidad en las acciones de fomento, protección, recuperación y rehabilitación de las personas enfermas.*

Se garantizará a los enfermos el absoluto respeto a sus creencias y prácticas religiosas y se otorgarán facilidades a quienes soliciten servicios religiosos de cualquier confesión, permitiendo el ingreso debidamente autorizado de los respectivos ministros para que asistan al enfermo en el más breve plazo, de acuerdo a las normas del establecimiento, todo ello en conformidad a lo dispuesto en el decreto N° 351, de 2000, del Ministerio de Salud.

Los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquéllos, sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico quirúrgicas que se les aplicarán y los riesgos que éstas o su omisión conllevan, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o a su grupo familiar. En este caso de negativa o rechazo a procedimientos diagnósticos o terapéuticos por parte del paciente o sus representantes, deberá dejarse debida constancia escrita en un documento oficial del Servicio.

sostenerse que no existe un deber irrestricto de preservación del derecho a la vida, aún contra la voluntad del paciente, o por lo menos sin hacerse referencia a su consentimiento en los preceptos legales atinentes. La normativa claramente integra el concepto de consentimiento informado del paciente, siendo éste fundamental a la hora de aprobar la aplicación de un tratamiento médico, inclusive aquellos que pueden salvar la vida del paciente, pues la normativa no hace diferencias.

Por otro lado, el referido artículo 34 del DS 140/2004 hace mención al Decreto 351 del año 2000. Este decreto que contiene el Reglamento Sobre Asistencia Religiosa en Recintos Hospitalarios, en su artículo 2° establece que *“Toda persona internada en un centro hospitalario tiene derecho a profesar la creencia religiosa que libremente ha elegido o no profesar ninguna, y asimismo, a manifestar dicha circunstancia libremente o abstenerse de hacerlo **sin que pueda ser coaccionado a actuar en un sentido contrario al que ha elegido a tal respecto**”*. Si se considera que la negativa a recibir una transfusión de sangre, en el caso de los Testigos de Jehová, es una expresión o una manifestación de su creencia religiosa, entonces este precepto reglamentario viene a reforzar la idea de que no puede coaccionarse a una persona a recibir este tipo de tratamiento, toda vez que esto implicaría obligarlo a actuar en un sentido contrario a la religión que ha elegido libremente.

Por último, debemos determinar la importancia que revisten estas normas reglamentarias para el análisis constitucional. En este sentido,

debemos sostener, que si bien es obvio que la norma constitucional tienen una jerarquía superior a la norma reglamentaria, esta última viene a concretar, a precisar en la práctica, la aplicación de las garantías contenidas en la Carta Fundamental, y en este sentido puede sostenerse que las normas reglamentarias ayudan a definir el contenido de aquellas, toda vez que han sido dictadas y han sido aprobadas pasando por los diversos controles que contempla nuestro ordenamiento. Además puede sostenerse que estos reglamentos importan un esclarecimiento en cuanto a la interpretación que el Ejecutivo realiza sobre las garantías constitucionales. Es por estas razones que consideramos de importancia analizar estas normas reglamentarias, pues ayudan revestir de un contenido concreto y preciso las normas constitucionales, eso sí, siempre teniendo en cuenta la supremacía jerárquica de las garantías contenidas en la Carta Fundamental.

CAPÍTULO II: PONDERACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADAS

Sin duda, en el enfrentamiento del tema en comento existe una superposición de distintas garantías constitucionales que pueden verse afectadas, ya por la decisión jurisdiccional de seguir la voluntad del paciente que se niega a recibir el tratamiento médico, ya por la decisión opuesta consistente en obligar al paciente a recibir el tratamiento aún contra su voluntad. Esto, porque esta negativa a recibir una transfusión de sangre se realiza en razón de una creencia religiosa que la persona detenta libremente, lo cual se encuentra amparado por el artículo 19 N°6 de la Constitución de la República de Chile. Sin embargo, cuando esta transfusión de sangre implica una vía de salvación de la vida del paciente, entraría en juego la garantía contemplada en el artículo 19 N°1 del cuerpo constitucional, puesto que esta expresión de la libertad de conciencia y particularmente de la libertad de culto, pondría en riesgo la vida del paciente. Por otro lado, puede discutirse, aún cuando no haya un riesgo seguro sobre la vida del paciente, que hay un riesgo o una afectación de la salud del mismo, estando también garantizado el derecho a la protección de la salud en la Carta Fundamental. Finalmente también puede sostenerse que, independiente de cuáles sean las razones que tenga el paciente para negarse a recibir el tratamiento médico, existe un derecho de autodeterminación del propio cuerpo, el que no se encuentra explícito en nuestra carta fundamental, pero que -sostenemos- puede extraerse de distintas garantías contempladas expresamente, según argumentaremos más adelante.

Al enfrentarnos a este dilema jurídico podemos sostener, en principio, dos posiciones, a saber, estimar que las garantías aseguradas en la Constitución tienen una jerarquía equivalente, lo que nos llevaría a interpretarlos de modo armónico en casos en que- como en el caso comentado- pudiera haber alguna discrepancia entre ellos, de modo que, no podría haber un real conflicto entre la aplicación de estos derechos tal que uno extinga al otro, sino que debe hacerse una interpretación armónica del contenido de dichos derechos⁷⁷.

Otra opción que puede tomarse, es considerar que existe una jerarquía entre los distintos derechos, y que por lo tanto, la aplicación de uno puede prevalecer a la aplicación de otro. Resta entonces, si seguimos esta posición, determinar cuál es el orden en que debieran aplicarse las garantías y por consiguiente cuáles derechos son preponderantes y se aplican con preferencia de otros⁷⁸.

Sin embargo, consideramos que el segundo enfoque no es adecuado, esto por dos razones: en primer lugar, la labor de dar o no preponderancia a una u otra de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de la Constitución parece ser una tarea, por lo menos, compleja. No concordamos, por tanto, con la posición doctrinaria que propone un orden jerárquico entre las garantías, y menos con aquella que propone que este

⁷⁷Cfr. PFEFFER, op. cit., pág. 225.

⁷⁸Ibíd.

orden jerárquico estaría dado por la disposición de los derechos de modo tal que los primeros derechos nombrados serían los más importantes⁷⁹. Las consecuencias que podrían seguirse de la aplicación de ese principio resultan, al menos, imprevisibles.

Pero la razón más importante para no considerar esta segunda opción reside en la pérdida de la riqueza argumentativa. Es claro que los derechos asegurados en el artículo 19 tienen una importancia equivalente, la Constitución *asegura* a todas las personas dichos derechos pues se considera que son elementales en el quehacer del Estado, y que *todos* esos derechos tienen gran importancia. La tarea del adjudicador, por tanto, será dar aplicación a ese mandato de asegurar todos los derechos, interpretando el contenido de los mismos según el tiempo en que se aplican, y según las circunstancias específicas de cada caso. Es por lo anterior, que el título de este apartado habla de las garantías *involucradas* y no las garantías constitucionales en conflicto, pues si bien se considera que existen diversas garantías que pueden verse tocadas de forma directa o tangencial, éstas no se encontrarán en conflicto si logramos hacer una interpretación armónica de las mismas que permita llevar a cabo la declaración inicial del artículo 19 en cuanto a asegurar a todas las personas dichos derechos.

⁷⁹ CEA, op. cit. loc. cit. “En este sentido, creemos que en la enumeración del artículo 19° no están los derechos ordenados al azar, sino que siguiendo la secuencia jerárquica enunciada. Y lo mismo cabe aseverar del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos.

Suponer que el ejercicio de todos los derechos humanos es siempre coordinable y armonizable es un ideal, cuya materialización debe tratar de lograrse, pero partiendo de la premisa que, en casos excepcionales, ese esfuerzo no puede tener resultado positivo”

Esta posición, además, parece sustentable desde el punto de vista que considera que los mandatos constitucionales tienen el carácter de mandatos de optimización, es decir, son principios que deben seguirse *en la medida de lo posible* de tal forma que debe existir una ponderación de los distintos derechos involucrados⁸⁰. Lo anterior se funda en el entendimiento de los derechos humanos como aseguradores de espacios para diversas formas de vivir y distintas concepciones de lo que es bueno para la propia vida, de modo que el proceso democrático que protege tales derechos implica el encuentro de un equilibrio en que se dé cabida a distintas concepciones de vida buena⁸¹. La ponderación de la que habla el autor, se traduce en la mayor aplicación posible de los mandatos de optimización tomando en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto implica tres consecuencias en el enfrentamiento de principios, a saber, (1) la acción que no es adecuada para promover la realización de un principio pero inhibe la realización de otro, está prohibida en relación a ambos principios; (2) la acción con respecto a la que existen alternativas que permiten la realización de un principio e inhibe menos el otro principio, está prohibida en relación con ambos principios; (3) y si el cumplimiento de un principio no es posible sin afectar el otro, debe seguirse la regla según la cual a mayor grado de afectación de un principio la importancia del cumplimiento del otro debe ser mayor⁸².

⁸⁰ Cfr. ALEXY, op. cit., pág. 159-177.

⁸¹ ALEXY, op. cit., pág. 157.

⁸² ALEXY, op. cit., pág. 205-206.

Las garantías que se analizarán a continuación deben ser, entonces, consideradas desde la perspectiva de los mandatos de optimización, de modo tal que sea posible la interpretación judicial armónica de los preceptos constitucionales que las contienen, tomando en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas del caso en particular.

Por otro lado, importa resolver la cuestión acerca de qué valor le asignaremos a las actas de la CENC como instrumentos de interpretación de los preceptos constitucionales que comentaremos. Así, podemos otorgarle un valor pleno tal que la intención plasmada en ellas por la CENC sea el sentido que prevalezca a la hora de dilucidar el contenido de las garantías constitucionales analizadas. Sin embargo, consideramos que su valor no debe ser más que el de un instrumento –como otros- que tiene por objeto ayudar al esclarecimiento del sentido de las garantías constitucionales. Lo anterior, principalmente porque consideramos que las garantías constitucionales tienen por objeto ser, como hemos dicho, mandatos de optimización tendientes a permanecer por un periodo de tiempo considerable y en virtud de los cuales se dictarán leyes y reglamentos con el objeto de precisar su contenido. Asimismo, y como constatamos en esta investigación, en el momento de creación de las normas constitucionales resulta imposible prever las diversas situaciones que se presentarán y que importarán, en definitiva una prueba al contenido de las garantías establecidas, tal que, en cada situación nueva que se vaya presentando se pueda ir determinando, por el adjudicador, el contenido de las garantías que deben aplicarse a un caso en particular. Es por estas razones, que si bien las

actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución resultan de gran ayuda a la hora de determinar el sentido de las garantías contenidas en nuestra Carta Fundamental, su valor no es en ningún caso absoluto.

2.1.- El derecho a la vida:

En la mayoría de los casos en que la discusión acerca de la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre ha alcanzado sede jurisdiccional, las Cortes se han pronunciado en el sentido de obligar a la persona a recibir la transfusión, aduciendo que el derecho a la vida consagrado en la Constitución tiene el carácter de absoluto y es deber del Estado proteger el derecho a la vida de las personas aún contra su voluntad⁸³.

En este tipo de casos, la persona se encuentra, generalmente, en peligro de muerte y, con frecuencia, el diagnóstico no es definitivo, sino que existe una eventual necesidad de aplicar la transfusión de sangre en caso de que la condición médica de la persona afectada empeore. Por lo anterior, en algunas ocasiones, habiéndose ordenado la transfusión, ésta no es utilizada, puesto que la situación médica de la persona no lo amerita⁸⁴, o

⁸³ Cfr. 1) I. Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 3569-1992. **Luz Hidalgo, Omar con Bravo Bravo, Luzmenia**. Recurso de Protección. 24 de Marzo de 1992. Pronunciada por los ministros Juan Pedro Shertzer Díaz, Luisa López Troncoso, Jorge Pizarro Almarza, y Juan Manuel Muñoz Pardo. Considerando sexto; 2) I. Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 1030-1994. **Fundación de Salud El Teniente con Jorge Reyes Muñoz y otros**. Recurso de Protección. 22 de Agosto de 1995. Pronunciada por los ministros Victor Montiglio R, Héctor Retamales R, y Gabriela Corti O.; 3) I. Corte de Apelaciones de Coyhaique. Rol 3716-2002. **José Francisco Redondo Caro con Domingo Carrillo Sáez**. Recurso de Protección. 8 de Octubre de 2002. Pronunciada por los ministros Alicia Araneda Espinoza, Fernando Mora Vallejos (redactor) y Pedro Leñam Licancura. Esta sentencia fue apelada, pero la sentencia de primera instancia quedó firme al declararse desierto el recurso de apelación; 4) E. Corte Suprema. Rol 2365-2004. **Oswaldo Salgado Zepeda con Mirla Isasmendi Cartagena**. 13 de Julio de 2004. Pronunciada por los ministros Ricardo Gálvez Blanco, Humberto Espejo Zuñiga, María Antonia Morales Villagrán, Adalis Oyarzún Miranda, el abogado integrante Manuel Daniel Argandoña.

⁸⁴ Cfr. I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 5844-1991. **Carabantes Cárcamo, Jorge, Director del Servicio de Salud Metropolitano Occidente con Ester Paiva Escobar**. Recurso de Protección. 4 de Noviembre de 1991. Pronunciada por los ministros Sergio Valenzuela P. y Domingo Kokisch M. y el abogado integrante Sergio Guzmán Reyes. Redactada por Domingo Kokisch Mourgues.

que al momento de pronunciarse, ya la situación de peligro ha pasado y por lo tanto, se declara sin lugar al recurso⁸⁵.

Es obvio entonces, que la vida (o al menos la salud) del paciente que se niega a recibir la transfusión está involucrada en la decisión del órgano jurisdiccional que se pronuncia sobre el recurso. Pero no podemos sostener *a priori*, como algo evidente, que es el *derecho* a la vida el que se encuentra afectado. La pregunta entonces es ¿En qué medida se encuentra este derecho involucrado en la decisión?, y para poder responder a esa pregunta es necesario determinar cuáles son los alcances y el contenido de esta garantía constitucional.

En primer lugar podemos sostener que el contenido del derecho a la vida puede concebirse desde una perspectiva distinta a la que se ha utilizado tradicionalmente por la jurisprudencia, afirmando que lo que protege la Constitución no es la vida en sí misma como un bien absoluto, sino que el *derecho* a la vida, es decir, el interés de la persona en su propia

⁸⁵ Cfr. 1) I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 4293-2000. **Alejandro Belmar con Ruth Myriam Freire Cortés**. Fecha 7 de Noviembre de 2000. Pronunciada por los ministros Juan González Zúñiga, Domingo Kokisch Mourgues y Amanda Valdovinos Jeldes. Recurso de Protección. 7 de Noviembre de 2000; 2) I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 3935-2000. **Juan Pablo Donoso Yáñez, con Milton Daccarett Stelzl**. Fecha 25 de Octubre de 2000. Pronunciada por el ministro Hugo Dolmestch Urza y los abogados integrantes Benito Matriz Aymerich, y María Cristina Navajas Urbina; 3) I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 2496-2002. **José Luis Contreras Muñoz Director del Hospital San José, con angélica Cristina Díaz**. Fecha 12 de Agosto de 2002. Pronunciada por los ministros Raimundo Díaz Gamboa, Alejandro Solís, y el abogado integrante Benito Matriz Aymerich; 4) I. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol 4041-2001. **Jorge Ramos Vargas Director del Servicio de Salud de Talcahuano con Mercedes Sanhueza Sanhueza**. Redactada por el abogado integrante Eduardo Tapia Elorza; 5) I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1725-2003. **Marco Clavero Pérez, Director del Hospital San José, con Iván Muñoz Barrera**. Fecha 25 de Junio de 2003. Pronunciada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez y Juan Eduardo Fuentes Belmar y por el abogado integrante Domingo Hernández Emparanza.

sobrevivencia⁸⁶. Esto se concluye, por lo demás, del tenor literal de la Constitución, que indica:

“Artículo 19 número 1: *La Constitución asegura a todas las personas: 1.- El **derecho a la vida** y a la integridad física y psíquica de la persona.*”

Esta nomenclatura- es decir, el “derecho” a la vida - utilizada por nuestros textos legales, por nuestra carta fundamental y también por los instrumentos internacionales, no es casual. Así, el profesor Bascuñán Rodríguez, sostiene: “*En el lenguaje de la Constitución y los tratados internacionales, el concepto primario es el concepto de derecho, en su sentido de derecho subjetivo. La primacía del concepto de derecho subjetivo tiene consecuencias estructurales y obedece a presupuestos morales. La consideración de aquellas y éstos demuestra que no puede derivarse un deber de vivir a partir de un derecho a vivir*”⁸⁷ . De este modo, no puede pensarse que el lenguaje utilizado por nuestra Constitución es accidental, puesto que obedece a un concepto específico: el derecho subjetivo.

El derecho subjetivo puede definirse como “*el interés real o presunto en orden a que sea cumplido el deber jurídico que en una norma se*

⁸⁶ Cfr. BASCUÑAN Rodríguez, Antonio “Introducción a la Regulación Penal de los Atentados contra la Vida Humana”, *Material editado para uso exclusivo de los estudiantes del Curso de Derecho Penal III (Parte Especial) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Santiago, julio de 2003, pág. 27 y ss.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 25.

estatuye, interés al que el orden jurídico enlaza una facultad sancionadora”⁸⁸ o también puede entenderse, en términos más sencillos, como el “*interés jurídicamente protegido*”⁸⁹. El concepto de derecho subjetivo se estudia tradicionalmente en contraposición con el concepto de derecho objetivo, sin embargo, éstos no son opuestos, sino más bien son dos aspectos de lo mismo, así se ha dicho que éste se refiere al conjunto de normas que regulan las relaciones de los hombres que viven en sociedad⁹⁰. De modo tal que “*el derecho subjetivo es el derecho objetivo considerado desde el punto de vista del sujeto interesado en que los deberes impuesto se cumplan y las sanciones estatuidas se ejecuten*”⁹¹, por lo tanto ambos conceptos corresponden básicamente a un mismo objeto, enfocado desde dos puntos de vista distintos, es decir, todos los derechos son a la vez derecho objetivos, pues se contienen en una norma jurídica, y subjetivos, pues son exigibles por su titular.

Así entonces, el derecho subjetivo tiene una estructura normativa determinada. En él tenemos al titular del derecho y el destinatario de la obligación correlativa, y un objeto, que es el contenido del derecho/obligación⁹².

⁸⁸ ECHEVERRÍA Yáñez, José R. “Norma jurídica y Derecho subjetivo”. Anales de la Facultad de Derecho, Tercera Época. Vol. IV Enero a Diciembre 1957. N°6. En línea: <http://www.analesderecho.uchile.cl>

⁸⁹ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General. Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. 1998. pág. 15.

⁹⁰ Cfr. ALESSANDRI; SOMARRIVA; VODANOVIC, op. cit. loc. cit.

⁹¹ ECHEVERRÍA, op. cit. loc. cit.

⁹² Cfr. BASCUÑAN, op. cit. loc. cit.

Tomando en cuenta estas consideraciones, el derecho a la vida protegido por la Constitución tiene un primer corolario que es bastante evidente, y que se relaciona con el concepto de derecho explicado arriba, pues todo derecho tiene un deber correlativo. La pregunta ahora será ¿Cuál es este deber correlativo en el caso del derecho a la vida?

Lo primero que podemos sostener, y que también puede deducirse de lo analizado a propósito de las actas constitucionales del establecimiento de este derecho⁹³, es que su establecimiento en forma expresa implica un deber del Estado y de todo otro tercero, de respetar la vida de la persona, absteniéndose de atentar contra ella. Esto va en concordancia además con otros preceptos constitucionales, como el artículo 6 inciso segundo: *“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”* Es decir, la garantía del derecho a la vida, contenida en el mismo cuerpo constitucional, implica una obligación para los órganos del Estado y para toda persona, institución o grupo, de respetar el derecho a la vida que tiene la persona, así *“El derecho a la vida es, primariamente, un derecho a una acción negativa, la cual consiste en abstenerse de afectar un atributo personal, como es la supervivencia o condición de ser vivo”*⁹⁴.

Concuera con esto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que en diversos informes ha declarado que la prohibición a la

⁹³ Así, Cfr. OVALLE. Sesión 84ª, pág. 16. Actas Oficiales CENC.

⁹⁴ BASCUÑÁN, op. cit. loc. cit.

privación arbitraria de la vida es el núcleo protector del derecho a la vida, considerando que el derecho a la vida es el principal de los derechos implicando un deber de respeto por parte del Estado⁹⁵.

Sin embargo, esto de modo alguno implica que la persona misma tenga esta obligación, puesto que el contenido del derecho a la vida no implica un mandato de preservación de la misma. Además, es lógicamente imposible que el titular de un derecho sea a su vez el destinatario de la obligación correlativa⁹⁶.

Del sólo establecimiento del derecho a la vida no puede colegirse, sin otra argumentación, que la persona no puede disponer de la propia, o por lo menos ponerla en riesgo mediante una decisión voluntaria de no recibir un tratamiento médico. Esto implicaría que el derecho a la vida importa para su titular un mandato de preservación de la misma, lo cual es lógicamente imposible, según la estructura de los derechos subjetivos. Para poder sostener lo anterior necesitaríamos una argumentación ulterior.

Algunos autores afirman que la persona no puede disponer de su propia vida basándose en el carácter de inalienable que tendría ésta⁹⁷, el que impediría que la persona pueda disponer libremente de este derecho, puesto que, al ser inalienables no se encuentran a su disposición. Bajo esta

⁹⁵ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Caso N° 10559. Perú. 1 de Marzo de 1999. Apartado V de Consideraciones, letra b) primer párrafo.

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ Cfr. SOTO Kloss, Eduardo. Comentario al caso “Párroco San Roque (o de los ayunantes)”. Revista Chilena de Derecho. 12(1): páginas 147-162, 1985.

argumentación, los derechos consagrados en la Carta Fundamental serían inherentes al hombre en su calidad de persona y por tanto no están a su disposición. Así entonces, sin más, se afirma la existencia de un deber fundamental de respetar la propia vida, pues del establecimiento del derecho a la vida no puede sostenerse que la persona tenga dominio directo sobre ella. En este mismo tenor ha fallado nuestra jurisprudencia⁹⁸. Sin embargo, esta línea de argumentación confunde dos cosas diversas: por un lado, el derecho a la vida, que es lo que protege nuestra Constitución y, por otro, la vida misma, de modo que concluye que por el hecho de ser inalienable el derecho a la vida, lo es también la *vida misma* de la persona, y esto no tiene asidero en el texto constitucional. En otras palabras, una persona no podría renunciar irrevocablemente a ser titular del derecho subjetivo a la vida, pero eso no significa, que no pueda renunciar a vivir.

Otro tipo de argumentación, es aquella que sostiene que la vida tiene un carácter esencial dentro de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución, puesto que sería la condición que permite a las personas ejercer y desarrollar sus facultades, de modo tal que sin el derecho a la vida no existe ningún otro derecho⁹⁹. Este tipo de argumentación se asocia a la afirmación del orden jerárquico de los derechos consagrados en la Constitución, acerca de la cuál ya hemos comentado anteriormente. Nos parece, por tanto, problemático afirmar la preponderancia de un derecho sobre otro, menos aún basándose en el orden en que éstos son nombrados en

⁹⁸ Cfr. E. Corte Suprema. Rol 167-84. **Fernando Rozas Vial y otros con Patricio Ponce y otros**. Apelación Recurso de Protección. 9 de Agosto de 1984. Pronunciada por el ministro Germán Valenzuela Erazo y por los abogados integrantes señores José Bernales Pereira y César Parada Guzmán.

⁹⁹ Cfr. CEA, op. cit., pág. 37; VIAL, op. cit., pág. 26 -27.

la enumeración del artículo 19 de la Constitución, y, por lo demás, esta aseveración no implica que la persona no pueda disponer de su vida o ponerla en peligro negándose a recibir una transfusión de sangre, puesto que, hay que diferenciar, como se ha dicho, el derecho a la vida, de la vida misma. Por otro lado, si se afirma que la razón por la cual se protege el derecho a la vida, es efectivamente este carácter de necesario del mismo para el libre desarrollo del individuo, no se comprende que este “libre” desarrollo sea al mismo tiempo obligatorio, en otras palabras, si la vida se protege porque es la condición necesaria para que las personas se desarrollen libremente, este desarrollo debe a su vez ser libre y por tanto nadie puede estar obligado a él.¹⁰⁰

Por último, podemos diferenciar otro tipo de fundamentación acerca de la indisponibilidad de la vida, basada en las consideraciones discutidas en la CENC acerca de la eutanasia¹⁰¹, en que, como se vio en el Capítulo I, la Comisión consideró que el establecimiento del derecho a la vida implicaba la prohibición de la eutanasia. De este modo, Evans¹⁰² sostiene que la persona enferma tiene derecho a que se le apliquen todas las formas de tratamiento, no aceptándose la eutanasia. Sostiene además, que el derecho a la vida supone el respeto de la vida propia y la de los demás. Respecto de este punto, no podemos considerar sin más, que el caso que nos ocupa puede homologarse con el caso de la eutanasia, pues los presupuestos de uno y otro caso difieren bastante. La eutanasia puede definirse como la

¹⁰⁰ Cfr. BASCUÑÁN, op. cit., pág. 25-26.

¹⁰¹ En este sentido, cfr. SILVA BASCUÑÁN. Sesión 90ª, pág. 13. Actas Oficiales CENC; y ORTÚZAR. Sesión 90ª, pág. 14. Actas Oficiales CENC.

¹⁰² Cfr. EVANS, op. cit., pág. 113-115.

“acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él.”¹⁰³. En primer término, en los casos objeto de nuestro análisis no puede sostenerse que el paciente esté desahuciado, puesto que, como se ha dicho, muchas veces el paciente, de hecho, no requiere que se le transfunda la sangre, a pesar de existir la autorización jurisdiccional para hacerlo con auxilio de la fuerza pública. Menos puede afirmarse, entonces, que en el caso de los Testigos de Jehová, el hecho de no trasfundirse acelere la muerte del paciente, puesto que la muerte no es la consecuencia segura de su dolencia, como sucede en la eutanasia. Y además, por lo general estaremos hablando de una negativa que supone voluntariedad del paciente, ya sea por medio de una declaración escrita, o por la propia expresión del mismo, cuando está conciente. No puede sostenerse, por otro lado, que esta expresión de voluntad implique un deseo de morir por parte del paciente: en estos casos el paciente tiene deseos de recuperarse y vivir, pero de una forma que no viole sus creencias religiosas.

Lo anterior nos lleva a otro punto que no hemos hecho referencia hasta ahora y que resulta fundamental para nuestro análisis. Hemos sostenido que la garantía de la Constitución implica el aseguramiento del *derecho* a la vida, y no de la vida en sí misma como valor absoluto, y que por tanto requeriríamos de una argumentación que vaya más allá de la inalienabilidad de dicho derecho para sostener la indisponibilidad de la

¹⁰³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA <http://www.rae.es>.

vida. Sin embargo, en estos casos, no necesariamente estamos hablando de una disposición de la vida de la persona, puesto que, efectivamente la transfusión de sangre puede ser necesaria en ciertas ocasiones para salvar la vida del paciente, pero en la mayoría de los casos este peligro es eventual, incluso, como hemos dicho, en muchos casos no ha sido necesario realizar la transfusión al paciente una vez que ésta ha sido ordenada por el tribunal, puesto que se han utilizado métodos alternativos a la transfusión.

Es necesario tomar en cuenta que existen tratamientos alternativos, que, ya sea por su costo, por su costo o por el hecho de no ser utilizados comunmente, no se encuentran disponibles en los Servicios de Salud Pública, pero permitirían el tratamiento del paciente sin someterlo a una contradicción con sus creencias religiosas¹⁰⁴. Existen textos médicos que incluso hablan de una tendencia mundial a disminuir el uso de la sangre, por el “*riesgo asociado a su uso, el problema de biodisponibilidad y la mejor comprensión de los mecanismos de compensación de la anemia*”¹⁰⁵. Los tratamientos alternativos resultan de una combinación de factores que disminuyen la necesidad de realizar transfusiones de sangre y comprenden desde el control de la temperatura en el pabellón, el uso de medicamentos como la vitamina K, la aprotinina, la EPO (eritropoyetina), el uso de cierto instrumental quirúrgico, como el bisturí láser, entre otras cosas¹⁰⁶. El doctor Aryeh Shander también menciona en su trabajo acerca de los tratamientos concernientes a los pacientes Testigos de Jehová, la “*hemodilución*

¹⁰⁴ Respecto a este tema, se ahondará en el análisis del derecho a la salud.

¹⁰⁵ CARDEMIL Herrera, Gonzalo. Alternativas a la Transfusión de Sangre. Página 1. Ver en: <http://www.redclinica.cl>.

¹⁰⁶ Cfr. CARDEMIL, op. cit.

normovolémica aguda, los by pass, la circulación extracorpórea, los nuevos métodos quirúrgicos para el control de la hemostasia, las drogas derivadas de la sangre para el mismo fin, la albumina, la hemoglobina, preparaciones para hemofílicos y las nuevas terapias con oxígeno”¹⁰⁷.

La literatura propia de los Testigos de Jehová, contempla entre los tratamientos alternativos permitidos, la utilización de fluidos no sanguíneos como la solución salina, Dextrán, Haemaccel, solución lactada de Ringer con el objeto de aumentar el volumen de la sangre. También Hetastarch (HES), un expansor de volumen. Estas alternativas serían relativamente baratas y con ella se anula el riesgo de contagio de enfermedades transmitidas por la sangre. Lo anterior, se complementa con los mecanismos naturales de compensación del cuerpo humano y el hecho de que los pacientes en descanso sólo utilizan el 25% del oxígeno en su cuerpo. Además, algunos otros factores pueden ayudar, como son la administración de oxígeno en altas concentraciones, EPO (sustancia producida por el riñón que estimula a la médula ósea a producir glóbulos rojos), hierro (que aumenta la producción de glóbulos rojos), el uso de electrocauterio, el enfriar al paciente, escalpelos de láser, entre otras.¹⁰⁸

Al respecto, existe una sentencia de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, que resolviendo un recurso de protección, en su considerando 9° sostuvo: “*Que por estas razones, tal como lo invocan los recurridos, **no***

¹⁰⁷ SHANDER, Aryeh. Bioética en el Tratamiento de Pacientes Testigos de Jehová. *Revista Hospital Clínico Universidad de Chile*. 11 (4) 2000 Página 2. Ver en: <http://www.redclinica.cl>

¹⁰⁸ OPCIONES DE CALIDAD A LA TRANSFUSIÓN. Sitio Oficial de la Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania: <http://www.watchtower.org>.

existió colisión de derechos fundamentales, esto es, entre el derecho a la vida y a la libertad de culto, porque existía una vía de solución alternativa probada en otros centros médicos y por otros profesionales de la medicina, para proteger la vida del infante, como el Hospital Sótero del Río, Clínico de la Universidad de Chile, etc., han hecho aplicación de dicho tratamiento de vanguardia.”¹⁰⁹ Esta sentencia rechaza la acción de protección, y sugiere al recurrente, el Director del Servicio de Salud Metropolitano Sur, implementar tratamientos alternativos a la transfusión sanguínea¹¹⁰. Sin embargo, esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema¹¹¹, suprimiéndose el considerando transcrito y la sugerencia hecha por la Corte de Apelaciones.

Recapitulando, hemos sostenido que el derecho a la vida, como todo derecho subjetivo, tiene un deber correlativo que es el deber de abstenerse de realizar actos u omisiones que afecten la vida de otro. Y que, por lo demás, debe diferenciarse entre el derecho a la vida, y la vida misma, teniendo el primero el carácter de inalienable, por tanto, para sostener la indisponibilidad de la vida misma se requiere una fundamentación posterior. Hemos expuesto, finalmente, tres tipos de argumentos que encontramos en la doctrina y en la jurisprudencia relativos a la

¹⁰⁹ I. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 123-2004. **Oswaldo Salgado Zepeda con Mirla Isasmendi Cartagena**. Recurso de Protección. 22 de Mayo de 2004. Pronunciada por las ministras Carmen Rivas González, Lya Cabello Abdala y por el abogado integrante Rodrigo Asenjo Zegers.

¹¹⁰ Cfr. I. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 123-2004. **Oswaldo Salgado Zepeda con Mirla Isasmendi Cartagena**. Recurso de Protección. 22 de Mayo de 2004. Pronunciada por las ministras Carmen Rivas González, Lya Cabello Abdala y por el abogado integrante Rodrigo Asenjo Zegers.

¹¹¹ E. Corte Suprema. Rol 2365-2004. **Oswaldo Salgado Zepeda con Mirla Isasmendi Cartagena**. 13 de Julio de 2004. Pronunciada por los ministros Ricardo Gálvez Blanco, Humberto Espejo Zuñiga, María Antonia Morales Villagrán, Adalis Oyarzún Miranda y el abogado integrante Manuel Daniel Argandoña.

indisponibilidad del derecho a la vida, a saber, (1) la inalienabilidad del derecho a la vida; (2) la preponderancia del derecho a la vida por sobre otras garantías establecidas en la Constitución por su carácter de presupuesto fáctico para el ejercicio de ellas; y (3) la prohibición de la eutanasia, que fue expresa en la CENC, la que implicaría un deber de preservación de la propia vida.

Siguiendo el hilo de nuestro razonamiento, hemos desechado las dos primeras argumentaciones presentadas, y respecto de las consideraciones relativas a la eutanasia, hemos sostenido que no se dan los requisitos necesarios para sostener que nos encontramos frente a un caso de eutanasia, ni siquiera a un caso que pudiéramos homologar a ella. Lo anterior en atención a que, si bien la exclusión de la eutanasia descansaría en la inexistencia del derecho a disponer de la vida propia, hemos sostenido que la expresión de voluntad de los Testigos de Jehová al negarse a recibir transfusiones de sangre no implica en modo alguno una voluntad de los mismos de disponer de su propia vida. Por otro lado, como se estableció al principio de este capítulo, aunque los comisionados dejaron constancia de que en su parecer, el establecimiento expreso del derecho a la vida implicaría una prohibición a la eutanasia, no se hizo mención expresa de esta intención en el texto constitucional, lo que dejaría un margen de interpretación al respecto.

Por lo tanto, no hemos encontrado argumentación que nos permita sostener que existe un deber de preservación de la propia vida, pero además,

a propósito de la tercera argumentación, hemos sostenido que en estos casos no hay propiamente una disposición de la vida, sino una puesta en peligro de la misma. Tomando en cuenta lo anterior, y no habiendo encontrado argumentación suficiente para sostener el deber de preservación de la vida propia, creemos que debe sopesarse un deber de preservación de la propia *salud*, lo que se analizará posteriormente en la ponderación del derecho a la salud. Además consideramos de gran trascendencia el hecho de que existan efectivamente tratamientos alternativos a la transfusión de sangre, lo que nos llevaría nuevamente a trasladar la discusión al derecho a la salud, desde la perspectiva de si estos tratamientos alternativos deben o no incluirse dentro de los planes de salud pública y si el Estado, en cuanto coordinador de los sistemas de salud, debe o no proveer dichos tratamiento alternativos a los pacientes que lo soliciten, dentro de las prestaciones que se incluyan en el sistema público.

En suma, no hay duda que la vida del paciente se encuentra en un peligro eventual por su voluntad de no aceptar la transfusión sanguínea, pero tampoco puede sostenerse, *a priori* que esta expresión de voluntad implique una violación de su derecho a la vida, puesto que no puede afirmarse que el derecho a la vida implique un deber de preservación de la misma por parte del paciente. Por lo tanto, en cuanto a la expresión de voluntad del paciente, ésta no es, en principio constitutiva de violación a la garantía fundamental del derecho a la vida establecido en la Constitución, pero sostenemos que puede reconducirse esta discusión al derecho a la salud, y que, a pesar de que hemos negado el carácter de indisponible que

tendría la vida, no puede afirmarse, sin más, que no se viole el derecho a la salud de la persona en su negación a recibir la transfusión de sangre.

2.2.- El Derecho a la Libertad de Conciencia

Según Llamazares, la libertad de conciencia puede definirse como “*el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo a ellas, y a no ser obligado a actuar en contradicción con ellas*”¹¹². Siguiendo al autor, el contenido de este derecho puede dividirse en tres niveles distintos¹¹³. Por un lado, la libertad para *tener* ciertas creencias, es decir, un lado íntimo de la conciencia, que es jurídicamente irrelevante. Esto coincide con el concepto expresado por el comisionado señor Guzmán en la Comisión Ortúzar¹¹⁴, quien establece que la libertad de conciencia es la libertad del fuero interno, en la que la esfera del derecho no alcanza.

Un segundo nivel que se identifica es el de la libertad para expresar, manifestar, las creencias o no hacerlo.

Y un tercer nivel se refiere a la libertad de comportarse de acuerdo a las creencias que se tiene. Es en este último nivel donde recae la discusión acerca de la negativa de cualquier persona a someterse a tratamientos médicos en virtud de sus creencias religiosas.

Un punto de vista clásico es el sostenido por Mill, quien postula que el propio bien de la persona no es justificación suficiente para obligarlo a

¹¹² LLAMAZARES, Dionisio. Derecho de la Libertad de Conciencia, Madrid, Editorial Civitas, 1997. Volumen 1, pág 14.

¹¹³ Cfr. LLAMAZARES, op. cit., pags. 14-15.

¹¹⁴ GUZMÁN, Sesión 130ª, pág. 12. Actas Oficiales CENC.

realizar o no determinados actos, si éstos no son perjudiciales para los demás¹¹⁵. Lo anterior se relaciona con su concepto de libertad humana, el que comprende, entre otras cosas, lo que llamamos libertad de conciencia que, según el autor, debe ser entendido en el más comprensivo de sus sentidos, incluyendo no sólo la libertad el dominio interno de la conciencia, la libertad de pensar y sentir, sino también la libertad de expresar y publicar las opiniones que se tengan y de actuar trazando el propio plan de vida, sujeto a las consecuencias de los actos propios¹¹⁶.

De esta forma, algunos autores entienden, que el derecho a la libertad de conciencia encontraría su condición óptima en los Estados democráticos¹¹⁷, en que se acepta y se trabaja con la diversidad entre sus integrantes. En este sentido, también para Alexy, *“Los derechos humanos, en tanto derechos fundamentales, aseguran espacios para diferentes formas de vida y concepciones de la vida buena; el proceso democrático crea la posibilidad de un equilibrio justo en el que pueden hacerse oír múltiples voces”*¹¹⁸.

Por otro lado, Robert Dahl puntualiza que *“(…)para que un gobierno responda durante un tiempo dado a las preferencias de sus ciudadanos sin distinciones políticas, todos ellos deben tener igualdad de oportunidades*

¹¹⁵ MILL, John Stuart, Sobre la Libertad. Madrid, Editorial Alianza. 1984. Pág. 65

¹¹⁶ MILL, op. cit., págs. 68-69.

¹¹⁷ Cfr. ORREGO Sánchez, Cristóbal y SALDAÑA Serrano, Javier. *“En el actual estado de desarrollo político, la condición óptima para el establecimiento del principio de libertad religiosa como principio informador primario es que el Estado sea democrático. Dicho de otro modo, en los países democráticos se puede observar un reconocimiento más pleno y una efectiva protección de la libertad religiosa.”* Principios de derecho y libertad religiosa. *Revista Chilena de Derecho*, 75-91. Pág. 83.

¹¹⁸ ALEXY, op. cit., pág. 156-157.

para: 1.- Formular preferencias. 2.- Manifestar públicamente dichas preferencias entre sus partidarios y ante el gobierno individual o colectivamente. 3.- Recibir por parte del gobierno igualdad de trato: es decir, éste no debe hacer discriminación alguna por causa del contenido o del origen de tales preferencias.

*Para mi estas tres condiciones son fundamentales, aunque quizá no suficientes, a la existencia de la democracia(...)*¹¹⁹. El autor continúa enumerando las garantías que se requieren para dar cumplimiento a estas tres condiciones, dentro de las cuales se encuentra la libertad de expresión¹²⁰.

Locke, también realiza una triple distinción, estableciendo tres categorías de opiniones y acciones de los hombres¹²¹: *“Primero están esas opiniones y acciones que en sí mismas no atañen en absoluto al gobierno y a la sociedad; y tales son todas las opiniones puramente especulativas y el culto divino.*

En segundo lugar, las que por naturaleza no son ni buenas ni malas, pero afectan a la sociedad y al trato que los hombres tienen entre sí; tales son todas las opiniones prácticas y las acciones en materias de naturaleza indiferente.

¹¹⁹ DAHL, Robert. La Poliarquía, participación y oposición. Editorial Tecnos. Madrid 1989. Págs. 13-14.

¹²⁰ Ibid. Pág. 15.

¹²¹ Cfr. LOCKE, John. Ensayo Sobre la Tolerancia. Editorial Alianza. Madrid, 1999. Pág. 25.

En tercer lugar están las que afectan a la sociedad y son buenas o malas en sí mismas; tales son las virtudes y los vicios morales.”¹²²

Para el autor, sólo la primera clase de opiniones tiene el derecho absoluto y universal a la tolerancia. Creemos que dentro de este esquema, la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre se encontraría dentro del segundo grupo. Locke reconoce que estas “*son opiniones que, junto con las acciones que siguen de ellas tiene derecho a ser toleradas junto con todas las otras cosas que no sean de suyo indiferentes; pero sólo en la medida que no tiendan a la perturbación del Estado, o no causen a la comunidad más inconvenientes que ventajas*”¹²³. Entonces la pregunta que nos planteamos es si de esta negativa resulta una perturbación al Estado o causa más inconvenientes que ventajas. De todas formas, el autor reconoce “*que la fuerza y la compulsión son los peores medios y sólo deben utilizarse como solución extrema*”¹²⁴.

El punto de vista desde el que Locke aborda su análisis de la libertad de conciencia, es la tolerancia, es por eso que divide en tres categorías las opiniones para examinar cuáles deben y cuáles no deben ser toleradas por el Estado. Como punto central de su análisis, él descarta la tolerancia del Estado sobre la religión católica, sobre la base de la reciprocidad, puesto que considera que “*no deben disfrutar del beneficio de la tolerancia*

¹²² LOCKE, op. cit., loc. cit.

¹²³ LOCKE, op. cit., pág. 30.

¹²⁴ LOCKE, op. cit., pág. 42.

porque, si tuvieran el poder, pensarían que deben negarle dicho beneficio a los demás”¹²⁵.

En nuestro país, diversas sentencias han considerado que el derecho a la libertad de conciencia está involucrado en la resolución de los recursos presentados frente a la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre. Sin embargo, en su mayoría, estos recursos han fallado, como hemos dicho, estableciendo la preponderancia del derecho a la vida, entendido de la forma expuesta arriba en el apartado 2.1¹²⁶.

Así como los tribunales en nuestro país basan su análisis del problema en el tratamiento del derecho a la vida, existen sentencias de tribunales extranjeros que miran el tema de la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre desde la perspectiva del derecho a la libertad de conciencia y su contenido.

Para el Tribunal Constitucional español, “[e]n cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así según dijimos en la STC 177/1996, FJ 9, la libertad religiosa

¹²⁵ LOCKE, op. cit., pág. 46.

¹²⁶ 1) I. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 20-1995. **S.S. Metropolitano Sur con Eulogio Quilaleo**. Recurso de Protección. 6 de Febrero de 1995. Pronunciada por los ministros Gabriela Hernández Guzmán, Carmen Rivas González y el abogado integrante Carlos Künsenmüller Loebenfelder; 2) I. Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 3569-1992. **Luz Hidalgo, Omar, Director del Hospital de Copiapó por Muñoz Bravo, Luis con Bravo Bravo, Luzmenia**. Recurso de Protección. 24 de Marzo de 1992. Pronunciada por los ministros Juan Pedro Shertzer Díaz, Luisa López Troncoso, Jorge Pizarro Almarza, y Juan Manuel Muñoz Pardo. Considerando sexto; 3) I. Corte de Apelaciones de Coyhaique. Rol 3716-2002. **José Francisco Redondo Caro con Domingo Carrillo Sáez**. Recurso de Protección. 8 de Octubre de 2002. Pronunciada por los ministros Alicia Araneda Espinoza, Fernando Mora Vallejos (redactor) y Pedro Leñam Licancura. Esta sentencia fue apelada, pero la sentencia de primera instancia quedó firme al declararse desierto el recurso de apelación.

“garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”. Asimismo, *“junto con esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de agere licere¹²⁷ que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”* ¹²⁸. El tribunal establece, frente a esto, que si bien la persona posee esta libertad de actuar conforme a las creencias, que también es libre de sustentar, existen ciertas limitaciones. De este modo se dice que: *“La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho- que no es ilimitado o absoluto- a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que (...) limita sus manifestaciones.”*¹²⁹ En otras palabras, el Tribunal reconoce que los derechos fundamentales pueden ceder frente a límites impuestos por otros bienes protegidos constitucionalmente, el orden público y los derechos de terceros. Sin embargo, el caso comentado es aquel en que los padres de un niño Testigo de Jehová, que se negó a recibir sangre y falleció producto de

¹²⁷ *Agere licere*: libertad de hacer.

¹²⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 154/2002. Fundamento Jurídico 6°. Aprobada el 18/7/2002. Ver en: www.boe.es

¹²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 154/2002. Fundamento Jurídico 7°.

esto, son condenados por homicidio por omisión al no persuadir al menor para realizarse la transfusión, teniendo el Tribunal, la misión de revisar dicha decisión.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos concluir que se reconoce el derecho a la libertad de conciencia y cómo este derecho implica la facultad de negarse a recibir tratamientos médicos, incluso para que un menor de edad pueda decidir no recibir la transfusión. Lo que decide la sentencia, en definitiva, es que los padres no estarían obligados tampoco a actuar en forma contraria a sus creencias, pues ellos también profesan la religión que profesaba su hijo y persuadir al niño para que se realizara la transfusión de sangre iría en contra de sus propias convicciones religiosas, y nadie puede ser obligado a actuar en contra de ellas.

Por lo tanto, podemos concluir que, si bien el Tribunal Constitucional Español reconoce la existencia de límites a la libertad de conciencia, éstos no se encuentran en el peligro a la vida que está involucrada en la negativa de realizarse una transfusión de sangre, legítimamente expresada, por parte de una persona que profesa la religión de los Testigos de Jehová. Lo anterior queda más claro aún con la sentencia del mismo tribunal en el año 1996¹³⁰ en que se establece que el derecho a la libertad religiosa, se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y una esfera de “*agere licere*” del individuo, lo que implica el derecho de los ciudadanos a

¹³⁰ Cfr. Sentencia Tribunal Constitucional Español, 166/1996. Aprobada el 28/10/1996. Ver en www.boe.es

actuar con inmunidad de coacción. En este sentido, se establece que *“la asistencia médica coactiva constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tuviera una justificación constitucional”*¹³¹. Esta forma de comprender la libertad de conciencia, se relaciona estrechamente con el derecho de autodeterminación, el que tiene el efecto de servir como un elemento de “reinterpretación” del resto de los derechos involucrados, principalmente teniendo como base un principio elemental de tolerancia. El derecho de autodeterminación, se traduce, en este tema, en que el individuo tiene un ámbito de intangibilidad en su propio cuerpo, pudiendo decidir y determinar libremente qué sustancias se introducen a él¹³².

En cuanto a nuestro derecho, hemos expuesto la existencia de la ley 19.638, acerca de la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, la que además de establecer las reglas procedimentales relativas a la constitución jurídica de las iglesias, incluye normas sustantivas que implican concreciones del derecho establecido por el artículo 19 número 6 de la Carta Fundamental. Se instaura de forma positiva en el artículo 6 de dicho cuerpo legal que a la libertad religiosa corresponde como contrapartida la autonomía e inmunidad de coacción, que no significan otra cosa que la prohibición de obligar a la persona a actuar de modo contrario a sus creencias, o ser obligado a creer en religiones que no profesa. Además, se enumeran actividades que estarían cubiertas por esta garantía, pero, como

¹³¹ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 166/1996. Fundamento Jurídico 2°.

¹³² Ver punto 2.3.-

hemos dicho, esta enumeración no sería taxativa, de modo tal que, aún si no se sostiene que la negativa de recibir tratamientos médicos se encuentra contemplada expresamente en la enumeración, podemos sostener que ésta se encuentra cubierta por la garantía, pues la lista queda abierta al señalarse que se contemplan *a lo menos* tales actividades que se señalan. Esto se concluye además a partir de la discusión parlamentaria, en que el diputado Schaulsohn señaló su preocupación por la redacción del primitivo artículo 1° de la ley 19.638 en que se señalaba que el Estado garantiza la “libertad religiosa y de culto (...) en los *términos previstos en esta ley*”¹³³ puesto que esto podría inducir a entender que se limitaba el ejercicio de estos derechos a lo que diga la ley, precisando que es necesario que esta redacción sea hecha en términos muy amplios, al respecto señaló “*Creo que es una garantía constitucional, porque el artículo 1°, en el fondo es una declaración de principios y dicha declaración, si es necesaria, el ideal es que quede redactada en los términos más amplios posibles, toda vez que la garantía constitucional de libertad religiosa y de culto es absoluta; el Estado no puede garantizarla sólo en los términos previstos en esta ley. La garantiza y punto. Ahora se dicta una ley para cumplir otros propósitos que se estiman concordantes con esa garantía constitucional y creo que al respecto, en algún momento podría haber una interpretación errónea del espíritu de la ley. A lo mejor mi inquietud no es compartida, pero he*

¹³³ Las cursivas son nuestras. (N. del A.)

querido hacerla presente.”¹³⁴ Esta preocupación fue compartida por otros parlamentarios¹³⁵ y, finalmente, se eliminó esta frase del texto definitivo.

Entonces, podemos sostener que el espíritu del legislador al promover la libertad de conciencia en su forma de libertad de culto, es hacerlo en los términos más amplios posibles, restringiendo la interpretación en cuanto a los límites que impone la Constitución a este derecho, es decir, la moral, el orden público y las buenas costumbres y considerando -así como en la argumentación del Tribunal Constitucional español- que dentro del contenido de la libertad de conciencia se encuentra el llamado *agere licere* o libertad de actuar conforme a las propias creencias.

Del mismo modo, se enunció en el punto 1.2 la importancia del artículo 18 número 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que complementa la regulación legal y constitucional respecto de la libertad de conciencia. Este artículo establece los límites específicos de la libertad para manifestar las creencias religiosas, dejando claridad en el sentido que dentro de la libertad de conciencia o de culto se encuentra ínsita la libertad para manifestar dichas creencias.

Además de esto, se establece como limitación los derechos y libertades fundamentales *de los demás*. Esta precisión es fundamental puesto que de no haberse agregado esta parte podría entenderse que el

¹³⁴ Cfr. CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE IGLESIAS Y ORGANIZACIONES RELIGIOSAS. Primer Trámite Constitucional. Discusión Parlamentaria. Ver en: <http://sil.senado.cl/>.

¹³⁵ Así lo expresaron los diputados ARANCIBIA, ELGUETA, VILLOUTA, CERONI, RIBERA, CARDEMIL, BALBONTIN, cuyas expresiones constan en el informe citado anteriormente.

límite son los derechos y libertades fundamentales propias. Sin embargo, son aquellas de terceros las que imponen un límite a la manifestación de las propias creencias.

En concordancia con esto, encontramos los artículos 138 y 139 del Código Penal, que ya fueron expuestos¹³⁶, los que protegen el ejercicio libre de los cultos, teniendo el primero de ellos una redacción amplia que, con una interpretación armónica de la Ley 19.638, nos lleva a concluir que protege todo tipo de ejercicio de cultos permitidos por la República. Es necesario entonces definir el alcance del vocablo “ejercicio”, que proviene de “ejercer”. Esta palabra tiene el significado de *“hacer uso de un derecho, capacidad o virtud”*¹³⁷. Tomando esto en consideración, este “ejercicio” no es otra cosa que el uso del mismo derecho asegurado por la Constitución y, como hemos visto, la libertad de conciencia incluye la libertad para tener ciertas opiniones, manifestarlas y actuar conforme a ella. Son estos tres elementos los que constituyen el contenido del derecho, y son precisamente éstos los que implican el uso o ejercicio del mismo.

Luego, es forzoso concluir que la Constitución ampara del modo más amplio el ejercicio, la manifestación y el uso del derecho a la libertad de conciencia que tienen las personas, del mismo modo que lo hace la Ley 19.638, y el artículo 138 del Código Penal, y que por lo tanto, estos tres

¹³⁶ Ver 1.2.

¹³⁷ <http://www.rae.es>.

textos legales estarían amparando el derecho de los Testigos de Jehová, y de cualquier otro grupo religioso a actuar conforme a sus creencias.

Ahora bien, debe considerarse en este punto, y retomando lo expuesto inicialmente, que el entendimiento de la libertad de conciencia, si bien históricamente tiene un sustrato religioso, en cuanto se defiende la libertad de las personas para profesar la fe que deseen, tiene un contenido que puede entenderse como más amplio que aquel. En este sentido, Mill¹³⁸ es uno de los primeros en comprender el sentido amplio de la libertad de conciencia, en cuanto no se restringe a un aspecto religioso, sino que se extiende a todos los ámbitos del quehacer humano y comprende no sólo la libertad del fuero interno, como se señalaba inicialmente, sino que también la libertad de actuar conforme a las creencias y expresarlas. En este sentido, para Mill la libertad de conciencia es anterior a la libertad de opinión, puesto que ésta es una expresión de aquélla. Lo anterior concuerda con el entendimiento acerca de la naturaleza de la libertad de conciencia que expresaron los señores comisionados Evans¹³⁹ y Guzmán¹⁴⁰ en la discusión en la CENC acerca de esta garantía¹⁴¹. Tomando en cuenta esto, podríamos sostener que la naturaleza de las razones que se aducen para negarse a recibir la transfusión de sangre no es relevante, ni tampoco que éstas sean o no expresión de su libertad religiosa, puesto que ésta no es más que una parte de la libertad de conciencia entendida en forma amplia. Por tanto, estando la libertad de conciencia amparada en nuestra Constitución, y teniendo ella las

¹³⁸ MILL, op cit. passem.

¹³⁹ Cfr. Sesión 130ª, pág. 9. Actas Oficiales CENC.

¹⁴⁰ Cfr. Sesión 130ª, pág. 11. Actas Oficiales CENC.

¹⁴¹ Para ver esta discusión, ver *supra* págs. 20-21.

más diversas formas, entre ellas la libertad de culto, no sólo podría sostenerse- o ponderarse al menos- la eficacia de la negativa de una persona a recibir un tratamiento médico por razones religiosas, sino también por razones de costumbre, o por considerar que es un procedimiento peligroso, o que de cualquier manera produce algún disgusto en la persona a quién pretende aplicárselo, por ejemplo.

En oposición a lo anterior, se encuentra Vílchez¹⁴², quien considera dentro de las condiciones que se deben tomar en cuenta para seguir la voluntad del paciente, la naturaleza de las razones que éste aduce, considerando que éstas deben ser de importancia, y que, en el caso específico de los Testigos de Jehová, las razones religiosas serían de importancia suficiente como para no realizar el procedimiento médico.

¹⁴² VÍLCHEZ, Esteban. Consentimiento Informado y Transfusiones de Sangre. Revista Hospital Clínico Universidad de Chile. Vol. 11 (N°4), 2000. Ver en: <http://www.redclinica.cl>

2.3.- El Derecho a la Autodeterminación:

A pesar de que nuestros tribunales, en su generalidad, han razonado en torno a la ponderación de los dos derechos comentados anteriormente, esto es, el derecho a la vida enfrentado al derecho a la libertad de conciencia en su forma de libertad de culto, éste no es el único análisis posible. Tanto es así que existen razonamientos jurisprudenciales extranjeros que basan su argumentación en un fundamento distinto, como es el derecho de autodeterminación.

El derecho a la autodeterminación no se encuentra explícitamente establecido en nuestro ordenamiento constitucional. Sin embargo, creemos que puede deducirse como un principio esencial dentro del marco de una sociedad que sostiene la libertad de sus individuos, puesto que implica que las personas son libres de determinar los más diversos aspectos de sus propias vidas. De este modo, si bien no puede sostenerse que es un derecho subjetivo como tal, es decir, uno que pueda exigirse directamente, sí creemos que puede afirmarse su existencia como un principio de derecho que tiene relevancia en la aplicación de los derechos garantizados en nuestra Constitución.

En nuestra Carta Fundamental puede deducirse la existencia de un principio de autodeterminación de cuatro diversas disposiciones constitucionales, a saber:

El artículo 1 inciso primero, establece que “las personas nacen *libres* e iguales en dignidad y derechos”. La afirmación de *nacer iguales* implica que las personas nacen con igualdad de oportunidades, en el sentido de que no existirán elementos biológicos que determinen diferencias entre las personas. Por otro lado, aseverar que las personas *nacen* libres, y no en cambio que *son* libres, implica una afirmación de libertad que es concreta, y no solamente filosófica, puesto que alude a un hecho biológico concreto, esto es, el nacimiento de la persona. Esto implica que se afirme la consecuencia de esta libertad, que no es otra cosa que el derecho de autodeterminación.

El artículo 19 número 7 que establece el derecho a la libertad personal y la seguridad individual. Esta garantía ha sido históricamente considerada en relación con el Habeas Corpus, pues además contiene una enumeración de consecuencias relacionadas con él. Sin embargo, el encabezado hace una aseveración amplia en el sentido de asegurar la libertad personal. El derecho a la autodeterminación se deriva de la libertad personal, que no sólo se afirma en este artículo sino también en el analizado precedentemente, pues la libertad humana implica libertad para que la persona determine sus propios fines y trazar su plan de vida¹⁴³.

El artículo 19 número 1 asegura el derecho a la integridad síquica. Como vimos, esta garantía se estableció para evitar las situaciones de

¹⁴³ Cfr. MILL, op. cit., pág. 68-69.

apremios ilegítimos en que la persona se ve obligada a actuar de cierta forma bajo una determinada amenaza, de modo tal que no se infringe su integridad física sino que la psicológica. Al respecto, puede sostenerse que la integridad síquica tiene alcances más amplios en la medida que significa que la persona no puede ser compelida a actuar en contra de sus propias creencias. Mirado desde este punto de vista, se comprende la relación con el derecho a la autodeterminación, el que implica, como hemos dicho, la capacidad de la persona de determinar sus propios fines y trazar su plan de vida conforme a sus creencias que libremente se ha formado, puesto que, el verse obligado a actuar en contra de estas creencias, implicaría, consecuentemente, una violación a su integridad síquica.

Por último, el derecho de autodeterminación de la persona se relaciona directamente, a su vez, con el derecho a la integridad física de la persona contemplado en el artículo 19 número 1 de la CPR, el que ha sido entendido como inclusivo del derecho de la disposición del propio cuerpo, el que se aplica a casos de trasplantes de órganos¹⁴⁴. Sin embargo, creemos que debe comprenderse en un sentido más amplio, reconduciéndolo al interés de la persona a que se respete la intangibilidad de su cuerpo, en otras palabras, a que no se realicen en él actividades que no sean consentidas¹⁴⁵.

En relación directa está la doctrina del consentimiento informado, la que propone que para poder realizar una intervención médica sobre un

¹⁴⁴ Cfr. 1) EVANS, op. cit. loc. cit. 2) VERDUGO y PFEFFER, op. cit. loc. cit.

¹⁴⁵ Así lo ve el Tribunal Constitucional español, ver página 78. Del mismo modo, la jurisprudencia de Estados Unidos, ver página 76.

paciente se requiere del consentimiento libre e informado del mismo, es decir, debe otorgársele “*la información suficiente para que sean capaces de tomar una decisión fundamentada. Esa información debe contemplar los objetivos de la experimentación misma, su duración, y sus posibles beneficios, riesgos e incomodidades, en términos claros y simples, y en un lenguaje comprensible para un individuo cualquiera, sin conocimientos científicos. Deben describirse, además, los procedimientos alternativos, si existen (...)*”¹⁴⁶. Del mismo modo, se sostiene que “*la facultad del paciente para rechazar la proposición que le formula el médico ha sido puesta en relieve en los últimos tiempos como una manifestación de su derecho a la autodeterminación*”¹⁴⁷. Este derecho se fundamentaría “*en el derecho del paciente de exigir del médico una detallada información acerca del tratamiento que quiere aplicar, y en la obligación del médico de dar esta información y de respetar la decisión del paciente*”¹⁴⁸.

La doctrina del consentimiento informado cuenta con reconocimiento en algunos instrumentos internacionales. Tal es el caso de de la Declaración Universal de la UNESCO¹⁴⁹ sobre Genoma y Derechos Humanos indica: “*En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada.*”¹⁵⁰ También la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (en la que es miembro el

¹⁴⁶ FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Derecho Civil de la Persona, Del Genoma al Nacimiento. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2001, pág. 185.

¹⁴⁷ FIGUEROA, op. cit., pág. 187.

¹⁴⁸ VIAL, op.cit., pág. 55.

¹⁴⁹ Chile es miembro de la UNESCO desde el 7 de Julio de 1953, contando con una delegación permanente en ella. Ver: <http://portal.unesco.org>

¹⁵⁰ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LA UNESCO SOBRE GENOMA HUMANO Y DERECHOS HUMANOS. Aprobada el 11 de Noviembre de 1997. Artículo 5° letra b), primera parte.

Colegio Médico de Chile), adoptada en 1964 (con sus últimas modificaciones en el año 2004), contiene principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Por último, un instrumento internacional de más importancia, puesto que contempla el consentimiento informado en forma más amplia para todo tipo de intervención médica (no sólo para los experimentos en seres humanos, como las anteriores) es la Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, la cual contempla en su artículo 6 número 1 que “[t]oda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.”¹⁵¹

Para Vílchez¹⁵², con la doctrina del consentimiento informado el paciente cambia de rol en la relación médico paciente, pasando a ser quien toma la decisión acerca de los tratamientos que se le aplicarán, habiéndosele dado previamente información de parte de quienes son los expertos. Además, sostiene que el consentimiento informado se basa en la libertad de

¹⁵¹ DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA UNESCO. Aprobada el 19 de de Octubre del 2005. Artículo 6° 1).

¹⁵² VÍLCHEZ, op. cit. “Consentimiento informado significa en palabras muy sencillas, convertir al paciente de un mero receptor de las atenciones y cuidados médicos, en el protagonista absoluto de las decisiones médicas, previa información de parte de quienes son los expertos. El paciente abandona su rol de receptáculo pasivo de las decisiones del médico y se convierte en quien tomará esas decisiones (...) El consentimiento informado se basa en la libertad de autodeterminación que debe respetársele al paciente (...) una vez que informa [el médico] él tiene que sentarse, observar la reacción del paciente y actuar según sus instrucciones. Si el paciente consiente, no hay ningún problema, pero si el paciente se niega entonces el médico debe abstenerse de actuar, aunque en ello se apueste la vida del paciente.”

autodeterminación e implica que, una vez dada la información acerca de la patología, el tratamiento, y opciones a seguir, el médico debe esperar la respuesta del paciente, y actuar según la voluntad de éste. Para este autor, si el paciente se niega, el médico debe abstenerse de actuar, a pesar de estar en riesgo la vida del paciente. Por tanto, la legitimidad de la actuación del médico ya no estaría sólo dada por el apego a la *lex artis*, como se ha sostenido tradicionalmente, sino también por la voluntad del paciente, quien presta el consentimiento informado¹⁵³.

Estados Unidos es un caso en que el razonamiento jurisprudencial en torno a terapias no deseadas por los pacientes se enfoca desde el punto de vista del derecho a la autodeterminación que tiene el individuo. En este ordenamiento, el consentimiento informado tiene un desarrollo jurisprudencial relevante, desarrollándose como una doctrina del *common law*. Esto quiere decir que no se encuentra establecida de modo estatutario, pero que es aplicada e interpretada por los tribunales en la *praxis*. De este modo se ha establecido que todo ser humano adulto y conciente tiene derecho a determinar qué debe hacerse en su propio cuerpo, y un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión¹⁵⁴, es decir, tal es la fuerza que tiene aquí el derecho a la autodeterminación, que el hecho de intervenir al paciente contra su voluntad

¹⁵³ Asimismo, DONOSO Cavaría, Carmen. ¿Cómo nuestros tribunales han resuelto el caso del derecho a la vida y tratamientos médicos no deseados? El caso de los Testigos de Jehová. En: Foro por la no-discriminación: 9 de Septiembre 2004. Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Pág. 5.

¹⁵⁴ *Union Pacific R. Co. v. Botsford*. **141 U.S. 250**, 251 (1891): “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body, and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault”

implica una agresión por parte del facultativo, sin que el hecho de que la vida del paciente esté en juego, legitime su accionar.

En este ordenamiento entonces, la doctrina del consentimiento informado es usualmente vista como inclusiva del derecho de una persona adulta a rehusar un tratamiento médico¹⁵⁵. Esta doctrina es usualmente aceptada por los diversos Estados. Sin embargo, la sentencia en análisis establece que: “En forma general, los Estados- y de hecho, todas las naciones civilizadas- demuestran su compromiso con la vida al tratar al homicidio como un crimen grave. Tanto así, que la mayoría de los Estados en este país tienen leyes que imponen penas criminales al que asista a otro a cometer suicidio. No creemos que los Estados deban mantenerse neutrales frente a la decisión informada y voluntario tomada por un adulto físicamente capaz, de morir de hambre”¹⁵⁶. Así, se reconoce que este no es un tema totalmente pacífico, y que efectivamente existe una preocupación constante e histórica por la vida de los miembros de una nación y que los Estados pueden tomar decisiones al respecto.

De este modo, el razonamiento en este país, además de tener como eje central la doctrina del consentimiento informado, se centra también en

¹⁵⁵ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*. **497 U.S. 261** (1990): “the common law doctrine of informed consent is viewed as generally encompassing the right of a competent individual to refuse medical treatment”

¹⁵⁶ Cfr. *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*. **497 U.S. 261** (1990): “As a general matter, the States- indeed, all civilized nations- demonstrate their commitment to life by treating homicide as serious crime. Moreover, the majority of States in this country have laws imposing criminal penalties on one who assists another to commit suicide. We do not think a State is required to remain neutral in the face of an informed and voluntary decision by a physically able adult to starve to death” (starve to death: morir de hambre. El caso trata de una mujer en estado vegetativo persistente a la que su familia quiere suspender la alimentación)

los aspectos procedimentales que debe satisfacer la expresión de voluntad de parte del paciente, sin cuestionar mayormente el tema de fondo referente a la capacidad de un adulto de autodeterminarse mediante la negativa a recibir un tratamiento médico determinado, pues esta facultad, en general se acepta. Es importante destacar, en este punto, que dadas las consecuencias de la decisión del paciente, que se rehúsa a recibir un tratamiento que lo mantiene con vida – en el caso de esta sentencia, se trata de alimentación por sonda, es decir, de removerse la sonda, el paciente inevitablemente muere- cobra especial relevancia la constatación de que se reúnan efectivamente los requisitos formales del consentimiento del paciente, tanto es así, que en este caso no se pudo demostrar que esa era efectivamente la voluntad del paciente, y por tanto finalmente no se accedió a la petición de los familiares de desconectar la alimentación.

El Tribunal Constitucional español consideró que, independiente de las razones que llevan a una persona a rechazar un tratamiento médico, esta oposición implica una ejercitación del derecho de la autodeterminación, impidiendo una intervención ajena sobre su propio cuerpo. Este derecho de autodeterminación sería, según el tribunal, distinto al derecho a la salud o la vida, y puede derivarse del derecho a la integridad física, que tiene reconocimiento constitucional en dicho país. Al respecto estableció: *“Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo,*

estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal- como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física.”¹⁵⁷ Este ejercicio de ponderación que realiza el tribunal en el fragmento transcrito, importa un reconocimiento del hecho fundamental con el que hemos partido nuestro análisis: el conflicto entre distintas garantías constitucionales existente en la decisión de rechazar un tratamiento médico. En el caso del tribunal español, si bien se reconoce la importancia de dichas garantías, como son la libertad religiosa, el derecho a la salud y la vida, se establece que el derecho a la autodeterminación es uno distinto a aquellos e importa un derecho fundamental a la integridad física, es decir, a la intangibilidad del propio cuerpo. Incluso el tribunal va más allá, pues indica que a pesar de que las razones que aduzca el paciente para rechazar su tratamiento sean de peso y se encuentren amparadas por la Constitución, lo que realmente importa es que en esta negativa se está ejercitando el derecho a la autodeterminación.

En nuestro país, la jurisprudencia no ha desarrollado argumentación relativa al derecho de autodeterminación de la persona en relación a la negativa de los Testigos de Jehová para realizarse transfusiones de sangre. En la doctrina encontramos un autor, que sostiene incluso que la disposición de la vida por parte de la persona es el acto más representativo del dominio que tiene sobre ésta, el mismo que permite impedir que otras personas y el

¹⁵⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 154/2002. Aprobada el 18/7/2002. Fundamento Jurídico 9º.

Estado atenten contra ella¹⁵⁸. De este modo, esta disposición sería una expresión de la autodeterminación de la persona. En el mismo tenor, Bascuñán Rodríguez¹⁵⁹ sostiene que el principio del consentimiento informado se ha desarrollado en la práctica médica, pero no desde el punto de vista del derecho y particularmente del derecho constitucional. El autor sostiene que el principio es una interpretación de la incolumidad corporal como un interés que proviene de la autonomía de la persona; por esto, el derecho de la autodeterminación y sus expresiones -el consentimiento informado y la integridad física- no se relacionarían directamente con un interés por mantener el cuerpo sano, sino más bien con un interés de intangibilidad del propio cuerpo.

Asimismo, Donoso¹⁶⁰ sostiene que en nuestros tribunales se ha interpretado la vida en su aspecto físico, pero se olvida la protección a la integridad física y síquica de la persona que se establece en la Carta Fundamental, la que puede entenderse como autonomía, es decir, la facultad para decidir qué es lo más beneficioso para la propia persona y actuar conforme a esta decisión. Entendiendo lo anterior, se disolvería la contradicción entre los derechos a la vida y la libertad de conciencia en que se basa la argumentación de nuestros tribunales, pues la libertad de conciencia sería una expresión del derecho a la vida entendido como autonomía. Este razonamiento coincide con la interpretación del derecho a autodeterminarse en relación directa con la autonomía física y síquica de la

¹⁵⁸ BASCUÑÁN, op. cit. loc. cit.

¹⁵⁹ Cfr. BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio, Curso de Derecho Penal III Parte Especial. Apuntes de Clases 19 de Agosto de 2003. Universidad de Chile.

¹⁶⁰ Cfr. DONOSO, op. cit., pág. 4.

persona, y vinculado, por tanto, con el principio del consentimiento informado.

El consentimiento informado, tal como anuncia Bascuñán¹⁶¹, no es ajeno a la práctica médica. Esto se refleja en el hecho de estar contenido en el Código de Ética profesional del Colegio Médico de Chile (A.G), que en su artículo 25 inciso 1° establece que *“Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente.”* En el mismo tenor, el artículo 28 dice: *“El derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento deberá ser respetado, debiendo el médico, en todo caso, informar al paciente, de manera comprensible, las consecuencias que puedan derivarse de su negativa. En esta circunstancia, el facultativo no abandonará al enfermo, debiendo procurar que se le presten los cuidados generales necesarios.*

*En casos de urgencia médica impostergable, el médico actuará en conciencia, protegiendo el derecho a la vida del paciente.”*¹⁶²

Con esto podemos concluir, que la doctrina del consentimiento informado no es ajena a la práctica médica, y más aún, puede considerarse que pertenece a la *lex artis*, puesto que es un criterio a seguir por parte de los facultativos en la práctica. En segundo lugar, puede establecerse que un límite a esta doctrina residiría en los casos en que por la urgencia impostergable el médico no pueda obtener el consentimiento del paciente,

¹⁶¹ Bis in Idem.

¹⁶² Ver en: www.colegiomedico.cl

actuando en estos casos en conciencia protegiendo el derecho a la vida del paciente. Sin embargo, prácticamente en su totalidad, los casos analizados en este trabajo son aquellos en que el médico puede efectivamente obtener el consentimiento informado del paciente, o el rechazo al tratamiento. Lo anterior por razones obvias: si el médico cuenta con el tiempo necesario para interponer un recurso de protección, y que éste sea visto por la Corte respectiva, evidentemente, cuenta con el tiempo necesario para informar a su paciente del tratamiento que se planea aplicar.

Vílchez¹⁶³, estima que efectivamente la negativa informada del paciente a recibir transfusiones de sangre tienen el efecto de que el médico deberá abstenerse de realizar el tratamiento, incluso en aquellos casos en que la no-transfusión pueda implicar la muerte de la persona. Para esos casos, el autor considera necesario realizar exigencias más rigurosas, que hagan acreditable la voluntad del paciente. En este sentido, enumera tres requisitos necesarios para este consentimiento, a saber, (1) la constatación de la madurez mental de la persona, de modo que sea capaz de ponderar la situación; (2) la salud mental de la misma, que debe encontrarse en buen estado; y (3) la seriedad de las razones que se esgrimen, siendo para el autor las razones religiosas suficientemente fuertes para lograr el requisito.

¹⁶³ Cfr. VÍLCHEZ, op. cit. loc. cit.

2.4.- El derecho a la salud

En el punto 2.1 hemos hecho referencia al derecho a la salud sosteniendo que podemos reconducir la discusión acerca de la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre a éste derecho, puesto que lo que se encuentra comprometido acá no es propiamente el derecho a la vida, esto si consideramos que esta negativa no ha implicado, en la práctica, necesariamente la muerte del paciente o un serio riesgo de ello. Lo anterior, lo respaldamos en la constatación de la existencia de casos en que, habiéndose ordenado por parte del órgano jurisdiccional la transfusión de sangre con auxilio de la fuerza pública, ésta no es finalmente utilizada por razones fácticas¹⁶⁴. Del mismo modo, Donoso¹⁶⁵ sostiene que el razonamiento de la Corte en el caso de “Omar Luz Hidalgo con Luis Muñoz Bravo”¹⁶⁶ no hace más que reforzar la idea de que el problema de fondo sería un problema de salud, y no del derecho a la vida, puesto que de la negativa del paciente se sigue un *deterioro de su salud*, que posteriormente puede terminar en un *posible desenlace fatal*¹⁶⁷.

¹⁶⁴ 1) I. Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 751-1998. **Ulises Guajardo Hernández con Yolanda Vásquez Fuentealba**. Recurso de Protección. Julio de 1998; 2) I. Corte de Apelaciones de Coyhaique. Rol 3716-2002. **José Francisco Redondo Caro con Domingo Carrillo Sáez**. Recurso de Protección. 8 de Octubre de 2002. Pronunciada por los ministros Alicia Araneda Espinoza, Fernando Mora Vallejos (redactor) y Pedro Leñam Licancura. Esta sentencia fue apelada, pero la sentencia de primera instancia quedó firme al declararse desierto el recurso de apelación.

¹⁶⁵ Cfr. DONOSO, op. cit. Pág. 5-6.

¹⁶⁶ I. Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 3569-1992. **Luz Hidalgo, Omar, Director del Hospital de Copiapó por Muñoz Bravo, Luis con Bravo Bravo, Luzmenia**. Recurso de Protección. 24 de Marzo de 1992. Pronunciada por los ministros Juan Pedro Schertzer Díaz, Luisa López Troncoso, Jorge Pizarro Almarza, y Juan Manuel Muñoz Pardo.

¹⁶⁷ *Ibíd.* Considerando Séptimo.

Del mismo modo que en el derecho a la vida, el derecho a la salud no puede importar –por razones lógicas- una obligación para su titular de mantenerse con buena salud, o no someterse a riesgos que puedan poner en peligro su salud. Fuera de las razones derivadas de la estructura misma de los derechos subjetivos, creemos que tampoco resultaría sensato sostener la existencia de tal deber. Lo anterior puesto que el diario vivir implica riesgos incalculables a los que los individuos se someten regularmente, sería difícil establecer los alcances de tal deber, en razón del mismo tal podría sostenerse la ilegitimidad de ciertas actividades como fumar, o beber alcohol, o consumir alimentos altos en grasas. O la realización de actividades riesgosas como deportes extremos. Tales alcances implicarían que este “deber de mantenerse sano” limitaría la libertad de los individuos en la forma que la protege la misma Constitución, y esto es razón suficiente para negar su existencia.

Consideramos que hay que interpretar el derecho a la salud, en función de la necesidad del consentimiento informado del paciente, el que es una de las consecuencias del derecho de autodeterminación, analizado precedentemente¹⁶⁸, y que justifica y permite una intervención en particular. Este derecho, entonces, se relaciona estrechamente con la obligación del médico de informar al paciente de los procedimientos que se le van a aplicar, el que será comentado más adelante¹⁶⁹. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Copiapó¹⁷⁰ ha sostenido que del hecho de que la persona

¹⁶⁸ Ver 2.3.-

¹⁶⁹ Ver 3.2.-

¹⁷⁰ Op. cit. cfr. Considerando sexto.

lleve a un familiar a un Hospital Regional se desprende que la persona pretende preservar la salud y vida de su pariente por todos los instrumentos o medios médicos necesarios, incluida la transfusión de sangre. No concordamos con esta postura, pues consideramos que el paciente tiene derecho a que se le proporcionen todos los métodos curativos necesarios, siempre que éstos cuenten con su autorización, y de ningún modo el hecho de ingresar el paciente al centro asistencial implica una aceptación tácita de todos los medios curativos que le apliquen en ese lugar, puesto que al momento de ingresar, el paciente lego no tiene obligación de conocer cuál es su dolencia y menos de estar al tanto de los medios curativos que se le pueden aplicar. Es por esto precisamente que el médico tratante tiene el deber de informarlo sobre estos puntos y sobre esta base el paciente debe tomar su decisión.

Como se ha visto, en el artículo 19 número 9 de la Constitución, que consagra el derecho a la salud, establece que corresponde al Estado *la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud*. De esta forma, realizando una interpretación armónica de los distintos preceptos constitucionales analizados, podemos concluir que, ya que el Estado tiene que asegurar la libertad de conciencia de la persona en su forma externa, que le permite actuar de modo concordante con sus creencias, le corresponderá coordinar y controlar las acciones de salud que deban aplicarse a éstos pacientes, proporcionando métodos alternativos de tratamiento o al menos permitiendo que ellos mismos se los procuren.

Interpretado de esta forma, la vulneración del derecho a la salud no estaría en la negativa de la persona a recibir el tratamiento médico que contraría sus creencias religiosas, sino que en la falta de una coordinación del Estado de modo de proveer tratamientos alternativos en los casos que se necesite y sea posible suministrarlos o permitir la utilización de ellos al menos a costo del solicitante. En otras palabras, quien estaría violando el derecho a la salud, en estos casos, no es el paciente que se niega a recibir una transfusión de sangre, sino el Estado que no proporciona los tratamientos alternativos, para que las personas puedan hacer ejercicio de su libertad de conciencia. Esto, además, se condice con el ya comentado inciso tercero del artículo 1 de la Carta Fundamental, el que establece que es deber del Estado contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. Por lo tanto, desde este punto de vista, aún si es que no se aceptara que es un deber del Estado el proporcionar los tratamientos alternativos a la transfusión de sangre –en razón de las limitantes económicas que puedan existir para esto– para las personas que no aceptan su utilización, a lo menos debe aceptarse que el Estado permita a estas personas buscar por sus propios medios estos tratamientos y no obligarlos a utilizar el tratamiento que vulnera sus creencias religiosas.

Al respecto, para Llamazares¹⁷¹ tiene relevancia considerar el hecho de la existencia de un procedimiento alternativo a la transfusión de sangre,

¹⁷¹ Cfr. LLAMAZARES, op. cit., pág. 307-308.

de modo tal que, en relación con el derecho a la salud, no es de extrañar que se plantee la discusión respecto de si la seguridad social debe costear estos procedimientos alternativos. El Tribunal Constitucional español falló en un caso¹⁷² en que la persona, que profesaba la religión de los Testigos de Jehová, pedía que el sistema de salud le reintegrara los gastos médicos de una intervención que se había realizado en una clínica privada, sin transfusión de sangre. El Tribunal planteó su análisis del caso partiendo por determinar si las resoluciones judiciales que anteriormente habían denegado al actor el reintegro de los gastos médicos lesionan su derecho a la libertad religiosa, estableciendo que si bien corresponde al Estado un deber de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, de esta obligación no puede seguirse que también esté en sus manos el otorgar prestaciones de otra índole para que los Testigos de Jehová- en este caso- puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. Para el sistema español, el cuadro de prestaciones exigibles a la seguridad social es de configuración legal, admitiéndose que la persona acuda a la medicina privada, en cuyo caso - para poder obtener reintegro de los gastos por ese motivo- debe cumplirse con uno de dos supuestos, a saber, error de diagnóstico o denegación injustificada de asistencia, y ninguno de los dos es equiparable a lo sucedido en el caso, en que al paciente no se le quiso realizar la intervención sin transfusión de sangre en el sistema público.

¹⁷² Cfr. Sentencia Tribunal Constitucional Español 166/1996, aprobada el 28/10/1996. Ver en: www.boe.es.

Esta sentencia se dictó con un voto disidente del magistrado Julio González Campos, quien fue partidario de otorgar el amparo al recurrente, tomando en cuenta dos puntos en que, según su entender, habría sido necesario un análisis más extenso. En primer lugar, la consideración de que el recurrente acudió a un servicio privado, teniendo como antecedente otra intervención anterior practicada en un hospital del servicio público, en que no se le respetó su voluntad de no realizar transfusión de sangre. Luego, el hecho de que en la clínica privada se le practicó la intervención sin transfusión de sangre genera una contradicción en cuanto a la remisión que realiza el tribunal a la *lex artis* en el ejercicio de la práctica médica, puesto que no puede comprenderse que haya diferencias en cuanto a las exigencias de la *lex artis* en un centro médico público o privado, entendiéndose que éstos procedimientos alternativos son parte de la misma pues son practicados por los profesionales del sistema privado. Por otro lado, sostuvo que el poder público no puede perturbar o impedir la adopción o mantenimiento de una determinada religión que se profesa. Pero su punto fundamental está en que la indivisibilidad de los derechos fundamentales no permite que se interprete la igualdad respecto de las prestaciones que garantiza la seguridad social al margen de los derechos fundamentales que la Constitución asegura, entre estos, la libertad religiosa, lo que se entiende más aún si el recurrente de este caso no solicita una asistencia médica a la que no tiene derecho sino que solicita que se le preste *en condiciones* que no vulnere sus creencias religiosas.

El análisis que realiza el juez en este voto disidente es aplicable también a ciertas consideraciones argumentadas por nuestros tribunales, en el sentido de entender que los médicos tienen el deber de proteger la vida de las personas utilizando todos los medios pertenecientes a la *lex artis* de la práctica médica. Sin embargo, no puede entenderse que la intervención sin realizar transfusión de sangre sea ajena o contraria a la *lex artis*, puesto que ésta es, de hecho, realizada en otros establecimientos médicos de carácter privado e incluso por establecimientos médicos públicos que cuentan con programas especiales de intervención quirúrgica sin transfusión de sangre¹⁷³.

La pregunta acerca de si el sistema de salud cubre o no las intervenciones sin transfusión de sangre queda abierta en nuestro sistema, puesto que no existe pronunciamiento jurisprudencial al respecto. Sin embargo, puede hacerse extensiva la consideración de que, estando la prestación como tal dentro del sistema, y siendo ésta cubierta por el mismo, tiene sentido que la persona pueda pedir que se le practique cierta intervención de una forma que no vulnere sus creencias religiosas, toda vez que éstas están protegidas por el sistema jurídico constitucional.

Por otro lado, si bien la interrogante acerca de si el sistema de salud debe o no cubrir los tratamientos alternativos es secundaria respecto a la pregunta principal acerca de si existe o no derecho a rehusar un tratamiento

¹⁷³ Como el programa PMCSTS “Programa de Medicina y Cirugía Sin Transfusión de Sangre”, del Hospital Clínico de la Universidad de Chile. Ver <http://www.redclinica.cl/pmcsts/portal>.

en forma legítima, nos parece que ambas no pueden estar tan separadas. Lo anterior, en razón de que a la afirmación positiva de la interrogante principal, se le resta en gran parte de su contenido fáctico si, en concordancia con aquello, no se les otorga también la posibilidad de que el tratamiento alternativo sea cubierto por su sistema de salud. Esto implicaría que no se le estaría dando a las personas la posibilidad de facilitar el goce efectivo de su derecho a negarse a recibir un tratamiento médico. De otra forma, esta posibilidad sería sólo una alternativa a la que podrían acceder ciertas personas que cuenten con los medios suficientes para costearla.

Tomando en cuenta lo anterior, sostenemos que el derecho a la salud, como cualquier otro derecho social, impone al Estado una obligación de hacer, en el sentido de plantear políticas públicas que permitan a todas las personas acceder a bienes jurídicos fundamentales, en concordancia con las garantías establecidas constitucionalmente, como es la libertad de conciencia. Así, resulta imposible plantear una respuesta única para esta pregunta, puesto que deben tomarse en cuenta factores múltiples. Acaso una política pública que tienda a cubrir estos tratamientos médicos por el sistema de salud, debiera considerar el costo del tratamiento, así como el número de posibles usuarios, el costo de que estos tratamientos estén a disposición de los usuarios en los distintos puntos del país, etc.

CAPÍTULO III: PONDERACIÓN DE LOS DEBERES JURÍDICOS INVOLUCRADOS

El análisis de las garantías constitucionales involucradas implica la afirmación- y en su caso, ponderación- de derechos contemplados en la Carta Fundamental. En general, se sostiene que a cada derecho corresponde un deber correlativo, el que podrá ser exigido eventualmente de modo coactivo, de modo tal, que resulte efectivo el establecimiento del derecho subjetivo. Así entonces, podemos sostener que frente a los derechos analizados en el capítulo anterior encontramos diversos deberes que incumben a los diferentes entes involucrados en el problema jurídico que es objeto de esta investigación.

Al respecto, analizaremos los deberes que corresponden a las personas naturales involucradas, como son el paciente, parientes y tutores de éste, como también los deberes del médico que se encarga del tratamiento del paciente que se niega a recibir la transfusión de sangre. Asimismo, veremos los deberes que afectan tanto a los servicios públicos y privados involucrados en el problema, y también los deberes que atañen al Estado en lo relativo a esta materia.

La afirmación de la existencia de deberes- en general- para los tres primeros entes analizados parece no ser problemática. Sin embargo, sostenemos que también puede afirmarse la existencia de deberes que

atañen al Estado- los que pueden sostenerse respecto de diversas materias- que examinaremos en particular respecto de la materia que nos convoca.

Nuestra Carta Fundamental asegura una multiplicidad de garantías constitucionales, que se pueden traducir en deberes jurídico-constitucionales sustantivos que atañen al Estado. El mayor problema que se presenta en la discusión acerca de la existencia (o inexistencia) de deberes jurídico-constitucionales del Estado, es precisamente cómo se le puede obligar a éste a cumplir con ellos¹⁷⁴. Con el establecimiento medios coercitivos para hacer efectivas las garantías aseguradas en la Constitución, entre ellas, la acción constitucional de protección, mediante la cual se puede reclamar el cumplimiento, por parte del Estado, de algunos derechos constitucionales contenidos en el artículo 19¹⁷⁵, se responde a esta interrogante.

La creación del derecho implica un proceso sociológico en que se expresa la voluntad de las personas que componen una sociedad. El Estado, por tanto, debe someterse a dicha voluntad, así como todo el resto de los miembros del mismo. La afirmación de los deberes del Estado, desde este punto de vista, no se sustenta en una “auto obligación” del mismo, sino que en el proceso de creación del derecho, el que es expresión de la voluntad

¹⁷⁴ Cfr. KELSEN, Hans. Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado. México. Editorial Porrúa S.A. 1987. Págs. 345-459

¹⁷⁵ Cfr. QUINTANA B. Augusto. El Estado como sujeto de deberes jurídico-constitucionales. Revista de Derecho Público 1995 N°57-58, págs. 87-96.

general¹⁷⁶, y dentro de este mismo marco deben entenderse los deberes establecidos por la Constitución.

En lo que respecta a esta investigación, sostenemos la existencia de dichos deberes en general, y nos interesa analizar la procedencia de deberes del Estado en relación al tema que nos convoca. Lo anterior, se traduce en la pregunta acerca de si corresponde o no al Estado el aseguramiento de la preservación de la vida del individuo de forma irrestricta, de modo tal que incluso pueda hacerse cargo de preservarla en contra de la voluntad del mismo, pregunta que hemos planteado como punto de partida de la investigación, y que hemos matizado al analizar la ponderación del derecho a la vida, aduciendo que puede trasladarse esa misma discusión hacia la ponderación del derecho a la salud.

¹⁷⁶ Cfr. QUINTANA, op. cit.

3.1.- Deberes de los pacientes y de sus parientes y tutores

Como hemos expuesto, nuestra jurisprudencia¹⁷⁷, y parte de la doctrina¹⁷⁸, consideran que el establecimiento del derecho a la vida en nuestra Carta Fundamental implica la prohibición de terceros y del Estado de atentar contra la vida de las personas, pero también se traduce en una prohibición para el mismo sujeto de atentar contra su vida. Lo mismo puede decirse respecto de la salud, según lo sostenido por algunos en la CENC, como vimos en el análisis de las actas constitucionales, lo que finalmente no fue incluido en el texto constitucional¹⁷⁹.

Sin embargo, consideramos, en el apartado relativo a la ponderación del derecho a la vida, que este deber de preservación de la propia vida no podría deducirse del sólo establecimiento de este derecho como tal, pues el correlativo del derecho a la vida es el deber de terceros y del Estado a respetar la vida de su titular, y la inalienabilidad del mismo no implica un deber de no disposición de la vida, sino que se refiere al derecho a la vida, pues es éste el que protege la Constitución, y es éste el que tiene carácter de inalienable. Esto implica que no se puede renunciar al *derecho* a la vida, y su correlativo, es decir, la facultad de exigir a los demás que se respete la propia vida.

¹⁷⁷ Cfr. E. Corte Suprema. Rol 167-84. **Fernando Rozas Vial y otros con Patricio Ponce y otros**. Apelación Recurso de Protección. 9 de Agosto de 1984. Pronunciada por el ministro Germán Valenzuela Erazo y por los abogados integrantes señores José Bernales Pereira y César Parada Guzmán.

¹⁷⁸ Cfr. SOTO, op. cit.; EVANS, op. cit., pág. 114.; CEA, op. cit. Pág. 37; VIAL, op. cit., pág. 33.

¹⁷⁹ Ver 1.3.

Esta misma argumentación puede aplicarse al derecho a la salud, si consideramos la posibilidad de afirmar que el paciente, si bien no tiene un deber de no atentar contra su vida, podría tener un deber de mantener su buena salud. Aplicando el mismo razonamiento que se aplicó respecto del derecho a la vida, entonces tampoco podría afirmarse la existencia de un deber del paciente de mantenerse con buena salud, pues el derecho a la salud se traduce en un deber correlativo de los terceros de no atentar contra la salud de las personas, y en un deber del Estado de coordinar y controlar el otorgamiento de medios curativos necesarios a las personas que acudan a los centros asistenciales ya sean públicos o privados. Pero este deber del Estado debe considerar la autonomía del paciente, y por lo tanto tiene como límite la voluntad del mismo que, con la información suficiente, sea libremente expresada.

Por lo demás, las consecuencias de establecer un “deber de mantenerse sano” serían imprevisibles, en este sentido, si interpretamos estrictamente este supuesto deber, podría sostenerse la ilegitimidad de muchas actividades que ponen en riesgo la salud o la vida del individuo, por ejemplo, fumar, consumir alimentos altos en grasas, realizar deportes extremos, etc.

Por tanto, al analizar los deberes del paciente debemos descartar, habiendo considerado lo anterior, la existencia de un deber relativo a la conservación de su propia vida o salud. El deber del paciente, entonces, radicaría en expresar su voluntad acerca de la aplicación de los tratamientos

que se le ofrezcan. Para lo anterior, por lo general, los Testigos de Jehová portan consigo documentos en que expresan su voluntad de que no se les realicen transfusiones de sangre.

Respecto de los parientes del paciente, es claro que considerando las reflexiones anteriores, si el paciente acepta el tratamiento médico propuesto, aquéllos deben a su vez respetar la voluntad del mismo, siempre que tenga capacidad suficiente para expresarla, pues estos parientes tendrán la calidad de terceros que deben respetar el derecho a la vida y a la salud de la persona, en cuanto este derecho implica una obligación correlativa para ellos.

Ahora, una distinción trascendental¹⁸⁰, se haya en la consideración de la capacidad del paciente. En este sentido, se diferencia entre la persona que tiene capacidad de obrar, y los incapaces, o entre personas mayores o menores de edad o incapaces. De este modo, hay acuerdo en que parece razonable sostener la necesidad de capacidad por parte del paciente para poder tomar la decisión acerca de la aplicación o no del tratamiento médico. Llamazares¹⁸¹ niega la posibilidad de que sean, a su vez, los representantes legales quienes decidan por el incapaz basándose en sus propias convicciones religiosas, si bien acepta que podría aplicarse una atenuante de responsabilidad cuando pueda configurarse un delito en caso de que los representantes interrumpan o impidan la transfusión. Vial¹⁸², en cambio,

¹⁸⁰ Así, Cfr. LLAMAZARES, op. cit., pág. 306-311; VIAL, op. cit., pág. 47-53.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

creo que correspondería al representante legal del incapaz tomar la decisión. Sin embargo, ante la negativa de éstos, el juez podría adoptar las medidas necesarias pudiéndose revocar temporalmente la patria potestad de los padres de un menor, con el objeto de realizar la transfusión de sangre, estimando además que la decisión en casos de menores de edad debería ser siempre aquella que permite la transfusión de sangre. Asimismo, sostiene que la negativa de los padres implicaría un incumplimiento a sus obligaciones primarias con sus hijos.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional español¹⁸³ analizó el caso de un menor que tenía discernimiento, que se negó a la transfusión de sangre y producto de esto falleció, para establecer si había un deber de garante de los padres respecto de la vida del hijo, de modo que su omisión podría configurar el delito de homicidio. Esta posibilidad fue negada por el tribunal, pues los padres no estarían obligados a actuar en contra de sus creencias religiosas, y una actuación para persuadir a su hijo para que recibiera la transfusión iría en contra de la religión que ellos profesaban, pues eran Testigos de Jehová. Esta misma sentencia analiza detalladamente tres aspectos extremos de los menores de edad respecto de la libertad religiosa *“en primer lugar, si el menor puede ser titular del derecho a la libertad religiosa; en segundo lugar, significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito; en tercer lugar, relevancia que, en su caso, pudiera tener dicha oposición del menor”*¹⁸⁴.

¹⁸³ Cfr. Sentencia Tribunal Constitucional Español, 154/2002, aprobada el 18/7/2002. www.boe.es

¹⁸⁴ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 154/2002. Fundamento Jurídico 9º.

Respecto del primer punto, se afirma el derecho a la libertad religiosa a los menores, puesto que la Constitución no realiza distinción alguna, lo cual es aplicable a nuestro ordenamiento constitucional. Respecto del significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito, se sostiene que “[m]ás allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal- como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física.”¹⁸⁵.

En cuanto a la relevancia de la oposición del menor, se sostiene que el derecho concede en otros aspectos relevancia a las expresiones de voluntad de los menores (se trata de un menor de 13 años), pero este reconocimiento excepcional de la validez de la expresión de voluntad de un menor, no es suficiente para sustentar la validez de la oposición a un tratamiento médico. Así entonces, el tribunal pondera distintos extremos, “en primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida,

¹⁸⁵ *Ibíd.*

en cuanto bien afectado por la decisión del menor (...), En cuarto, [la decisión] reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida”¹⁸⁶ (en este caso no existían terapias alternativas aplicables). En definitiva el tribunal concluye que de los antecedentes se puede desprender que la reacción del menor, frente a los intentos de actuación médica, permite concluir que en él había convicción y consciencia de su decisión, que no podían ser desconocidas por sus padres.

Además existen instrumentos internacionales que realizan consideraciones especiales respecto de la libertad de conciencia y los menores. Al respecto, el artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 18: “4.- *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*”. Sin embargo, esto no aporta una clarificación en cuanto a la pregunta acerca de la validez de la manifestación de la libertad religiosa en el caso de los menores, aunque sí nos orienta acerca del papel que tienen los padres y tutores respecto de la educación de los hijos, puesto que en este caso se refiere a las convicciones de los padres y no las de los hijos.

El artículo 7º letra a) de la Declaración Universal de la UNESCO Sobre Bioética y Derechos Humanos, se refiere a las personas carentes de

¹⁸⁶ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 154/2002. Fundamento Jurídico 10º.

capacidad para dar su consentimiento, respecto de los tratamientos médicos, de la siguiente forma: *“De conformidad con la legislación nacional, se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento: a) la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación”*. Así entonces, este instrumento no establece normas específicas pero sí orienta en el sentido de que el menor debe estar “asociado” a la toma de la decisión, es decir, debe tomársele en cuenta.

Finalmente, la Convención Sobre los Derechos del Niño (Promulgada por Decreto 830, Ministerio R.R.E.E., publicado en el D.O. el 29 de Septiembre de 1990) es más clara a la hora de establecer el derecho a la libertad de conciencia respecto de los niños, pues su artículo 14 establece: *“1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean

necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”

De este modo se establece la libertad de conciencia específicamente para los menores en términos similares a los utilizados en las declaraciones que lo establecen en forma general.

Estimamos que en aquellos casos en que el paciente es un mayor de edad capaz existe un reconocimiento de parte del ordenamiento jurídico respecto de su capacidad de decisión y autonomía, de modo tal que su consentimiento o negación a la aplicación de un tratamiento médico será completamente válida.

Sin embargo, esta afirmación no puede sostenerse respecto de los casos en que el paciente es un menor de edad, puesto que respecto de ellos, no existe una afirmación de parte del ordenamiento jurídico de capacidad total para ejercer sus derechos. De esta forma se ha fallado por la I. Corte de Apelaciones de Copiapó, en que se sostiene que *“la validez jurídica de sus consentimientos para que no se realice un acto de esta naturaleza, supuesto un mínimo de madurez y salud mental del afectado, el que tiene veinte años de edad”*¹⁸⁷, ante el derecho preponderante que se trata de salvar, valorado

¹⁸⁷ La sentencia fue pronunciada en 1992, cuando la mayoría de edad se tenía a los veintiún años de edad, pues la ley N.º 19.221, que establece mayoría de edad a los 18 años, se publicó el 1 de Julio de 1993.

*con las normas socioculturales generalmente admitidas (...) llevan a acoger el recurso interpuesto (...)*¹⁸⁸.

En este tipo de casos, luego de afirmar que no es al menor a quien corresponde tomar esta decisión respecto de la aplicación o no del tratamiento, queda abierta la pregunta de a quién corresponde decidir. Al respecto, podemos identificar distintas alternativas, a saber, (1) Que sean los padres o el tutor del menor quienes tomen la decisión por él, en tal caso, debe tomarse en cuenta como un dato relevante el hecho de que éstos pueden o no profesar la fe del menor y, probablemente, esto será así la mayoría de las veces, en cuyo caso no parece idóneo pedirles que tomen una decisión que vulnere sus creencias, puesto que esto también iría en contravención de su derecho a la libertad religiosa; (2) otra opción es dejar al adjudicador la decisión acerca de si el menor tiene o no discernimiento para negarse a recibir un tratamiento médico y darse solución caso a caso a esta pregunta; y, (3) finalmente puede optarse por tomar una decisión por medio de reglamento o ley, en que se niegue al menor la posibilidad de optar, bajo cualquiera de las dos alternativas anteriores, por no realizarse la transfusión de sangre, y establecerse que en todos los casos en que se presenten menores de edad, debe aplicárseles este tratamiento de ser necesario.

¹⁸⁸ I. Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 3569-1992. **Luz Hidalgo, Omar con Bravo Bravo, Luzmenia**. Recurso de Protección. 24 de Marzo de 1992. Pronunciada por los ministros Juan Pedro Shertzer Díaz, Luisa López Troncoso, Jorge Pizarro Almarza, y Juan Manual Muñoz Pardo. Considerando Octavo.

3.2.- Deberes del médico tratante.

Acerca de los deberes del médico tratante, es necesario responder a una pregunta central de nuestro análisis referente a la existencia o no de un deber de preservación de la vida del paciente por parte de éste. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha dicho que “*el juramento y rol profesional del médico lo obligan a preservar la vida*”¹⁸⁹ ; “[q]ue constituye una obligación de los médicos tratantes (...) procurar por todos los medios y técnicas que integran la *lex artis médica* el mantener la vida de sus pacientes”¹⁹⁰, y que “[c]onstituye una obligación de los médicos tratantes, cuyo rol profesional los obliga a preservar la vida, el procurar por todos los medios y técnicas que integran la *lex artis médica* el mantener la vida de sus pacientes(...)”¹⁹¹. En este mismo tenor una sentencia afirmó el deber de los médicos tratantes de preservar la vida y salud del paciente, citando el Decreto Supremo N°42 de 1986, de Salud, (actualmente reemplazado por el decreto 140/2004) que contiene el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud¹⁹².

¹⁸⁹ I. Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 3569-1992. **Luz Hidalgo, Omar con Bravo Bravo, Luzmenia**. Recurso de Protección. 24 de Marzo de 1992. Pronunciada por los ministros Juan Pedro Shertzer Díaz, Luisa López Troncoso, Jorge Pizarro Almarza, y Juan Manuel Muñoz Pardo. Considerando Sexto.

¹⁹⁰ I. Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 1030-1994. **Fundación de Salud El Teniente con Jorge Reyes Muñoz y otros**. Recurso de Protección. 22 de Agosto de 1995. Pronunciada por los ministros Victor Montiglio R, Héctor Retamales R, y Gabriela Corti O. Confirmada por la Corte Suprema con fecha 2 de Octubre de 1995, Rol 32.651. Considerando Séptimo.

¹⁹¹ I. Corte de Apelaciones de Coyhaique. Rol 3716-2002. **José Francisco Redondo Caro con Domingo Carrillo Sáez**. Recurso de Protección. 8 de Octubre de 2002. Pronunciada por los ministros Alicia Araneda Espinoza, Fernando Mora Vallejos (redactor) y Pedro Leñam Licancura. Esta sentencia fue apelada, pero la sentencia de primera instancia quedó firme al declararse desierto el recurso de apelación.

¹⁹² Cfr. I. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 297-2001. **Servicio de Salud Metropolitano Sur con Clara Figueroa**. Recurso de Protección. 29 de Enero de 2001. Pronunciada por los ministros Osvaldo

En respuesta a este tipo de argumentaciones, Donoso afirma que, si bien los médicos realizan un juramento de conservación de la vida, este juramento implica una obligación ética para el médico, que no alcanza en absoluto a terceros que no han asumido esta obligación, cual sería el status del paciente.

Por otro lado, el médico no tendría una obligación de salvar la vida del paciente entendida como una obligación de fin, sino que tiene la obligación de utilizar todos los medios a su alcance para lograrlo dentro de la circunstancias del caso, y la negativa del paciente, sería un elemento constitutivo de una circunstancia que limita las posibilidades de acción del médico¹⁹³. Además de esto, Vílchez indica que es deber del médico informar acerca del tratamiento e información pertinente, y abstenerse de actuar en caso de negativa del paciente¹⁹⁴.

Afirmamos que no sería posible decir que el médico tiene el deber irrestricto de utilizar todos los medios a su alcance para preservar la vida del paciente, especialmente tomando en consideración el inciso tercero del artículo 34 del Decreto Supremo N° 140 del Ministerio de Salud, de 2004, que establece un nuevo Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, en que se indica que el médico deberá informar al paciente acerca del tratamiento y sus riesgos, de modo de permitir una decisión informada al

Faúndez Vallejos, Ricardo Gálvez Blanco, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac Soto y Humberto Espejo Zúñiga.

¹⁹³ Cfr. DONOSO, op. cit., pág. 5.

¹⁹⁴ Cfr. VÍLCHEZ, op. cit. loc. cit.

respecto. Lo más relevante es que el artículo contempla la posibilidad de negativa a la aplicación del tratamiento por parte del paciente, ante lo cual se deberá dejar constancia acerca de esta situación, pero no se establece que el médico de todas formas deberá aplicar el tratamiento, contra la voluntad del paciente.

Por tanto, creemos que resulta difícil afirmar que el deber del médico es la utilización de todos los medios posibles para alcanzar la recuperación del paciente. En cambio, sostenemos que esta afirmación debe reformularse en el sentido de que la obligación del médico implica que éste debe utilizar todos los medios posibles *y consentidos por el paciente- o en su caso, por quien lo represente- de forma informada* para alcanzar la recuperación del mismo. Esto es además contemplado en el Código de Ética profesional del Colegio Médico de Chile (A.G.) el que establece en su articulado la necesidad del consentimiento informado del paciente para la aplicación de un tratamiento¹⁹⁵.

Otro tema que podemos destacar, es que no es totalmente correcto afirmar que al realizar una operación o tratar a un paciente sin transfusiones de sangre el médico no se encuentra actuando dentro de los medios que integran las *lex artis*, y esto, principalmente, porque existen métodos alternativos a la transfusión de sangre. que se utilizan actualmente en distintos centros médicos, que realizan operaciones sin este tipo de tratamiento. Por lo demás, existen textos médicos que plantean distintas

¹⁹⁵ Ver punto 2.3.-

razones para evadir o intentar disminuir el uso de la sangre en las intervenciones quirúrgicas, no solamente por la objeción de los pacientes por razones religiosas, sino también por los riesgos que su uso implica, problemas de biodisponibilidad y una mejor comprensión de los mecanismos de compensación de la anemia¹⁹⁶. Otro autor ¹⁹⁷ cita como problemas la escasez de la sangre, riesgos de contaminación, inmunodepresión, el aumento de la viscosidad, dudas acerca de su eficacia para aportar oxígeno a los tejidos, además de la lentitud al calificar la sangre (alrededor de 45 minutos) lo cual dificulta su uso en emergencias. Estas son razones por las que ha existido un gran desarrollo de mecanismos alternativos al uso de la sangre, y por lo cual, si entendemos que lo que configura la *lex artis* en el ámbito médico es esencialmente dinámico, puesto que depende de los avances tecnológicos del momento, tendremos que concluir que las alternativas a las transfusiones de sangre se deben reconocer como parte de aquella.

Es importante, al analizar el papel del médico tratante, considerar que una de las razones por las que ellos trasladan la decisión acerca de la aplicación del tratamiento médico al paciente que se niega a recibirlo a sede jurisdiccional, radica en que podría configurarse a su respecto algún tipo de responsabilidad penal en caso de que el resultado de esta negativa sea la muerte del paciente y, a la inversa, podría haber responsabilidad penal

¹⁹⁶ Cfr. CARDEMIL, op. cit.

¹⁹⁷ Cfr. COHN, Stephen. El Uso de la Sangre en el Siglo XXI. . Revista Hospital Clínico Universidad de Chile. 11:(4) 2000 Ver en: <http://www.redclinica.cl/>

también, en caso de que se aplique el tratamiento contra la voluntad del paciente, sin autorización judicial¹⁹⁸.

Al respecto se ha sostenido que en el primer caso podría configurarse un homicidio por omisión o incluso un auxilio al suicidio, también existe un cuasidelito tipificado en el artículo 491 del Código Penal. En el segundo caso podría configurarse el delito de coacción¹⁹⁹. Así también sostiene Bascuñán²⁰⁰, quien plantea que en nuestro derecho se configuraría la falta de coacciones violentas del artículo 494 n° 16 del Código Penal²⁰¹.

El Tribunal Constitucional español falló acerca de un caso en que al paciente- Testigo de Jehová- se le sometió a transfusión de sangre contra su voluntad. A los cuatro días de practicársele la transfusión, falleció, teniendo que decidir dicha magistratura acerca del posible delito de coacción contra la libertad religiosa e imprudencia temeraria con resultado de muerte, que habría cometido, según la parte actora, el magistrado que autorizó la transfusión de sangre²⁰². En este sentido, el Tribunal sostiene que se excluye el delito de coacciones por entender que existía una autorización en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, negando también el delito culposo,

¹⁹⁸ Cfr. LLAMAZARES, op. cit., pág. 309.

¹⁹⁹ Cfr. VIAL, op. cit., pág. 72-80.

²⁰⁰ Cfr. BASCUÑAN Rodríguez, Antonio, Curso de Derecho Penal III Parte Especial. Apuntes de Clases 19 de Agosto de 2003. Universidad de Chile.

²⁰¹ Art. 494 Código Penal: Sufirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

16. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera.

²⁰² En esta investigación hemos analizado otras sentencias del mismo Tribunal que sostienen que la asistencia médica coactiva constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental a la libertad religiosa (STC 120/1990; STC 166/1996). Este hecho es previo a esa interpretación, por lo tanto se entiende que, como antecedente a la sentencia que analizamos, exista una sentencia que niega el derecho de la persona a decidir no recibir un tratamiento médico.

puesto que se observa que el magistrado habría actuado con la diligencia exigible en el cumplimiento de su deber²⁰³.

Vílchez²⁰⁴, analiza las situaciones frente a las que se puede enfrentar un médico en el caso de negativa del paciente a realizarse transfusiones de sangre. Así, considera que, en cuanto a las demandas penales que podría enfrentar, éstas son fundamentalmente de dos tipos, a saber: (1) Que se le acuse de homicidio doloso si se respeta la voluntad del paciente y éste muere; y (2) Que se le acuse de delito contra la libertad de autodeterminación²⁰⁵, en caso que el paciente se niegue a recibir la transfusión y el médico la realice en contra de su voluntad. Enfrentado a estas dos alternativas, el autor sugiere que el médico respete la voluntad del paciente, pues, si bien la primera alternativa presenta severas penas, la considera inviable jurídicamente. En cambio, la segunda alternativa, a pesar de contemplar penas más benignas, tiene fundamentos jurídicos.

Recapitulando, puede sostenerse que si consideramos la doctrina del consentimiento informado, que establece que la procedencia de la actuación del médico no se fundamenta sólo en la *lex artis*, sino también en la aceptación del paciente respecto del tratamiento que se le pretende aplicar habiéndosele informado respecto de las consecuencias, riesgos y otras características del mismo, es forzoso concluir que este tipo de consentimiento por parte del paciente excluye la responsabilidad penal del

²⁰³ Sentencia Tribunal Constitucional Español 369/1984. Aprobada el 20/6/1984. Ver en: www.boe.es

²⁰⁴ Cfr. VÍLCHEZ, op. cit. loc. cit.

²⁰⁵ El autor evita hacer referencias legales técnicas pues el artículo está dirigido a profesionales de la salud. En este punto creemos que debe referirse al delito de coacción.

médico. El papel de los tribunales radicaría en constatar que concurren los requisitos necesarios para la configuración del consentimiento informado por parte de las personas que se consideren capaces de decidir acerca de este tipo de materia, expresándose éste de modo claro y voluntario, por los medios que se establezcan para ello, como por ejemplo, mediante formularios o documentos escritos²⁰⁶ en que el paciente establezca claramente su voluntad de no recibir determinado tratamiento.

Este es el papel que cumplen en Estados Unidos las llamadas “*Advance care directives*” (Directriz anticipada de cuidados) que son definidas por la Biblioteca Nacional de Medicina de E.U. y el Instituto Nacional de Salud²⁰⁷ como instrucciones específicas, preparadas por anticipado, que tienen por objeto dirigir el cuidado médico de una persona en caso de que él o ella sea incapaz de hacerlo en el futuro. Dentro de estas directrices se encuentran por ejemplo, las llamadas DNR (*Do Not Resuscitate Order*), que son documentos en que el paciente ordena al médico a no realizar resucitación cardiopulmonar en caso de entrar en un paro cardiaco. También puede negarse la realización de transfusiones de sangre u otros tratamientos.

²⁰⁶ Esto es lo que se intenta comprobar en el caso estadounidense *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*. **497 U.S. 261** (1990), en él se niega la posibilidad de interrumpir la alimentación a una mujer en estado vegetativo persistente puesto que no se pudo establecer que ella dio su consentimiento en forma clara, por tanto, se reconoce el derecho de los estados a establecer requisitos para la expresión del consentimiento del paciente, especialmente porque el resultado de la interrupción de la alimentación es irreversible.

²⁰⁷ U.S. National Library of Medicine and National Institutes of Health. Ver en: www.nlm.nih.gov. *Advance care directive: Advanced care directives are specific instructions, prepared in advance, that are intended to direct a person's medical care if he or she becomes unable to do so in the future.*

En la práctica, pese a que en nuestro país no existe regulación alguna respecto de este tipo de documentos, los Testigos de Jehová, en su mayoría, portan consigo un documento denominado “Directriz/Exoneración Médica por Anticipado” en que se expresa que ellos profesan esa religión y que no desean que se les realice transfusiones de sangre. Este documento ha sido presentado como prueba ante tribunales cuando se ha conocido de recursos de protección en esta materia, pero su valor ha sido desestimado por ellos²⁰⁸.

Finalmente, respecto del médico tratante, puede revestir importancia la consideración de su libertad de conciencia en cuanto le permitiría excusarse de atender a un paciente Testigo de Jehová por ir en contra de sus propias creencias religiosas. Esta posibilidad no se ha explorado en nuestra jurisprudencia o doctrina, no obstante sí ha sido contemplada en el Código de Ética profesional del Colegio Médico de Chile (A.G.), que en su artículo 20 establece: *“El médico a quien se solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o de su convencimiento clínico, podrá negarse a intervenir. En estas circunstancias, procurará que otro colega continúe asistiendo al paciente, salvo que ello produjere graves e inmediatos daños para la salud del enfermo.”*²⁰⁹ De este modo, y también a la luz de nuestro ordenamiento legal, creemos que no habría inconveniente en que el médico tratante se excuse de atender a un paciente Testigo de Jehová por el hecho

²⁰⁸ I.Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 1030-1994. **Fundación de Salud El Teniente con Jorge Reyes Muñoz y otros**. Recurso de Protección. 22 de Agosto de 1995. Pronunciada por los ministros Victor Montiglio R, Héctor Retamales R, y Gabriela Corti O. Confirmada por la Corte Suprema con fecha 2 de Octubre de 1995, Rol 32.651. Considerando Segundo.

²⁰⁹ Ver en: www.colegiomedico.cl

de no querer éste realizarse transfusiones de sangre, en razón de que en su convencimiento clínico se niegue a intervenir. Así también, este precepto cubre la situación en que un médico perteneciente a esta confesión se niegue a realizar el tratamiento. Si bien tampoco esta posibilidad ha sido explorada, consideramos que –a la luz del citado texto, y de nuestro ordenamiento jurídico- en este caso habría motivo suficiente para excusarse de realizar una intervención utilizando un medio como la transfusión de sangre, que es considerada prohibida por su confesión religiosa.

3.3.- Deberes de los servicios de salud públicos y privados.

Es interesante constatar que la totalidad de los casos de negativa a recibir tratamiento médico por parte de los Testigos de Jehová que han llegado a sede jurisdiccional acontecen en servicios públicos de salud²¹⁰. Esto puede analizarse desde la perspectiva del desarrollo que tiene, en uno y otro sistema, la doctrina del consentimiento informado. Así, se ha sostenido que aún cuando esta doctrina tiene gran desarrollo en otros países, ha logrado sólo un incipiente desarrollo en nuestro país, el que ha tenido lugar principalmente en el sistema de salud privado. De modo tal que el paciente puede lograr convencer de respetar su voluntad a un comité de bioética de una clínica, pero no en el esquema del sistema público de salud, en que prima la concepción de que el médico tiene el deber de utilizar todos medios a su alcance para lograr la recuperación del paciente, y en que el temor por las posibles responsabilidades penales -y también administrativas- en que se pudiera incurrir lleva a los médicos a entablar recursos de protección, resultando muy difícil hacer valer la voluntad del paciente en sede jurisdiccional por el poco desarrollo jurídico que ha tenido en nuestro país la doctrina del consentimiento informado²¹¹.

Anteriormente comentamos la importancia del inciso tercero del artículo 34 del Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, en el sentido de que éste implica un deber para estas instituciones y sus

²¹⁰ Al respecto, ver Anexo 2.

²¹¹ Cfr. BASCUÑÁN, op. cit. loc. cit.

funcionarios de respetar la voluntad del paciente. Sin embargo, este reglamento atañe solamente a los servicios públicos de salud, de modo tal que quedan fuera los establecimientos de salud privados. A pesar de esto, como hemos dicho, en este tipo de establecimientos, se ha visto un mayor desarrollo de la doctrina del consentimiento informado. Al respecto, Llamazares²¹² se ocupa de analizar la posibilidad de reintegración de los gastos del paciente que decide recibir el tratamiento alternativo a las transfusiones de sangre, cuyo costo es bastante mayor, cuando este tratamiento se realiza en un centro privado, pues este tratamiento no se le ofrece en los servicios públicos. En España, siguiendo al autor, se ha sostenido que el derecho a la libertad religiosa implica el derecho a rechazar tratamientos médicos, pero no implica que el Estado deba financiar aquellos aspectos que no sean protegidos o fomentados en el interés general. En otras palabras, quien se niega a recibir el tratamiento debe asumir las consecuencias económicas de esta negativa. Esto concuerda además con la sentencia ese país que analizamos anteriormente²¹³.

En nuestro país no hay mayor desarrollo de este tema. Sin embargo, en la práctica el grupo religioso de los Testigos de Jehová ha desarrollado una red asistencial para los pacientes que profesan dicha religión y que necesitan recibir el tratamiento alternativo a las transfusiones de sangre. Esta red se compone de Servicios de Información sobre Hospitales, Departamentos de Información sobre Hospitales (sucursales), Comités de

²¹² Cfr. LLAMAZARES, op. cit., pág. 311-312.

²¹³ Ver 2.4.-

Enlace con los Hospitales, y Grupos de Visitas al Paciente²¹⁴, los que trabajan en conjunto con los médicos de los centros asistenciales. Además se ha creado, en algunos hospitales, servicios de atención especial para este tipo de pacientes como es el PMCSTS (Programa de Medicina y Cirugía sin Transfusión de Sangre) del Hospital Clínico de la Universidad de Chile. De este modo, ha comenzado a desarrollarse en la práctica médica una relación distinta entre los pacientes que se niegan a recibir transfusiones de sangre y los médicos que los atienden, lo que se ha desarrollado a través la red asistencial de los Testigos de Jehová, que permite establecer nexos para realizar el tratamiento alternativo a la transfusión de sangre.

²¹⁴ RETAMALES P., Avelino. Autonomía del Paciente: Ejemplo de los Testigos de Jehová. Revista Chilena de Cirugía. Vol. 55 (Nº5): 537-542, 2003. Ver en: www.cirujanosdechile.cl

3.4.- Deberes del Estado.

Respecto de los posibles deberes que puede tener el Estado en cuanto a la situación de los Testigos de Jehová, cabe preguntarse si existe un interés que le ataña al Estado en la preservación de la vida de las personas que pueda traducirse en un deber del mismo de propender la conservación de la vida y la salud de sus integrantes.

Mirado el problema desde esta perspectiva, lo que inicialmente podemos sostener, es que existe un deber del Estado de abstenerse a realizar actos u omisiones que vulneren el derecho a la vida de la persona, pues así se concluye de la lectura de las actas constitucionales analizadas en el Capítulo I²¹⁵.

Pero ¿Puede este interés del Estado, ir más allá y vulnerar la voluntad del paciente?

Hemos dicho al principio de esta memoria que los derechos fundamentales deben ponderarse armónicamente, de modo que no haya contradicción entre ellos. Así, hemos afirmado que no existe un deber de preservación de la vida que pueda colegirse del sólo establecimiento del derecho a la vida en la Carta Fundamental. Por tanto, las expresiones de voluntad de la propia persona que puedan poner en peligro su vida son válidas. Entonces es necesario concluir que justamente estas expresiones de

²¹⁵ Ver 1.1.-

voluntad son la cortapisa del deber del Estado de abstenerse de cometer acciones u omisiones que vulneren la vida de sus integrantes.

Esto es además coherente con lo que hemos dicho respecto del deber del médico frente a la negativa informada del paciente, es decir, debe abstenerse de realizar el tratamiento que no se ha aceptado. De esta forma, la labor de los médicos tratantes debe ir en concordancia con el rol del Estado respecto de este tipo de casos, pues a éste le corresponde el rol coordinador y controlador de las acciones de salud. Si pudiera entonces afirmarse que existe un deber del Estado de preservar la vida de sus integrantes, incluso contra la voluntad de éstos, no tendría cabida la doctrina del consentimiento informado en nuestro país. Sin embargo, sostenemos que la tiene, y que de acuerdo con esto, tal interés del Estado reconoce como límite la voluntad del individuo. El desarrollo de la doctrina del consentimiento informado en nuestro país, entonces, debe tener fundamento el derecho a la autodeterminación de la persona, que se deduce de las libertades que reconoce nuestra Constitución, analizadas en el apartado 2.3 y del derecho a la integridad física y síquica de la persona. Esta autodeterminación se relaciona fundamentalmente con el derecho a la libertad de conciencia, pues éste supone un ámbito amplio tanto interno como externo, teniendo el Estado respecto de este último el rol de proteger las expresiones de las propias creencias.

Respecto del derecho a la salud, el Estado, tiene una función de coordinación y control de las acciones de salud que se impartan tanto en el

sistema público como privado, rol que cumple a través de la autoridad sanitaria. Además de esto, puede sostenerse, basándonos en el artículo 19 número 9 inciso 1° de la CPR, en que se garantiza el derecho a la *protección* de la salud, en conjunto con el artículo 6° de la Carta Fundamental, que el Estado tiene un rol promotor de las acciones de salud. De este modo, debe propender a la protección de la salud de los habitantes del Estado, otorgando un sistema- mixto en nuestro país- de atención de salud, al que las personas puedan acudir, coordinar las acciones de salud y realizar una supervigilancia de los distintos establecimientos, instaurando políticas públicas tendientes a lograr el libre acceso de todos a las acciones de salud.

Sin embargo, esto no implica que el Estado pueda obligar a las personas a recibir cierto tratamiento médico en particular, puesto que, este derecho debe considerarse en coordinación y en ponderación con los demás derechos establecidos en la Constitución. Así las cosas, el derecho a la libertad de conciencia, y la libertad de cultos, según la cual las personas pueden elegir libremente su fe religiosa, manifestarla y actuar conforme a ella, implican el que Estado no puede traspasar esta esfera de resguardo en función de proteger la salud de una persona. En este punto es fundamental el hecho de que existan tratamientos médicos alternativos a la transfusión de sangre, tratamientos que si bien el Estado no necesariamente esta obligado a proveer, sí debe permitir que sean aplicados, al menos a costo del solicitante. En todo caso, de no existir estos tratamientos médicos, el deber de protección de salud del Estado en relación con los integrantes del

mismo no podría traspasar la esfera de autonomía de ellos, pues debe reconocerse la existencia de un ámbito de intangibilidad de la persona, que es susceptible de decidir qué sustancias se introducen al propio cuerpo, y qué tratamientos se aplican en el mismo.

Por último, cabe reiterar que esta negativa a recibir transfusiones de sangre se presenta en estos casos como un modo de expresión de la libertad religiosa, la que está contenida en nuestra Constitución, y respecto de la cual el Estado tiene un deber de garante que se traduce en las correspondientes autonomía e inmunidad de coacción respecto de las facultades que implica el aspecto externo de la libertad religiosa, así se establece por el legislador en el artículo 6 de la ley 19.638. Según Orrego y Saldaña²¹⁶ la libertad religiosa como inmunidad de coacción implica que la actitud del Estado frente a la libertad religiosa debe ser de respeto y promoción de la misma. Los autores defienden una posición del Estado que no se reduzca a ser neutral sino que se traduzca en una actitud positiva, es decir, debe fomentar y garantizar la inmunidad de coacción. En este sentido, reconocen al Estado una incompetencia en materias de fe pero, en cuanto el fenómeno religioso puede ser entendido como un factor social, entonces el Estado tiene la labor de regularlo jurídicamente.

Podemos, entonces, analizar el deber del Estado respecto del tema en comento desde una triple perspectiva, esto es, (1) desde el punto de vista del derecho a la vida, donde la pregunta central será ¿tiene el Estado un deber

²¹⁶ Cfr. ORREGO y SALDAÑA, op. cit., pág. 83-87.

de preservación de la vida de sus integrantes aún en contra de la voluntad de los mismos?; (2) desde el punto de vista del derecho a la salud, en que nos preguntamos ¿tiene el estado el rol de velar por la preservación de la salud de sus integrantes? O más bien ¿tiene un rol coordinador sobre las acciones de salud y en qué consiste dicho rol?; y finalmente, (3) respecto de la libertad religiosa, en que nos preguntamos ¿qué función debe tener el Estado frente al fenómeno religioso?

Por otro lado, debemos tener presente los análisis formulados más arriba en cuanto a la consideración de la autonomía del paciente como límite de la actuación médica, pero también, de la actuación del Estado en materia de salud, lo que se traducirá, en definitiva, en que el supuesto deber de preservación de la vida o de la salud de los integrantes del Estado por parte de éste, tiene como cortapisa la voluntad de los mismos, particularmente- aunque no únicamente- cuando esta voluntad se refiere a la expresión de un derecho fundamental, como es la libertad religiosa.

Esto tiene además un asidero constitucional en el artículo 1° de la Constitución, que en su inciso tercero establece “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su **mayor realización espiritual** y material posible, **con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.**”*

En este sentido, puede sostenerse, que respecto de los Testigos de Jehová, si se considera que su expresión de voluntad de no recibir transfusiones de sangre no es otra cosa que una manifestación de su derecho a actuar conforme a sus creencias religiosas, el Estado debe respetarlo, puesto que de no ser así no se estaría propendiendo a la mayor realización espiritual de este grupo religioso. Este respeto, no implicaría de modo alguno una vulneración del derecho a la vida, puesto que, como hemos afirmado, este derecho no se encuentra involucrado si consideramos la existencia de tratamientos alternativos que el Estado debería al menos tener a disposición de los pacientes que así lo requieran, toda vez que estos tratamientos no son extraños a la *lex artis* médica. Esto, además, se constata al considerar que todos los casos –sin excepción- que se han ventilado ante los tribunales de justicia en recursos de protección han sido presentados por médicos de los servicios públicos de salud. Si se afirma que es el deber del Estado preservar la salud o la vida de sus integrantes, aún contra su voluntad ¿es este deber exclusivamente aplicable en los servicios públicos de salud? ¿no debiera también ser aplicable en los servicios de salud privados? La razón por la que no se plantean estas discusiones en los servicios de salud privados, es porque simplemente en estos casos no hay una vulneración del derecho a la vida, pues en estos establecimientos se utilizan los métodos alternativos sin problemas, salvando la vida del paciente.

Desde otro punto de vista, podemos dividir los deberes o roles que competen al Estado, tomando en consideración las distintas funciones que

corresponde asumir al Estado a través los tres poderes en que éste funciona. Así, podemos sostener, en relación con lo anterior, que corresponderá al Estado Legislador formular una normativa que concrete las garantías aseguradas en la Carta Fundamental, tal sería la función de la ley 19.638. De *lege ferenda* será la misión de establecer requisitos para la expresión de voluntad de parte de las personas para negarse a recibir tratamientos médicos- no sólo transfusiones de sangre- de cualquier índole, requisitos de edad, estado mental, o también el establecimiento de la posibilidad de expresar este tipo de voluntad mediante documentos a los que se les reconozca cierta validez jurídica, fijando requisitos para que dichos documentos puedan producir efectos jurídicos.

Por otro lado, al Estado Administrador, específicamente a la autoridad sanitaria, correspondería la labor antedicha de coordinar las acciones de salud que se otorguen en el país en los distintos centros de asistencia tanto públicos como privados, de modo de asegurar la equidad en ambos sistemas, diseñando políticas públicas inclusivas que otorguen la posibilidad de tratarse con medios alternativos a la transfusión de sangre, que puedan estar al alcance económico de todos de modo de asegurar el cumplimiento efectivo de la garantía de libertad religiosa dentro del sistema de salud²¹⁷.

Por último, el Estado en su rol de adjudicador se encuentra en este tipo de casos ante un problema que no tiene una solución clara en el

²¹⁷ Ver punto 2.4 sobre Derecho a la protección de la Salud.

ordenamiento jurídico, frente a lo cual, atendiendo al principio de inexcusabilidad que le atañe, debe ponderar entre principios que se establecen en la Carta Fundamental, expresados en las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución. Esta ponderación debe realizarse, según se analizó más arriba²¹⁸, tomando en cuenta que estos principios funcionan como mandatos de optimización, en que se da consecución a éstas garantías mediante un ejercicio interpretativo que intenta darles el mayor cumplimiento posible según las circunstancias y las posibilidades fácticas y jurídicas²¹⁹ del caso que se le presenta. Así entonces, las soluciones a las que arriben los tribunales pueden ser diversas tomando en cuenta la forma en que éstos pueden ponderar los distintos principios en juego, y no sólo esto, sino que además entendiendo cuáles son aquellos principios que el tribunal considera que se encuentran involucrados en este tipo de decisión.

²¹⁸ Ver punto 2.

²¹⁹ Cfr. ALEXY, op. cit. loc. cit.

CONCLUSIONES

En el análisis de las implicancias constitucionales que conlleva la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, hemos planteado una premisa que sirve como base para nuestras proposiciones, cual es que considerar que la interpretación de las garantías fundamentales contenidas en nuestra Constitución debe realizarse teniendo como antecedente que estas garantías funcionan como mandatos de optimización, a los que se debe dar cumplimiento, no necesariamente en forma absoluta, sino por medio de un ejercicio de ponderación en que se intenta llevarlas a cabo dentro de la medida de lo posible. Con esta aseveración, pretendemos realizar un ejercicio interpretativo de nuestra Carta Fundamental, que concuerde con el espíritu de tolerancia que se planteó en el seno de la comisión constituyente durante la discusión acerca de la concesión de personalidad jurídica a las iglesias²²⁰.

Respecto del ejercicio interpretativo que realizan nuestros tribunales ante el caso de los Testigos de Jehová, hemos planteado una mirada crítica con el objetivo de demostrar que la argumentación posible en esta problemática es mucho más amplia que la utilizada actualmente. No sólo en cuanto a las garantías que se consideran involucradas –pues planteamos que existen más garantías constitucionales en conflicto de las que tradicionalmente se consideran- sino que también en cuanto a la forma de ponderarlas. Lo anterior, nos permite llegar a conclusiones a las que

²²⁰ Ver 1.2.-

nuestros tribunales, en su gran mayoría, no han arribado. De este modo, planteamos la necesidad de introducir a las consideraciones ya esgrimidas por nuestros tribunales- libertad de conciencia y derecho a la vida- algunas reflexiones igualmente respaldadas por nuestra Carta Fundamental: el derecho a la salud, que ha sido tocado tangencialmente en nuestra jurisprudencia; y el derecho a la autodeterminación, que permite replantear el sentido de los tres derechos anteriores.

Por otro lado, creemos que lo que subyace a todo el análisis efectuado es la afirmación de un principio de tolerancia que se sustenta tácitamente en nuestra Constitución: si las personas puede autodeterminarse, es evidente que, como resultado de ello, puede llegar a existir diferentes concepciones de vida. En este sentido, el hecho de que un grupo de personas sostenga creencias distintas a las de la mayoría y en el legítimo ejercicio de estas creencias afecte ciertos valores que son importantes para el resto de la población- como la vida o la salud- pone a prueba el principio de tolerancia que, creemos, está contenido en todo Estado democrático. Y esto nos hace plantearnos la pregunta acerca de la existencia de límites a este principio y - de afirmarse lo anterior- cómo se configuran estos límites, y si esta decisión de rechazar ciertos tratamientos médicos, poniendo en riesgo la propia vida o salud, debe o no ser tolerada.

Para delimitar qué es lo que entendemos por tolerancia, puede ayudarnos el pensamiento de Sartori, quien considera al respecto que *“el Estado liberal-constitucional está obligado a ser tolerante (...)la tolerancia*

*incluye la aceptación de hechos u opiniones que no respetamos*²²¹. “*La tolerancia no es indiferencia, ni presupone indiferencia (...) la tolerancia es tolerancia (como su nombre lo indica) precisamente porque no presupone una visión relativista. Quien tolera tiene creencias y principios propios, los considera verdaderos y, sin embargo, concede que los otros tengan derecho a cultivar ‘creencias equivocadas’.*”²²². Del mismo modo sostiene que “*la tolerancia no ensalza tanto al otro y a la alteridad: los acepta(...)*”²²³. Desde este punto de partida, el autor sostiene que la tolerancia no es, en ningún caso, algo ilimitado. El problema es establecer cuál es el grado de elasticidad de la tolerancia, estableciéndose tres criterios: en primer lugar, que es necesario justificar y dar razones de lo que se considera intolerable, lo cual tiene por objeto excluir el dogmatismo, que es algo que la tolerancia prohíbe. Un segundo criterio es el llamado “principio de no dañar” que implica que nadie está obligado a tolerar comportamientos que lo dañen. Y finalmente el tercer criterio es el de la reciprocidad, es decir, sólo podemos tolerar lo que, a su vez, nos tolera²²⁴. Este último punto también es sostenido por Locke, quien en su “Ensayo Sobre la Tolerancia” plantea que no debe tolerarse a los católicos puesto que si ellos estuvieran en el poder no tolerarían a los demás²²⁵. Estos tres criterios funcionan como modos de establecer el grado de elasticidad de la tolerancia, lo que implica que todo lo que se encuentre fuera de estos criterios, no debe ser tolerado.

²²¹ SARTORI, Giovanni. La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros.” Madrid, Editorial Taurus, 2001. Pág. 94

²²² Ídem, pág. 41.

²²³ Ídem, pág. 62.

²²⁴ Cfr. Ídem, pág. 42 y 43.

²²⁵ LOCKE, op. cit., pág. 46.

Con estas consideraciones, lo que hemos tratado de hacer en esta investigación, consiste en intentar reinterpretar los principios constitucionales envueltos en la problemática de los tratamientos médicos no consentidos- y particularmente el caso de los Testigos de Jehová- tomando como fondo el principio de tolerancia, entendido del modo expuesto, el que, creemos, se relaciona fuertemente con el derecho de autodeterminación, el que a su vez, permite reinterpretar las otras garantías involucradas. De esta forma, pensamos que esta decisión cumple con el criterio del “no dañar”, puesto que si existe un daño involucrado, al derecho a la vida o a la salud de la persona que toma la decisión, este daño sólo lo afectará a sí mismo, sin recaer en terceros ajenos.

Frente a esto, puede considerarse que para la colectividad la pérdida de una vida humana puede resultar un daño, aunque no sea la vida propia. Sin embargo, sostuvimos, dentro de esta investigación, que en realidad no existe un daño directo a la vida de una persona, pues el hecho de existir tratamientos alternativos que se han utilizado en varias oportunidades (se constató que existe gran número de casos en que el recurso de declara extemporáneo por no haber sido necesaria la transfusión de sangre o por haberse utilizado métodos alternativos) y respecto de los cuales, los Testigos de Jehová han desarrollado un sistema de acceso y asistencia para los pacientes que profesan esta religión.

Toda esta organización se sustenta en el hecho de que esta colectividad no tiene intenciones atentar contra su vida, sino que de preservarla, pero bajo condiciones que no vayan en perjuicio de sus creencias religiosas.

De hecho, en nuestro país no hemos encontrado casos documentados en que el paciente haya fallecido en su negativa por recibir una transfusión de sangre. Lo que está realmente en juego en estos casos el derecho a la salud y a la autodeterminación, en el sentido de que el paciente tenga la posibilidad de elegir un tratamiento adecuado y a consentir cuáles serán las sustancias que se introducirán en su cuerpo, según sus creencias religiosas o de otra índole.

Respecto del principio de reciprocidad, es bastante evidente que esto se cumple, puesto que ellos no pretenden que las demás personas también tomen esta decisión, y su pensamiento no contiene principios excluyentes de otras posiciones distintas a la que ellos sustentan.

En cuanto del primer criterio, es decir, de que deben darse buenas razones de aquello que se considera intolerable, hemos analizado las distintas argumentaciones utilizadas por la doctrina y los tribunales de justicia para negar validez a la decisión de los Testigos de Jehová de negarse a recibir transfusiones de sangre. Un primer argumento, que podría considerarse el más fuerte, es el derecho a la vida, en virtud del cual, se considera que al ser contemplado por la Constitución en su artículo 19

número 1 se excluye la posibilidad de que las personas tomen decisiones conscientes que puedan terminar con su propia vida y que, ante la supremacía de este derecho, ceden otras garantías también contempladas por el texto constitucional, como es la libertad de conciencia. En este sentido se dijo el año 1984 que tanto la vida como la integridad física son bienes indisponibles²²⁶. Frente a esto, realizamos un análisis de los diversos puntos en que se sustenta esta afirmación- aquella que se basa en el carácter de inalienable que tendría la vida, aquella que la considera como presupuesto fáctico de los otros derechos y por tanto le otorga un carácter superior, y aquella que colige la indisponibilidad de la vida de la discusión acerca de la eutanasia que tuvo en el seno de la CENC- considerando que ninguno de ellos tenía asidero en el texto constitucional. Por lo demás, creemos que existe detrás de estas argumentaciones un leve sesgo proporcionado por la larga tradición que tiene el pensamiento católico en nuestro país, lo que se refleja en el considerando 11, primera parte de la sentencia de la Corte Suprema²²⁷, que dice: *“Que, por otra parte la inviolabilidad de la vida por uno mismo, o por otra persona ,es fruto de la civilización judeocristiana, que ha inspirado toda nuestra legislación y ha sido recogida invariablemente por la Teología y el Derecho Natural, ya sea en sus corrientes tomistas o racionales.”*

Sin embargo, no podemos pretender en un Estado constitucional laico, que estas ideas sean obligatorias para otras personas que sustentan

²²⁶ E. Corte Suprema. Rol 167-84. **Fernando Rozas Vial y otros con Patricio Ponce y otros**. Apelación Recurso de Protección. 9 de Agosto de 1984. Pronunciada por el ministro Germán Valenzuela Erazo y por los abogados integrantes señores José Bernales Pereira y Cesar Parada Guzmán. Considerando décimo.

²²⁷ Idem. Considerando undécimo.

otras cosmovisiones y que hacen pleno uso de sus derechos constitucionales al momento de tomar una decisión como la analizada. Es justamente de eso de lo que nos habla el principio de tolerancia, esto es, de aceptar otras ideas distintas a las propias siempre y cuando se mantengan dentro de los márgenes de elasticidad del mismo, que como hemos visto, son lo suficientemente flexibles como para incluir las decisiones de los Testigos de Jehová relativas a las transfusiones de sangre.

Desde el punto de vista de la libertad de conciencia, analizamos los tres niveles que ésta incluye, es decir, no se agota en la libertad de sustentar ideas en el fuero interno, sino también el derecho de manifestarlas, y además- y esto es trascendental en nuestro análisis- de actuar conforme a ellas. Esto es además reconocido por nuestro texto constitucional y legal²²⁸. Sin esta facultad de actuar conforme a las propias creencias, la libertad de conciencia pierde todo sentido. Sin embargo, no consideramos que en virtud de esto se deba aceptar cualquier acto. Los mismos textos legales imponen ciertas limitaciones dadas por la moral, las buenas costumbres y el orden público que, como sabemos, son principios esencialmente cambiantes, que se van adaptando a las distintas épocas y que, sostenemos, deben ser interpretados teniendo a la vista el principio de tolerancia.

Otra de las argumentaciones sustentadas por los tribunales se relaciona con el derecho a la salud, el que se vería afectado por la negativa a

²²⁸ En la Ley 19.638 sobre Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, y además los artículos 138 y 139 del Código Penal.

realizarse transfusiones de sangre. Sin embargo, hemos afirmado que el derecho a la salud no implica para el detentador del mismo una obligación de mantenerse saludable, sino que importa un derecho, una facultad de exigir del Estado la prestación de distintas acciones para preservar su salud, agregando a lo anterior la existencia de un rol coordinador del Estado en el otorgamiento de estas prestaciones. Esta afirmación no necesariamente implica que las personas puedan ser negligentes con su salud –en todo caso tampoco afirmamos que haya un deber de mantenerse saludable, pero esto es irrelevante para la discusión. En el caso analizado, a las personas que se niegan a recibir transfusiones de sangre les interesa preservar su salud, sólo que la utilización de este medio en particular representa un atentado contra sus creencias religiosas, que ellos no pueden verse obligados a realizar. Consideramos que, no existiendo este deber de parte del individuo de someterse a tratamientos médicos indeseados, y tampoco el deber del Estado de proporcionarlos aún contra la voluntad del destinatario, la pregunta es si está o no el Estado obligado a proporcionar tratamientos alternativos a la transfusión de sangre y si éstos deben o no estar cubiertos por los sistemas de salud.

Entendemos que estas últimas interrogantes deben responderse ponderando el derecho a la salud con la libertad de conciencia, de modo tal que el Estado debiera permitir la aplicación de los métodos alternativos al menos a costa del que los solicita.

De hecho, expusimos que en una cantidad considerable de casos se aplican los métodos alternativos gracias a la red asistencial de los Testigos de Jehová que trabaja en conjunto con el centro asistencial. Sin embargo, lo óptimo será que estos tratamientos se encuentren disponibles para quien lo solicite en los servicios públicos de salud, y que además sean cubiertos por el sistema previsional, ya que sólo de esta forma puede asegurarse en la práctica la libertad de las personas para tomar este tipo de decisión.

En lo tocante a los requisitos necesarios para que el consentimiento en estos casos sea válido, consideramos que en primer lugar debe hacerse la distinción respecto de los menores de edad y las personas que tienen plena capacidad. Frente al primer caso, se pueden tomar tres alternativas, a saber, rechazar siempre la posibilidad de negarse a un tratamiento médico; realizar en cada caso exámenes de discernimiento (en esta opción, y por razones prácticas, será igualmente necesario poner una edad límite en que no se tiene discernimiento, como sucede en la responsabilidad penal); o simplemente dejar esta decisión a los guardianes legales del menor.

Respecto de aquellas personas que tienen plena capacidad, creemos que el médico debe asegurarse de que comprenda las consecuencias de su decisión y que preste un consentimiento informado. Sin embargo, siempre se presentarán casos problemáticos, por ejemplo un paciente que llega a urgencias y no tiene posibilidades de expresar su voluntad. Para estas situaciones hemos dicho que normalmente los Testigos de Jehová portan consigo documentos en que indican su decisión de no recibir transfusiones

de sangre. Sin embargo, estos documentos no tienen ningún reconocimiento oficial en Chile. En cambio, estos documentos sí tienen uso y validez legal en otros países, como Estados Unidos, en los que se usan directrices anticipadas de cuidados para establecer el deseo del paciente de que no se utilicen ciertos tratamientos o cuidados específicos, como la resucitación cardiopulmonar, o las transfusiones de sangre, entre otros. De no existir estos documentos, y encontrarse el paciente en situación de urgencia, quedaría presumir el consentimiento en la utilización de todos los medios al alcance del médico.

Creemos que para asegurar debidamente un respeto por los derechos asegurados en la Constitución, deben tomarse en cuenta ciertas consideraciones de *lege ferenda*. Si bien existe una regulación constitucional de las garantías involucradas en esta investigación, creemos que no es menos cierto que existe gran espacio para interpretaciones y aplicación de criterios diversos, los que pueden ampararse perfectamente bajo el mismo marco constitucional. Como hemos visto, existen leyes que han ayudado de algún modo a morigerar estos efectos, dando luces acerca de la interpretación que debe darse a las garantías constitucionales, tales como la Ley 19.638 que viene a complementar la libertad de conciencia en su forma de libertad de culto, o los artículos del Código Penal relacionados con esta garantía.

Lo mismo puede aseverarse respecto del nuevo Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, que puede ayudarnos a ver los límites del derecho

a la salud y también a los que debe sujetarse la praxis médica. Sin embargo, consideramos que quedan ciertos ámbitos que pueden ser objeto de mejor regulación. Al respecto resta establecer, entre otras cosas, cuáles serán los requisitos de los documentos en que los Testigos de Jehová, o cualquier persona, se rehúse a recibir tratamientos médicos, los que debieran estandarizarse con el objeto de asegurar su legitimidad. Asimismo, queda pendiente la regulación de los requisitos necesarios para prestar el consentimiento en el caso de los menores de edad, y también para los mayores de edad.

En general, podemos concluir que la regulación acerca de los tratamientos médicos no deseados es bastante pobre en nuestro país. Como vimos, nuestros tribunales han negado constantemente cabida a la posibilidad de una persona adulta de rehusar la aplicación de un tratamiento médico. Sin embargo, consideramos, teniendo como base el análisis realizado, con la base del principio de tolerancia y sosteniendo que el objeto de establecer derechos humanos no es otro que el proteger los espacios para desarrollar distintas formas de vida, que dentro de nuestra regulación positiva jurídico constitucional hay cabida para este tipo de manifestaciones de voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE Sesiones 84, 87, 89, 90, 93, 94, 130, 131, 132, 190.

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General. Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. 1998. 651p.

ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona, Editorial Gedisa. 1994. 208p.

ALVARADO Marambio, José Tomás. Derecho a la vida y libertad de conciencia. Análisis de un modelo de racionalidad práctica (Comentario de una sentencia). Revista Chilena de Derecho. 22 (1): 91-104, 1995.

BASCUÑAN Rodríguez, Antonio, Introducción a la Regulación Penal de los Atentados contra la Vida Humana. Material editado para uso exclusivo de los estudiantes del Curso de Derecho Penal III Parte Especial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Julio 2003.

BASCUÑAN Rodríguez, Antonio, Curso de Derecho Penal III Parte Especial. Apuntes de Clases 19 de Agosto de 2003. Santiago, Universidad de Chile.

BUZZETTI, Carlo, La Biblia y sus Transformaciones. Estella (Navarra), Editorial Verbo Divino. 1986. 143p.

CARDEMIL Herrera, Gonzalo. Alternativas a la Transfusión de Sangre. [En línea]

<http://www.redclinica.cl/pmcsts/portal/detalle.asp?catID=5&offset=10&articleID=5> [consulta: 9 de Febrero 2007]

CEA E. José Luis, Tratado de la Constitución de 1980, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

CEA Egaña, José Luis, Curso de Derecho Constitucional, Santiago, Chile. 1999. Tomo II.

COHN, Stephen. El Uso de la Sangre en el Siglo XXI. . Revista Hospital Clínico Universidad de Chile. 11:(4) 2000 [En Línea] <http://www.redclinica.cl/pmcsts/portal/detalle.asp?catID=5&articleID=23>

DAHL, Robert. La Poliarquía, participación y oposición. Editorial Tecnos. Madrid 1989. 228 p.

DONOSO Cavaría, Carmen. ¿Cómo nuestros tribunales han resuelto el caso del derecho a la vida y tratamientos médicos no deseados? El caso de los Testigos de Jehová. En: Foro por la no-discriminación: 9 de Septiembre 2004. Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. 13 pp.

ECHEVERRÍA Yáñez, José R. “Norma jurídica y Derecho subjetivo”. Anales de la Facultad de Derecho, Tercera Época. Vol. IV Enero a Diciembre 1957. N°6. [En línea]: <http://www.analesderecho.uchile.cl>

EVANS de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Santiago, Chile, 2004. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 380 p.

FIAMMA Olivares, Gustavo. El derecho a la vida. Antecedentes en las actas de la comisión de estudios constitucionales. Revista de Derecho Público. (27): 223-248, 1980.

FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Derecho Civil de la Persona, Del Genoma al Nacimiento. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2001. 308 p.

KELSEN, Hans. Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado. México. Editorial Porrúa S.A. 1987. 621p.

LA BIBLIA Latinoamérica. XXVIII Edición. Impreso en España, 1993. Ediciones Paulinas Verbo Divino.

LA SANTA BIBLIA Antiguo y Nuevo Testamento. Antigua versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera. Revisión de 1960. Sociedades Bíblicas Unidas. Impreso en Corea 1997.

LLAMAZARES, Dionisio. Derecho de la Libertad de Conciencia, Madrid, Editorial Civitas, 1997. Volumen 1 y 2.

LOCKE, John. Ensayo Sobre la Tolerancia. Madrid, Editorial Alianza, 1999. 59p.

ORREGO Sánchez, Cristóbal. Las reformas a los derechos asegurados por la Constitución en el siglo XXI: el caso de la libertad de conciencia. Revista de Derecho Público. (63): 307-314.

ORREGO Sánchez, Cristóbal y SALDAÑA Serrano, Javier. Principios de derecho y libertad religiosa. Revista Chilena de Derecho. 75-91.

PFEFFER Urquiaga, Emilio. Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos. Revista Chilena de Derecho. Número Especial: 225-227, 1998.

QUINTANA B. Augusto. El Estado Como Sujeto de Deberes Jurídico-Constitucionales. Revista de Derecho Público 1995 (57-58): 87-96.

QUINZIO F. Jorge, Tratado de Derecho Constitucional, Santiago, Ediciones Universidad de la República, 1993, Tomo I y II.

RETAMALES P., Avelino. Autonomía del Paciente: Ejemplo de los Testigos de Jehová. Revista Chilena de Cirugía. 55 (5): 537-542, 2003. [En línea] <www.cirujanosdechile.cl>

SARTORI, Giovanni. La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros.” Madrid, Editorial Taurus, 2001. 131p.

SHANDER, Aryeh. Bioética en el Tratamiento de Pacientes Testigos de Jehová. Revista Hospital Clínico Universidad de Chile. 11 (4) 2000. [En Línea]
<http://www.redclinica.cl/pmcsts/portal/detalle.asp?catID=5&articleID=19>

SOTO Kloss, Eduardo. Comentario al caso “Párroco San Roque (o de los ayunantes)”. Revista Chilena de Derecho. 12(1): 147-162, 1985.

MILL, John Stuart. Sobre la Libertad. Madrid, Editorial Alianza. 1984. 207p.

TESTIGOS DE JEHOVÁ: ¿Quiénes son y qué creen? Buenos Aires, Argentina. Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania. 2000.

TRADUCCIÓN DEL NUEVO MUNDO DE LAS SANTAS ESCRITURAS. Estados Unidos, Publicadores Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc. 1987.

VERDUGO, Mario, PFEFFER Emilio, NOGUEIRA Humberto, Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1999, Tomo I.

VIAL Valdivieso, Ximena. El derecho a la vida y la negativa de terapias que contemplen transfusiones sanguíneas (Testigos de Jehová). Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. 106p.

VÍLCHEZ, Esteban. Consentimiento Informado y Transfusiones de Sangre. Revista Hospital Clínico Universidad de Chile. 11 (4), 2000. [En línea] <<http://www.redclinica.cl/pmcsts/articulos/203/10Consentimientoinformado.pdf> >

TEXTOS LEGALES:

CÓDIGO DE NÜREMBERG (Tribunal Internacional de Nüremberg). Publicado el 20 de Agosto de 1947.

CÓDIGO PENAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1833.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, suscrita 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, adoptado por el Consejo de Europa en 4 de noviembre de 1950. Roma, Italia.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia. 1948.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, adoptada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LA UNESCO SOBRE GENOMA HUMANO Y DERECHOS HUMANOS. Aprobada el 11 de Noviembre de 1997.

DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA UNESCO. Aprobada el 19 de de Octubre del 2005.

DECRETO 140 del 2004 del Ministerio de Salud. Establece Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud.

DECRETO 351 del año 2000. Establece el Reglamento Sobre Asistencia Religiosa en Recintos Hospitalarios.

LEY 19.638 Establece Normas Sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO, <www.boe.es>.

COLEGIO MÉDICO DE CHILE (A.G.) <www.colegiomedico.cl>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. <www.ine.cl>.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, <www.rae.es>.

RED HOSPITAL CLINICO UNIVERSIDAD DE CHILE, <www.redclinica.cl>.

SISTEMA DE TRAMITACIÓN DE PROYECTOS DEL CONGRESO NACIONAL, <<http://sil.senado.cl>>.

SOCIEDAD DE CIRUJANOS DE CHILE, <www.cirujanosdechile.cl>.

U.S. NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE AND NACIONAL INSTITUTES OF HEALTH, <www.nlm.nih.gov>.

SITIO OFICIAL DE LA WATCH TOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY OF PENNSYLVANIA, <<http://www.watchtower.org>>.

Anexo 1

Anexo 1: Cuadro de Versículos Bíblicos.

La creencia de los Testigos de Jehová respecto de que no pueden recibir transfusiones de sangre se basa en diversos versículos bíblicos, bajo cuya interpretación se concluye que no deben comer o recibir bajo cualquier forma la sangre de los animales.

Al respecto, es relevante señalar que este grupo religioso cuenta con un texto bíblico diferente al utilizado por la Iglesia Católica y la Evangélica. La diferencia fundamental entre estos textos radica en que se trata de distintas traducciones de los textos originales. De este modo, podemos señalar que los libros del antiguo testamento se encuentran escritos originalmente en hebreo y arameo, mientras que los libros del nuevo testamento se encuentran escritos en griego²²⁹. El trabajo del traductor, entonces, toma en cuenta el público al que va dirigida la versión de la Biblia, además de un esfuerzo de fidelidad por mantener el tenor del texto original, debe entenderse esta actividad como un “*programa de reconstrucción del acontecimiento comunicativo original mediante los recursos de una nueva lengua*”²³⁰. De esta forma se entiende la existencia de distintas versiones de la Biblia, basados en los énfasis que les da cada religión. Es por esto, que la Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras, versión de la Biblia utilizada por los Testigos de Jehová, contiene énfasis distintos al resto de las versiones con que cotejamos, pues

²²⁹ Cfr. BUZZETTI, Carlo, *La Biblia y sus Transformaciones*. Estella (Navarra), Editorial Verbo Divino. 1986. 143p.

²³⁰ Cfr. BUZZETTI, op. cit., pág. 129.

en su doctrina tienen un afán de literalidad en el seguimiento de los preceptos bíblicos, además de tener una concepción distinta respecto de Jesucristo y su relación con Dios²³¹.

A continuación hacemos un cotejo entre tres versiones de la Biblia respecto de algunos versículos bíblicos utilizados por los Testigos de Jehová para justificar su negativa a recibir transfusiones de sangre. Para esta labor se ha utilizado la llamada Biblia Reina Valera (utilizada por la Iglesia Evangélica); la Biblia Latinoamericana (utilizada por la Iglesia Católica, orientada a la pastoral); y la Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras (utilizada por los Testigos de Jehová, y por la Iglesia de los Santos de los Últimos Días).

	Génesis 9:3, 4
Biblia Reina Valera	“Todo lo que se mueve y vive, os será para mantenimiento: así como las legumbres y las plantas, os lo he dado todo. Pero carne con su vida, que es su sangre, no comeréis.”
Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras	“Todo animal moviente que está vivo puede servirles de alimento. Como en el caso de la vegetación verde, de veras lo doy todo a ustedes. Sólo carne con su alma- su sangre- no deben comer.”

²³¹ Al respecto, este grupo religioso niega la existencia de la trinidad, y si bien reconocen la existencia de Jesús como hijo de Dios, no consideran que su status sea igual, pues afirman que Jesús no es Dios sino que sólo es su hijo. (N. del A.)

Biblia Latinoamericana	“Y todo lo que tiene movimiento y vida les servirá de alimento; todas esas cosas les servirán de alimento, así como las legumbres y las hierbas. Lo único que no deben comer es la carne con su alma, es decir, con su sangre.”
Levítico 7:26-27	
Biblia Reina Valera	“Además, ninguna sangre comeréis en ningún lugar en donde habitéis, ni de aves, ni de bestias. Cualquier persona que comiere de alguna sangre, la tal persona será cortada de entre su pueblo.”
Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras	“Y ustedes no deben comer ninguna sangre en ninguno de los lugares donde moren, sea la de ave o la de bestia. Cualquier alma que coma sangre alguna, esa alma tiene que ser cortada de su pueblo.”
Biblia Latinoamericana	“Tampoco comerán de alguna sangre, sea de animal, sea de ave, en los lugares en que vivirán. Toda persona que coma sangre de cualquier clase será exterminada de entre los suyos.”
Levítico 17:10,11	
Biblia Reina Valera	“Si cualquier varón de la casa de Israel, y de los extranjeros que moran entre ellos, comiere alguna sangre, yo pondré mi rostro contra la persona que comiere sangre y la cortaré de entre su pueblo. Porque la vida de la carne en la sangre está, y yo os la he dado para hacer expiación sobre el altar por vuestras almas; y la misma sangre hará expiación de la persona.”
Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras	“En cuanto a cualquier hombre de la casa de Israel o algún residente forastero que esté residiendo como forastero en medio de ustedes que coma cualquier clase de sangre, ciertamente fijaré mi rostro contra el alma que esté

	comiendo la sangre, y verdaderamente la cortaré de entre su pueblo. Porque el alma de la carne está en la sangre, y yo mismo la he puesto sobre el altar para ustedes para hacer expiación por sus almas, porque la sangre es lo que hace expiación en virtud del alma [de ella].”
Biblia Latinoamericana	“Si un hombre de Israel o de los forasteros que viven en medio de ustedes come cualquier clase de sangre, lo aborreceré y lo exterminaré. Porque la vida del ser mortal está en su sangre, y yo les di la sangre como un medio para rescatar su propia vida, cuando la ofrecen en el altar; pues la sangre ofrecida vale por la vida del que ofrece.”
Deuteronomio 12:23	
Biblia Reina Valera	“Solamente que te mantengas firme en no comer sangre; porque la sangre es la vida, y no comerás la vida juntamente con su carne.”
Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras	“Simplemente queda firmemente resuelto a no comer la sangre, porque la sangre es el alma y no debes comer el alma con la carne.”
Biblia Latinoamericana	“Cuida tan sólo de no comer la sangre, porque la sangre es la vida y no debes comer la vida con la sangre. No la comerás.”
Ezequiel 33:25	
Biblia Reina Valera	“Por tanto, diles: Así ha dicho Jehová el Señor: ¿Comeréis con sangre, y a vuestros ídolos alzaréis vuestros ojos, y derramaréis sangre, y poseeréis vosotros la tierra?”
Traducción del Nuevo Mundo de las Santas	“Por lo tanto, diles: ‘ Esto es lo que ha dicho el Señor Soberano Jehová: “Con la sangre ustedes siguen comiendo, y los ojos siguen levantando a sus ídolos estercolizos, y

Escrituras	sangre siguen derramando. Así que, ¿deberían ustedes poseer la tierra?”
Biblia Latinoamericana	“Por tanto, les dirás de parte del Señor, Yavé: Ustedes que comen sangre y levantan sus ojos a sus ídolos y derraman sangre, ¿Piensan acaso que son dueños de esta tierra?”
Hechos 15:19, 20	
Biblia Reina Valera	“Por lo cual yo juzgo que no se inquiete a los gentiles que se convierten a Dios, sino que se les escriba que se aparten de las contaminaciones de los ídolos, de fornicación, de ahogado y de sangre.”
Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras	“Por lo tanto, es mi decisión el no perturbar a los de las naciones que están volviéndose a Dios, sino escribirles que se abstengan de las cosas contaminadas por los ídolos, y de la fornicación, y de lo estrangulado, y de la sangre.”
Biblia Latinoamericana	“Por esto, yo considero que no debemos complicar la vida a las personas paganas que se conviertan a Dios. Solamente, escribirles que no coman de lo que ha sido manchado por los ídolos, que se abstengan de las relaciones sexuales prohibidas, y que no coman ni los animales sin sangrar ni la sangre.”
Hechos 15:28,29	
Biblia Reina Valera	“Porque ha parecido bien al Espíritu Santo, y a nosotros, no imponernos ninguna carga más que estas cosas necesarias: Que os abstengáis de lo sacrificado a ídolos, de sangre, de ahogado y de fornicación; de las cuales cosas si os guardareis, bien haréis. Pasadlo bien.”
Traducción del Nuevo Mundo	“Porque al espíritu santo y a nosotros mismos nos ha parecido bien no añadirles ninguna otra carga, salvo estas

de las Santas Escrituras	cosas necesarias: que sigan absteniéndose de cosas sacrificadas a ídolos, y de sangre, y de cosas estranguladas, y de fornicación. Si se guardan cuidadosamente de estas cosas, prosperarán. ¡Buena salud a ustedes!”
Biblia Latinoamericana	“Fue el parecer del Espíritu santo, y el nuestro, no imponerles ninguna carga más que estas cosas necesarias: que no coman carnes sacrificadas a los ídolos y que se abstengan de todo lo que no quieres que otros hagan con ustedes. Observen esta norma dejándose guiar por el Espíritu Santo, Adiós.”
Hechos 21:25	
Biblia Reina Valera	“Pero en cuanto a los gentiles que han creído, nosotros les hemos escrito determinando que no guarden nada de esto; solamente se abstengan de lo sacrificado a los ídolos, de sangre, de ahogado y de fornicación.”
Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras	“En cuanto a los creyentes de entre las naciones, hemos enviado [aviso], habiendo dictado nuestra decisión de que se guarden de lo sacrificado a los ídolos así como también de la sangre y de lo estrangulado y de la fornicación.”
Biblia Latinoamericana	“En cuanto a los de ente los paganos que han creído, ya les escribimos para indicarles que no están sujetos a todas estas observancias, sino que solamente se cuiden de no comer lo sacrificado a los ídolos, ni la sangre, ni los animales sin sangrar, y que se abstengan de relaciones sexuales prohibidas.”

Anexo 2

Anexo 2: Cuadro de Sentencias.

El cuadro muestra las sentencias existentes en nuestro país que versan sobre los casos de Testigos de Jehová al negarse a recibir transfusiones de sangre y una breve reseña acerca de los antecedentes del caso y la resolución adoptada por el tribunal en cada caso.

Año	Rol	Carátula	Tribunal	Reseña
1991	5844-91	S.S. Metropolitano Occidente con Ester Paiva E. (Jorge Carabantes Cárcamo)	CA Stgo.	El caso involucra al S.S. que intenta realizar la transfusión de sangre a una madre y su hijo que está por nacer, se le autoriza a realizar las medidas necesarias en caso de necesitarlas, finalmente no son utilizadas.
1992	3569-92	Omar Luz Hidalgo con Luis Muñoz Bravo	CA Copiapó	La madre es Testigo de Jehová, interna al hijo de 20 años, quien no profesa dicha religión, la Corte accede a que se haga la transfusión.
1994	1030-94	Fundación de Salud El Teniente (por Reyes Ibarra Jorge) con Jorge Reyes Muñoz y otros	CA Rancagua	Paciente, Testigo de Jehová, quien había manifestado su voluntad de no recibir transfusiones de sangre, la Corte ordena que se haga la transfusión aún contra la voluntad del paciente y su familia, la CS confirmó el fallo.

1995	20-95	S.S. Metropolitano Sur con Eulogio Quilaleo	CA San Miguel	La Corte estima que ante el conflicto entre los derechos a la vida del artículo 19n°1 y la libertad de conciencia del 19n°6 debe prevalecer el derecho a la vida.
1995	3996-95	H. San Juan de Dios con Gustavo Uribe Muñoz, Mario Lorca López	CA Stgo.	Paciente que se niega a recibir transfusión, finalmente es obligada a recibirla. Se argumenta derecho a la vida.
1996	805-96	Norberto Muñoz con Jorge Cazorla	CA Stgo.	La corte falla: "Que el recurso de protección invocado tiene por objeto amparar la vida de una persona que se encuentre perturbada o amenazada por la acción de un tercero, pero no puede perseguir el amparo ante la omisión voluntaria de aquella para conservarla, pues nadie puede forzado a defender su propio derecho"
1998	751-98	Dr. Ulises Guajardo con Yolanda Vásquez	CA Tco.	Paciente y familiares no autorizan la transfusión de sangre en una operación de neurocirugía. Doctor presenta un recurso de protección en atención a la urgencia del caso, que se concede. Finalmente el paciente se recupera sin uso de transfusión.

1998	402-98	Carlos Miranda por Ricardo Rodríguez con Director del H. de los Andes	CA Valpo.	Paciente presenta el recurso ante la amenaza del director del Hospital y el alcalde de los Andes, para que se respete su voluntad de no querer recibir transfusiones de sangre en razón de sus convicciones religiosas; el alcalde impone, a su vez el recurso, ambas causas se acumulan. La Corte no da lugar porque el paciente se trasladó a otro hospital donde lo trataron sin transfusiones, considerando que entonces había pasado la urgencia.
1999	219-99	S.S. Metropolitano Sur	CA San Miguel	Paciente con lesiones graves, el médico quiere que se haga transfusión de sangre y los hijos del paciente se oponen porque el paciente había sido durante 28 años Testigo de Jehová.
1999	12.720-99	Carlos Poblete Pavez con Ernesto Huerta R.	CA Antofagasta	Paciente Ana C., Testigo de Jehová, se encuentra en estado grave y sus familiares se niegan a que se realice el tratamiento. El médico presenta un recurso de protección, la Corte acoge el recurso, se realiza la transfusión, posteriormente la paciente muere.

2000	4293-00	Dr. Alejandro Belmar con Ruth Freire Cortés	CA Stgo.	Paciente Testigo de Jehová se niega a recibir transfusiones de sangre. El hospital busca terapias alternativas. El Dr. Belmar, presenta paralelamente el recurso de protección. La Corte no da lugar porque ya se había realizado la intervención sin transfusiones de sangre.
2000	3935-00	Director Instituto Neurocirugía con Pamela Rodríguez	CA Stgo.	Paciente en estado de coma ingresa al centro hospitalario. El cónyuge se opone a las transfusiones de sangre porque ambos son Testigos de Jehová, los médicos dicen que está grave, pero la Corte pide más antecedentes en cuanto a las terapias alternativas. Finalmente se desestima el fallo porque la paciente es dada de alta.
2001	77-01	S.S. Metropolitano Sur con Clara Figueroa por Pedro Moya	CA San Miguel	Hombre de 60 años ingresa al hospital con un diagnóstico grave. Se niega a la transfusión de sangre. El centro hospitalario presenta el recurso, finalmente el paciente se trata con formas alternativas, la Corte se pronuncia tarde.

2001	297-01	Directora de Centro hospitalario por menor	CA San Miguel	El caso involucra a un menor cuyos padres no quieren que se realice la transfusión por razones religiosas, se aduce el derecho a la vida del menor, y se acoge por la Corte.
2001	4041-01	Director S.S. Talcahuano con Mercedes Sanhueza	CA Concepción	Mujer ingresa al hospital con una mordedura de animal con complicaciones. Se niega a recibir transfusiones de sangre por ser Testigo de Jehová. Finalmente es dada de alta antes de pronunciarse la Corte sobre el recurso, por lo que el mismo se desestima.
2001	60.069-01	Director H. de Talca con Iván Ramos V.	CA Talca	Persona ingresa al centro hospitalario, los médicos quieren hacer la transfusión pero el paciente se niega, la Corte no da lugar al recurso, se respeta la voluntad del paciente.
2002	2496-02	Director H. San José con Angélica Díaz	CA Stgo	Mujer ingresa a un centro hospitalario con una anemia producto de hemorragias de una condición médica anterior. Los médicos quieren hacer transfusión pero ella no, no dice si es o no Testigo de Jehová. Finalmente se atiende por medios alternativos y la Corte desestima el recurso por

				no se necesario.
2002	39-2002	Director Hospital de Coyhaique con Domingo Carrillo	CA Coyhaique	Paciente de 77 años ingresa al hospital, se le quiere realizar una transfusión de sangre por lo que los médicos recurren de protección ante la Corte, la Corte acoge el recurso y ordena hacer las medidas necesarias incluso con auxilio de la fuerza pública. Finalmente el paciente se recupera sin uso de transfusión.
2002	3716-02		CA Coyhaique	Se acoge el recurso de protección protegiendo el derecho a la vida, cuidando de agotar los medios alternativos para proteger la libertad religiosa y dignidad de la persona.
2004	123-04		CA San Miguel.	Se rechaza el recurso, sugiriendo además que el Servicio de Salud tenga los tratamientos alternativos.
2004	2365-04		E. Corte Suprema	Revoca la sentencia anterior, acogiendo el recurso y suprimiendo la sugerencia hecha.