



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Escuela de Postgrado

¿Qué es el derecho a la vida?

La respuesta de los jueces y juristas chilenos

**Tesis conducente al grado de Magíster en Derecho con Mención
en Derecho Público**

Autor:

Sebastián Sandoval Ayala

Tutora:

Dra. Flavia Carbonell Bellolio

Cotutor:

Dr. Claudio Nash Rojas

Santiago de Chile, 2021

Tabla de contenido

I. Introducción.	p. 5
II. Algunas notas sobre el razonamiento jurídico	p. 7
II. Concepto y concepción del derecho a la vida en la literatura nacional	p. 18
1. Prioridad ontológica del derecho a la vida	p. 20
2. Prioridad normativa del derecho a la vida	p. 24
3. Un derecho que implica deberes	p. 26
III. Contenido del derecho a la vida	p. 31
IV. Rechazo a Transfusiones	p. 36
1. Jurisprudencia mayoritaria	p. 36
2. Jurisprudencia minoritaria	p. 39
3. Posible cambio de jurisprudencia	p. 42
4. Ilícitud del rechazo a tratamientos médicos	p. 47
5. Arbitrariedad del rechazo a tratamientos médicos	p. 50
6. Conclusiones	p. 51
V. Huelgas de Hambre	p. 54
1. Jurisprudencia mayoritaria	p. 54
2. Ilícitud de las huelgas de hambre	p. 57

3. Arbitrariedad de las huelgas de hambre	p. 61
3.1. Indisponibilidad del derecho a la vida	p. 63
4. Legitimación activa y deberes del Estado	p. 69
5. Licitud de la alimentación forzada	p. 75
6. Conclusiones	p. 78
VI. Medicamentos de alto costo	p. 81
1. Jurisprudencia mayoritaria	p. 81
2. Jurisprudencia anterior a 2017	p. 83
3. Jurisprudencia posterior a 2017	p. 88
4. Votos de minoría	p. 93
5. Algunos problemas no resueltos	p. 95
6. Conclusiones	p. 99
VII. Conclusiones	p. 101
VIII. Bibliografía	p. 105
IX. Anexos	
1. Jurisprudencia sobre transfusiones	p. 110
2. Jurisprudencia sobre huelgas de hambre	p. 112
3. Jurisprudencia sobre medicamentos de alto costo	p. 115

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la concepción mayoritaria acerca del contenido y características del derecho a la vida en la dogmática y en la jurisprudencia nacional. Para ello, se revisarán cuatro afirmaciones básicas sobre este derecho: (1) que se trata de un presupuesto ontológico necesario para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; (2) que, fruto de lo anterior, se trata de un bien jurídico superior, de carácter absoluto o imponderable; (3) que contempla un deber para su titular de mantener su propia vida; y (4) que se trata de un derecho indisponible, por lo que no cabe, bajo ningún motivo, su renuncia. Luego, se analizará el rol de estas afirmaciones en tres líneas jurisprudenciales: el rechazo a transfusiones de sangre, las huelgas de hambre y el acceso a medicamentos de alto costo.

Introducción

De acuerdo con diversos autores nacionales, el derecho a la vida es el derecho fundamental más importante ya que se trata de una condición indispensable para el goce y el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales¹. Esta afirmación, no exenta de polémica, es una pieza fundamental de la concepción dominante sobre el derecho a la vida en la dogmática nacional. Su efecto es bastante peculiar. Transforma al derecho a la vida en una figura *sui generis* que presenta características que lo distinguen de otros derechos fundamentales.

A partir de esta afirmación se sostiene, por ejemplo, que el derecho a la vida es *absoluto* o al menos *jerárquicamente superior* al resto de los derechos fundamentales, de forma tal que no se puede ver limitado en caso de existir un conflicto. También se acepta que este particular derecho puede implicar deberes para su propio titular. Así, algunos autores han hablado de un *deber para con la vida* según el cual es el propio titular quien está obligado a realizar una serie de conductas (como aceptar un procedimiento médico) con el objetivo de resguardar su propia vida². Del mismo modo, se acepta que se trata de un derecho *indisponible* en tanto todo acto mediante el cual se persiga la destrucción de la propia vida (como la eutanasia) sería un acto ilícito³.

Estas afirmaciones conforman una concepción sobre el derecho a la vida. Se trata de un ideario compartido (aunque no de forma unánime) sobre la manera en que se debiese entender y aplicar un derecho fundamental. Ahora bien, la sola adición de afirmaciones sobre un derecho no basta para conformar una concepción sobre el mismo. Para construir una concepción se requieren elementos adicionales que articulen estas afirmaciones de forma tal que el resultado sea percibido como un todo coherente. Llamaré a estos elementos tesis (o afirmaciones) auxiliares sobre el derecho a la vida en la medida de que permiten la articulación de las tesis primarias. Dentro de ellas, encontramos afirmaciones sobre el fundamento, la estructura y el contenido del derecho.

Obviamente, ninguna de estas afirmaciones (ni las primarias ni las auxiliares) se encuentra en el texto de la Constitución. Se trata, en cambio, de afirmaciones eminentemente políticas, valóricas o morales, que exceden el marco de la discusión meramente jurídica pero que condicionan la aplicación del derecho. Por ello, su análisis no puede reducirse al

¹ En este sentido Evans (2004), Vivanco (2006), Nogueira (2010) y Cea (2012).

² Soto Kloss (2010); Precht y Faúndez (2013).

³ Vivanco (2006), p. 301.

estudio de las fuentes formales. Es en el ejercicio dogmático y en la aplicación jurisprudencial donde podemos identificar la concepción actualmente mayoritaria.

Precisamente, el presente trabajo tiene como objetivo principal analizar y cuestionar la manera en que la concepción dominante del derecho a la vida condiciona la aplicación de este derecho en la jurisprudencia nacional. Sobre este punto, sostendré que esta concepción se conforma por cuatro ideas básicas: (1) que se trata de un presupuesto ontológico necesario para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; (2) que, fruto de lo anterior, se trata de un bien jurídico superior, de carácter absoluto o imponderable; (3) que contempla un deber para su titular de mantener su propia vida; y (4) que se trata de un derecho indisponible, por lo que no cabe, bajo ningún motivo, su renuncia. Cada una de estas ideas se encuentra presente en la manera en que las cortes de apelaciones resuelven casos sobre el derecho a la vida en, a lo menos, tres líneas jurisprudenciales distintas: el rechazo a transfusiones de sangre, las huelgas de hambre y el acceso a medicamentos de alto costo.

Para cumplir con este objetivo, dividiré este trabajo en 6 capítulos. Los primeros tres abordan cuestiones básicas sobre el razonamiento jurídico, la concepción del derecho a la vida en la literatura nacional y el contenido del derecho a la vida. Los tres restantes constituyen un análisis jurisprudencial sobre cada una de las materias señaladas. Finalizo consignando las conclusiones del trabajo y algunas tareas que creo han quedado pendientes para futuras investigaciones sobre este derecho.

I. Algunas notas sobre el razonamiento jurídico

Si el lector tiene algún grado de formación en materia constitucional, probablemente tenga la intuición de que la Constitución regula una serie de materias que no menciona de forma explícita. Así, por ejemplo, mantenemos la creencia de que asuntos tan dispares como las huelgas de hambre, el aborto, el acceso a medicamentos de alto costo o la eutanasia se encuentran, de alguna manera, regulados por la Carta Fundamental, aun si estos términos no figuran en su texto.

Incluso más, si el lector tiene una formación un poco más fina en la materia, es probable que no solo intuya que estos asuntos se encuentran regulados, sino que también entienda de qué forma lo están. Probablemente, el lector habrá leído que, en fallos recientes, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el deber del Estado de otorgar prestaciones médicas costosas a pacientes en riesgo vital⁴ o se habrá enterado de algunos casos en que tribunales nacionales han ordenado poner término a huelgas de hambre aun si ello implica la alimentación forzada de los huelguistas⁵. Asimismo, es posible que haya leído algunos textos académicos en que se critican o respaldan algunas de estas decisiones.

Compartimos esta intuición porque formamos parte de una misma cultura jurídica, en que nos topamos con operadores del derecho que, a su vez, comparten una mentalidad similar a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales⁶. Esto implica que nuestras intuiciones sobre la conformación y el funcionamiento del sistema jurídico son compartidas, aun si en ocasiones discrepamos sobre algunos aspectos específicos. Por ejemplo, creo que pocas personas discutirían que todos los casos mencionados se encuentran regulados (de alguna manera) por el artículo 19 n°1 de la Constitución⁷.

Esta situación puede resultar problemática para quienes tengan la intención de describir el Derecho en tanto no resulta del todo claro cómo, o mediante qué operaciones, logramos

⁴ Así por ejemplo en las sentencias roles n°19092-2019, 11489-2019 y 2494-2018.

⁵ Así lo ha dispuesto la Corte de Apelaciones de Punta Arenas (rol n°62-2012) y la Corte de Apelaciones de Temuco (rol n°1814-2012).

⁶ Entiendo por mentalidad una serie de prácticas, asunciones y tesis generalmente aceptadas al interior de una comunidad determinada. Según Ferrajoli (2010), la cultura jurídica se compone de tres conjuntos: un conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del derecho en una determinada época histórica; un conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el derecho propio de los operadores jurídicos; y por último el sentido común relativo al derecho y a cada institución jurídica. El concepto de mentalidad al que hago referencia podría asimilarse al segundo y tercer conjunto señalado.

⁷ Texto que, en lo que nos interesa, solo señala que “La Constitución asegura a todas las personas (...) el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”.

pasar desde un texto indeterminado a un conjunto de normas útiles para resolver uno o varios casos.

Esta es una pregunta que típicamente podemos vincular con la teoría del derecho⁸. Para responder a esta y otras interrogantes similares, la teoría del derecho nos presenta algunas herramientas conceptuales que nos permiten describir y explicar operaciones habituales que observamos en el funcionamiento de los sistemas normativos.

Una de estas herramientas, quizás de las más relevantes en los debates de los últimos años, es la distinción entre reglas y principios⁹. Se trata de una distinción dentro del mundo de las normas, según la cual no todas ellas tendrían la misma estructura, ni se aplicarían de la misma manera ni bajo los mismos presupuestos¹⁰. Por ello, si nos interesa la forma en que se aplican algunas disposiciones que usualmente asociamos a principios, debiésemos atender a algunas consecuencias de esta distinción.

Sin embargo, esta distinción es también problemática: ha sido formulada de múltiples formas distintas y no parece ser claro bajo qué criterios podemos considerar que una norma es un principio o bien que resulta ser una regla¹¹. Según un primer conjunto de criterios, podemos decir que esta distinción se ha formulado en ocasiones para hacer referencia a la particular importancia de los principios dentro de un ordenamiento jurídico. De esta forma, hablamos de principios para referirnos a normas particularmente importantes, normas fundamentales o bien de normas con un alto contenido ético-sustantivo¹².

Pero también hablamos de principios para hacer referencia a normas con una estructura lógica particular, diversa a la estructura que presentan las reglas y que demanda una aplicación distinta. Sobre este punto, se han señalado dos cosas diferentes. En primer lugar, se ha señalado que los principios son normas que contienen una dimensión de peso que permite una aplicación gradual versus las reglas que solo admitirían una aplicación del todo o nada. La dimensión de peso determinaría que al aplicar principios jurídicos debiésemos desarrollar una técnica especial denominada “ponderación”.

⁸ Utilizo esta expresión para referirme a un lenguaje eminentemente descriptivo que trata sobre otro lenguaje (el de la ciencia del derecho) que es eminentemente normativo. La teoría del derecho consiste en un metalenguaje cuya función es describir el lenguaje de quienes interpretan y aplican el derecho.

⁹ Los debates giran en torno a la manera en que Ronald Dworkin plantea la distinción en: Dworkin, Ronald (1989), pp. 61-101.

¹⁰ En la teoría de Ronald Dworkin la estructura de los principios contenía una importante diferencia estructural con las reglas denominada *dimensión de peso*, según la cual los principios podían aplicarse de forma gradual mientras que las reglas solo se podían aplicar en una relación de *todo o nada*.

¹¹ Pino, Giorgio (2013), pp. 66-98. García Amado (2012), pp. 39-86.

¹² Prieto Sanchís, Luis (2013) pp. 103-129.

En segundo lugar, otros autores, han enfatizado que los principios serían estructuralmente distintos de las reglas en tanto se trata de normas sumamente indeterminadas, con un supuesto de hecho abierto (o incluso sin supuesto de hecho) y con consecuencias normativas poco claras. Esta particular (o mayor) indeterminación implica que al aplicar principios jurídicos debemos desarrollar una técnica denominada “especificación” o “concretización”¹³.

Para los fines de la labor descriptiva que me he propuesto, me interesan aquellos criterios según los cuales existe una diferencia en la estructura lógica de ambos tipos de normas, es decir, aquellos que permiten explicar algunas diferencias en la forma en que los operadores jurídicos aplican reglas, y la forma en que los operadores jurídicos aplican principios¹⁴. En especial, me parece adecuado partir con el criterio que distingue entre reglas y principios a propósito de su diferente grado de indeterminación. Esto implica señalar, entonces, que los principios y las reglas no comparten una misma estructura lógica¹⁵.

Según este criterio, las reglas pueden reconstruirse como enunciados condicionales, que relacionan un determinado caso (o clase de casos), con una o varias consecuencias normativas¹⁶. Así, una regla podría reconstruirse bajo la estructura: *Si p, entonces q*, en donde *p* es habitualmente una conducta y *q* es una consecuencia normativa adscrita a dicha conducta. De tal forma, toda regla sería idónea para servir de premisa mayor en la confección de un silogismo judicial. El ejemplo clásico utilizado por los teóricos del derecho para enunciar esta formulación sería: *Si matas a otro, entonces debes ser sancionado a 20 años de prisión*. En este ejemplo, el antecedente (*p*) consiste en la conducta *matar a otro*, mientras que el consecuente (*q*) consiste en el deber de *sancionar a 20 años de prisión*.

La representación de las reglas como enunciados condicionales es importante porque nos permite realizar un ejercicio de subsunción, de tal forma que si se produce o configura un hecho subsumible dentro de un supuesto fáctico (*p*), entonces podríamos adscribir, a dicho

¹³ Sobre este punto es necesario destacar un hecho no menor. Si aceptamos que los principios son normas cuya única diferencia con las reglas es una mayor indeterminación, entonces parte importante de lo que diremos sobre los principios puede ser dicho también respecto de las reglas, en la medida en que estas sean también indeterminadas.

¹⁴ Pino, Giorgio (2013), pp. 82-92.

¹⁵ Martínez Zorrilla, David (2007), pp. 81-84.

¹⁶ Guarinoni, Ricardo (2011), p.216. Me refiero aquí a la estructura típica de las reglas de conducta o prescripciones que pueden reconstruirse o bien como enunciados condicionales o bien como enunciados imperativos que mandan, prohíben o permiten algo. Obviamente, no todas las normas pueden reconstruirse de esta manera. Son excepciones a esta estructura típica las normas definatorias (o reglas constitutivas) y las reglas técnicas (o directrices). Sobre este punto puede revisarse: Von Wright, Georg (1970), pp. 21-35.

suceso, las consecuencias normativas (q)¹⁷. En este sentido, ocurre que, si *Tizio mata a Cayo, entonces* (podemos concluir que) *se debe condenar a Tizio a 20 años de prisión*. Esta conclusión no es otra cosa que una operación lógica: la aplicación de la regla del *modus ponens*, que nos autoriza a inferir una prescripción particular a partir de una prescripción más general.

De esta manera, las reglas nos permiten dividir el mundo en dos: casos regulados (o subsumibles en p) y casos no regulados (o no subsumibles en p). Para saber si un caso está o no regulado bastaría con observar las propiedades relevantes de p . En el ejemplo anterior, esta propiedad está determinada por la acción de *matar a otro*.

Ahora bien, según una opinión ampliamente compartida, la estructura lógica de los principios no sería propiamente una estructura condicional o bien se trataría de una estructura condicional *debilitada*, de tal forma que los principios no serían normas idóneas para desempeñar el rol de premisa mayor en un silogismo judicial¹⁸.

En el primer caso, los principios no serían normas condicionales, sino que podrían reformularse bajo otras estructuras lógicas (no se sabe bien cuáles) o incluso más, no serían propiamente normas jurídicas¹⁹. Quienes comparten esta visión, suelen sostener que los derechos fundamentales en realidad no regulan ningún supuesto de hecho, sino que serían elementos argumentativos que nos permitirían construir (o argumentar la existencia de) normas jurídicas²⁰. Así, por ejemplo, el principio de interés superior del niño no permite, por sí solo, resolver un caso en que un padre y una madre litigan por la custodia de un menor. Pero sí podría ser un argumento utilizado para sostener la existencia de otras normas jurídicas que habilitan al juez a resolver el caso, como sería una norma según la cual se deba privilegiar al progenitor que cuente con un trabajo estable, que ha mantenido una relación afectiva directa con el menor o que no presente antecedentes de conductas potencialmente lesivas. La norma resultante sería una norma implícita en un sentido muy particular del término. No se trataría de una norma implícita en un sentido *lógico* pues no sería el resultado de operaciones deductivas realizadas a partir de normas explícitas. Se trataría, en cambio, de una norma implícita en un sentido *axiológico*, es decir, sería el resultado de valoraciones realizadas por el operador sobre el contenido del ordenamiento

¹⁷ Guastini, Riccardo (2018), p.142.

¹⁸ Zagrebelsky, Gustavo (1995), pp.110-111.

¹⁹ Laporta, Francisco (1987), p. 29

²⁰ Una reconstrucción de este argumento puede consultarse en: Celano, Bruno (2019), p. 85

jurídico a partir de premisas de diverso tipo y razonamientos no (necesariamente) deductivos.

En el segundo caso, los principios sí podrían ser reconducidos a una estructura condicional (*si p, entonces q*) pero dicha estructura estaría debilitada en alguno de sus componentes. Lo que habitualmente se acepta es que sería el antecedente (*p*) el componente que estaría debilitado, dado que se trataría de un antecedente sumamente abierto o indeterminado: no sabemos con exactitud qué casos regula y qué casos no regula un principio, pero sí sabemos de qué forma los regula (sabemos entonces *q*)²¹.

Otros autores, en cambio, sostienen que la indeterminación no solo afectaría a *p*, sino que también a *q*, de forma que existiría una estructura condicional, pero esta adolecería de una doble indeterminación: no sabemos bien qué casos regula un principio, pero tampoco sabemos de qué forma los regula. Esta postura se acerca bastante a decir que, en realidad, los principios no son normas jurídicas²². Así, por ejemplo, el principio que manda dar “protección a la familia”, contenido en el artículo 1° del texto constitucional actual, nada dice sobre qué es una familia (es decir, qué casos cabría ubicar dentro de *p*) pero tampoco dice de qué forma se debe proteger a las familias (es decir, no sabemos tampoco el contenido de *q*).

Por último, Robert Alexy ha planteado un modelo en que los principios podrían representarse al introducir un elemento modal adicional a la formulación clásica de las reglas: la optimización. Lo que se debilitaría mediante este elemento no es el antecedente de la norma (*p*) sino que su consecuente (*q*). De esta forma, la estructura de un principio podría graficarse como *si p, entonces obligatorio optimizar q*. La optimización de *q* reflejaría la máxima de Alexy según la cual los principios son normas que mandan hacer algo “en la mayor medida posible”²³.

En cualquiera de las hipótesis expuestas, los principios serían normas inidóneas para conformar un silogismo judicial y realizar una operación típica de subsunción²⁴. Si no poseemos una relación condicional, o si bien esta se encuentra debilitada, no podemos

²¹ Entre otros, esta es la posición que han sostenido Atienza y Ruiz Manero (1996) en su libro *Las piezas del derecho*.

²² O al menos no serían normas que regulan la conducta de las personas. Podría en cambio tratarse quizás de normas constitutivas que regulan (solamente) el proceso de formación de la ley, pero esta hipótesis no será analizada en este trabajo.

²³ Alexy, Robert (2016), p.17.

²⁴ Un análisis de por qué la debilitación de la estructura condicional no permite realizar una operación de subsunción puede ser consultada en Alchourrón, Carlos (1991).

realizar una deducción ni aplicar la regla del *modus ponens*. Para aplicar los principios, sería necesario entonces realizar una serie de operaciones previas que no implican únicamente operaciones lógicas ni tampoco únicamente operaciones interpretativas. El objetivo de estas operaciones es lograr asimilar los principios a la estructura condicional de las reglas disminuyendo su ámbito de indeterminación (en alguno de sus componentes) de tal forma que sea posible una operación de subsunción.

Lamentablemente, tampoco existe claridad sobre cuál (o cuáles) serían estas operaciones previas que nos permiten asimilar la estructura de los principios (sea cual sea) a la estructura de las reglas. Una de las reconstrucciones que parecen gozar de mejor salud en la teoría del derecho ha sido propuesta por Riccardo Guastini, según la cual es posible reconocer a lo menos cuatro (conjuntos de) operaciones que intervienen al aplicar principios constitucionales: (1.) la identificación de una norma como un principio (y no como una regla); (2.) la interpretación del principio; (3.) su ponderación con otros principios que (suponemos) regulan el mismo caso; y (4.) su especificación o concretización²⁵. Serían estas operaciones las que nos permitirían pasar desde un enunciado sumamente indeterminado a un conjunto de normas específicas, reconducibles a una estructura condicional y aplicables mediante un ejercicio de subsunción. A continuación, me centraré en las dos operaciones que, me parece, resultan ser más problemáticas respecto de los principios: la ponderación y la especificación.

Para algunos autores, los principios serían aplicados mediante la técnica de ponderación, técnica que podemos reconstruir (al menos en parte) como la confección de un enunciado de preferencia: “El principio P1 tiene más peso (es decir, más valor) que el principio P2 en el contexto X”. Para Guastini, se trata de una jerarquía axiológica móvil, una relación en que sostenemos la aplicabilidad de un principio por sobre otro cuando nos encontramos con propiedades relevantes que justifican esta diferencia²⁶. Estas propiedades dependen de un determinado contexto (X), por lo que nada obsta a que, en otro contexto, la relación de preferencia entre los mismos principios sea diferente.

Para poder realizar un ejercicio de ponderación debemos cumplir con al menos tres presupuestos: (1.) deben existir dos principios que (suponemos) regulan una misma situación; (2.) estos principios deben regular la situación de forma incompatible, de tal

²⁵ Guastini, Riccardo (2018), pp. 139-158.

²⁶ Esta jerarquía es axiológica en tanto resulta ser fruto de valoraciones del operador jurídico sobre el contenido del sistema jurídico. Se distingue, entonces, de las jerarquías normativas que dependen de la estructura de las fuentes del derecho.

manera que se ha de configurar una antinomia; y (3.) debemos asumir que la ponderación es la forma correcta para resolver dicho conflicto. Si descartamos cualquiera de estos presupuestos, la ponderación simplemente no puede tener lugar. Por ello, la ponderación no es una operación necesaria en la aplicación de principios, sino que es fundamentalmente el resultado de decisiones argumentativas del operador jurídico.

La reconstrucción anterior deja en claro que la ponderación no resuelve ningún problema relativo a la indeterminación de un principio. El enunciado de preferencia (resultado de una operación de ponderación) solo nos permite resolver un problema relativo a la aplicabilidad entre dos normas incompatibles, es decir, se trata de un criterio de resolución de antinomias alternativo a los tres criterios tradicionales (cronología, especialidad y jerarquía)²⁷. Pero nada dice que posibilite un ejercicio de subsunción a partir del cual podamos justificar una decisión judicial.

Esta constatación permite sostener que los principios no se aplican mediante ponderación, sino que de todas formas requieren de un ejercicio de subsunción. Si esto es así, entonces nuestra duda permanece: ¿qué operaciones son aquellas que nos permiten disminuir la indeterminación del principio hasta asimilarlo a la estructura lógica de las reglas?

Para responder a la pregunta anterior es necesario observar otra operación, mucho menos tratada en nuestro contexto jurídico, mediante la cual se aplican principios (y otras normas indeterminadas): la especificación o concretización.

La especificación es, en realidad, un conjunto de operaciones diversas en cuanto a su contenido, útiles para sostener la existencia de normas implícitas a partir de principios (sean implícitos o explícitos) y otros enunciados²⁸. Estas operaciones son aquellas que típicamente componen lo que se ha denominado “creación normativa”: la creación de lagunas, la creación de antinomias, la creación de normas implícitas (útiles para colmar lagunas) y la creación de jerarquías axiológicas (útiles para solucionar antinomias).

Para poder aplicar un principio, necesitamos extraer de este principio normas más precisas, más concretas, que puedan representarse bajo una estructura condicional. Así, si queremos aplicar el derecho a la vida a una de esas situaciones que (suponemos) regula, por ejemplo,

²⁷ Chiassoni, Pierluigi (2011), p. 326.

²⁸ A diferencia de la ponderación, la especificación no es propiamente una elección del operador jurídico. Siempre que éste decida aplicar un principio (o cualquier norma particularmente indeterminada) necesitará especificar hasta el punto en que sea posible una subsunción. Lo que sí puede ocurrir, es que los operadores especifiquen de forma implícita, es decir, que no exterioricen las premisas o fundamentos que están utilizando en la construcción normativa.

las huelgas de hambre, necesitamos concretizar el principio de tal forma que logre decir algo sobre las huelgas de hambre. El derecho a la vida, en este sentido, no nos sirve, por sí solo, para resolver un caso de este tipo, pero puede resultar útil para fundamentar la existencia de otras normas (implícitas, en alguno de los sentidos del término) que resuelvan el caso que (nuevamente, suponemos) debemos resolver. Ilustraré esta situación a partir de un ejemplo.

Supongamos que se ha producido una huelga de hambre al interior de un recinto penitenciario en que algunos de los reclusos manifiestan su disconformidad con reglas procesales que han derivado en su condena. A medida que pasan los días, su estado de salud se deteriora hasta el punto en que su vida corre peligro. La situación motiva que el director del recinto interponga una acción de protección en favor de los reclusos reclamando que estos han incurrido en un acto arbitrario e ilegal que pone en riesgo su legítimo ejercicio del derecho a la vida. Usted es el juez y debe dar respuesta a la acción de protección.

Ante un suceso de este tipo, tiene múltiples opciones. La primera de ellas consiste en señalar que la Constitución no ha regulado las huelgas de hambre de tal forma que este no es un caso jurídicamente relevante. De una lectura literal, usted señala que el término “huelga de hambre” no se encuentra en ninguna parte ni tampoco figura entre las discusiones de la Comisión redactora. Su conclusión es que se trata de un hecho que carece de relevancia jurídica.

Otra opción distinta es señalar que, pese a que el término “huelga de hambre” no figura en la Constitución, esta conducta de todas formas está regulada dado que se trata de un escenario en donde la vida humana es puesta en riesgo. Usted sostiene en esta hipótesis que el derecho a la vida regula todo tipo de afectaciones a la vida humana o, a lo menos, todas las afectaciones que son producto de una conducta atribuible a una persona. De esta forma, logra señalar que las huelgas de hambre se encuentran reguladas.

Supongamos que se escoge la segunda opción, de tal forma que, en nuestra reconstrucción, “todo caso en que se afecte la vida humana por parte de una persona” es un caso regulado por el texto constitucional. Queda todavía por responder de qué forma se regulan estos casos. Pues bien, usted utiliza un criterio teleológico y llega a la conclusión de que el fin del derecho a la vida es proteger la vida humana y, por tanto, toda afectación es ilegítima y debería ser evitada. Se acerca entonces a una norma más completa.

Sostiene, en este punto, que la vida humana es indisponible, y que por tanto ni siquiera los actos de un titular son tolerados por el Derecho si con ello pone en riesgo su propia vida.

Sin embargo, se enfrenta a la siguiente dificultad. Resulta que los reos en huelga de hambre han argumentado que están de acuerdo en que, mediante su conducta, se afecta la vida humana, pero sostienen que esta afectación estaría amparada por su derecho a la autonomía. En efecto, ellos reclaman que su huelga de hambre es un comportamiento legítimo porque se trata de una medida de presión para lograr un fin que estiman valioso. Si se asume que los reos están en lo cierto, entonces el caso no solo estaría regulado por un principio, sino que por dos principios que conducen a soluciones contrapuestas: la autonomía y el derecho a la vida.

Ante este nuevo problema podemos plantear algunas opciones. La primera de ellas es sostener que el fin de los derechos fundamentales es proteger la autonomía de las personas, de tal forma que un acto libre y autónomo no puede considerarse como ilegítimo. Asimismo, la colisión entre algún derecho fundamental y la autonomía personal daría siempre como resultado una norma favorable a la autonomía. En este caso, su solución a la antinomia sería la construcción de una jerarquía (no móvil, sino que estática) en favor de la autonomía.

Otra opción, diametralmente opuesta, es sostener que el derecho a la vida es, en realidad, superior a todos los demás derechos fundamentales (incluso a la autonomía personal) porque sin vida resulta imposible ejercer cualquier otra prerrogativa. Según esto, todo acto contrario a la vida humana sería ilícito: no tendría sentido hablar de autonomía sin vida humana, por tanto, ante este conflicto, debemos privilegiar el derecho a la vida. Nuevamente, su solución sería la construcción de una jerarquía (estática) en favor, en este caso, del derecho a la vida.

Una tercera opción, es estimar que ambos principios tienen una jerarquía similar. Ambos se encuentran protegidos por el texto constitucional y, por tanto, ambos debiesen ser protegidos bajo determinadas condiciones. Esta opción implica o bien construir alguna especie de norma conciliadora (suponiendo que esto es posible) o bien realizar un ejercicio de ponderación en que sostenemos que, ante este tipo de problemas, se debe preferir uno de los principios por sobre el otro. En este caso, su solución implica la construcción de una jerarquía móvil (no estática) en favor de uno de los dos principios en colisión.

Supongamos que elige la segunda opción: usted ha leído diferentes textos doctrinarios que señalan que la vida humana es imponderable porque es un bien absoluto, jerárquicamente superior y, entonces, no puede ceder ante la autonomía personal. Siendo este el caso, podemos resolver nuestro problema inicial: sabemos que el derecho a la vida regula las huelgas de hambre, sabemos que las regula prohibiéndolas o declarándolas ilícitas y sabemos que, en caso de conflicto con otros principios, el derecho debe prevalecer porque la vida es superior a otros bienes jurídicos.

En la aplicación de este principio, usted acaba de tomar una serie de decisiones y realizar una serie de operaciones que constituyen una clara labor de especificación. Ha confeccionado una norma específica para resolver el “Caso” de las huelgas de hambre, a partir del derecho a la vida.

Para ello, ha recurrido a algunos enunciados que no están presentes en el texto constitucional. Ha sostenido (I.) que el derecho a la vida regula todos los casos en que personas afecten la vida humana, (II.) ha sostenido que el derecho a la vida tiene por finalidad cautelar la vida de las personas, (III.) ha sostenido que toda afectación contra la vida humana es ilegítima y (IV.) ha sostenido que este derecho prima por sobre el resto de los derechos fundamentales. Todos los enunciados que usted ha utilizado son, en realidad, tesis dogmáticas. Enunciados de diverso tipo (descriptivos y normativos) generados por tribunales y profesores de derecho en virtud de los cuales podemos llegar a especificar una norma que, en principio, resulta ser demasiado indeterminada.

Mi objetivo a lo largo de este trabajo será analizar la jurisprudencia del derecho a la vida para identificar y cuestionar algunas de estas afirmaciones. Para ello, mi primer paso será explorar los principales trabajos dogmáticos relativos al derecho a la vida de tal forma que pueda identificar un conjunto de tesis recurrentes. En este punto, le mostraré al lector cuatro tesis relevantes para solucionar, pero también para configurar, casos sobre el derecho a la vida: (1) que se trata de un presupuesto ontológico necesario para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; (2) que, fruto de lo anterior, se trata de un bien jurídico superior, de carácter absoluto o imponderable; (3) que contempla un deber para su titular de mantener su propia vida; y (4) que se trata de un derecho indisponible, por lo que no cabe, bajo ningún motivo, su renuncia.

Luego, pasaré a un examen jurisprudencial de tres tipos de casos relativos al derecho a la vida: las huelgas de hambre, los medicamentos de alto costo y las transfusiones

sanguíneas. En cada una de estas líneas intentaré mostrar cómo se efectúa la labor de especificación y en qué medida se utilizan las tesis dogmáticas identificadas en un primer momento. Este es también un ejercicio crítico. Intentaré demostrar de qué forma (1.) las tesis habitualmente utilizadas por los tribunales se basan en confusiones dogmáticas importantes, y (2.) que las soluciones a las que arriban los tribunales de justicia resultan pobremente justificadas.

II. Concepto y concepción del derecho a la vida en la literatura nacional

La Constitución regula una serie de materias atribuyendo a determinados sujetos un conjunto de prerrogativas a las que habitualmente nos referimos con el nombre de “derechos fundamentales”. De entre esos derechos, uno de los que ha suscitado mayor interés por parte de la doctrina es el derecho a la vida, identificado en múltiples reconstrucciones como *el derecho fundamental más importante*. Ahora bien, si nos preguntamos sobre el contenido, la estructura o el fundamento de este derecho, lo cierto es que el texto constitucional no dice demasiado. En este sentido, podemos decir que la Constitución simplemente ha enunciado un concepto.

A nivel teórico, resulta conveniente distinguir entre un concepto (como igualdad, dignidad, vida o familia) y una concepción (como la concepción liberal de la igualdad o la concepción tradicional de la familia). El concepto de un derecho se refiere a su significado teórico y general mientras que la concepción se refiere a su implementación práctica²⁹, a la forma en que dicho concepto puede ser utilizado para formular y solucionar problemas específicos.

En este sentido, todo derecho fundamental puede considerarse como un concepto esencialmente controvertido en tanto su especificación depende de múltiples decisiones morales, políticas o valóricas, que exceden el marco de la discusión meramente jurídica³⁰. Estas decisiones configuran una concepción del derecho. Un ideario compartido (habitualmente por la dogmática y la jurisprudencia, aunque no siempre de forma unánime) que nos permite sostener una hipótesis (generalmente aceptada) sobre qué casos están regulados y de qué forma lo están. Sin la toma de estas decisiones, es decir, sin este ideario, el derecho simplemente no puede ser aplicado. En este sentido, es posible afirmar que la especificación de un derecho fundamental requiere siempre de la existencia de una concepción, ya sea explícita o implícita.

Las concepciones sobre un derecho fundamental pueden estar más o menos ligadas a las disposiciones constitucionales que lo regulan. En ocasiones, las constituciones adoptan una posición política o valórica sobre un derecho fundamental especificando parte de su contenido. Sin embargo, también puede ocurrir (y a menudo ocurre) que las disposiciones enuncien solo un concepto, una idea general y abstracta que evoca una intuición sobre algunas materias que parecen vincularse con el enunciado.

²⁹ Pérez Luño, Antonio (1987), p. 47.

³⁰ En este sentido, Waldron, Jeremy (2018), p. 76; Schauer, Frederick (2016), p.45, entre otros.

Este diseño constitucional posee tanto ventajas como desventajas. Según una opinión ampliamente compartida, las constituciones que solo enuncian conceptos serían compatibles con distintas corrientes morales y políticas, de forma tal que son menos susceptibles de ser totalizadas por una única visión del derecho³¹. Se trataría, en este sentido, de constituciones idóneas para regular asuntos morales o valóricos controvertidos en el marco de sociedades pluralistas. Asimismo, se señala que se trata de constituciones más flexibles, en el sentido de que su contenido puede variar en la medida de que varíen las circunstancias sociales, permitiendo una necesaria adecuación a las expectativas de la sociedad. En este sentido, serían constituciones más duraderas.

La desventaja es que propician una serie de preguntas que no podrán responderse desarrollando operaciones meramente interpretativas. Ello otorga un amplio poder al juez constitucional para especificar el derecho y formular su propia concepción mediante operaciones creadoras con un alto componente axiológico. Sobre este punto, Ronald Dworkin ha señalado algo que me parece oportuno recordar: cuando se enuncia un concepto se plantea un problema; cuando se formula una concepción se intenta resolverlo³². Siguiendo esta idea, podemos decir que una constitución con muchos conceptos y pocas concepciones es una constitución que plantea muchos problemas pero que resuelve muy pocos.

Llegados a este punto, podemos preguntar válidamente cuál es la concepción vigente en nuestra dogmática y jurisprudencia sobre el derecho a la vida, es decir, cuál o cuáles son estas afirmaciones que utilizan los jueces para responder a las preguntas que plantea (que se relacionan con) este derecho.

A partir de un estudio de la dogmática nacional, creo posible sostener que existen (a lo menos) cuatro afirmaciones recurrentes sobre el derecho a la vida: (1.) que se trata de un presupuesto ontológico para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; (2.) que, fruto de lo anterior, se trata de un bien jurídico superior, de carácter absoluto o imponderable; (3.) que este derecho impone a su titular un deber de mantener su propia vida; y (4.) que es un derecho indisponible por lo que no cabe, bajo ningún motivo o circunstancia, su renuncia. Estas cuatro afirmaciones representan, *grosso modo*, un *ideario* compartido sobre la forma en que se debiese entender y aplicar este derecho.

³¹ Sobre la relación entre indeterminación y pluralismo, puede consultarse Zagrebelsky, Gustavo (1995).

³² Citado en: Pérez Luño, Antonio (1987), p. 47

Por cierto, todas estas afirmaciones pueden ser cuestionadas. Las afirmaciones (1.) y (2.) mantienen un defecto lógico en que se confunde un plano descriptivo (u ontológico) con un plano normativo (o deontológico), resultando en un inadecuado planteamiento sobre la relación entre el derecho a la vida y el resto de los derechos fundamentales. Por su parte, las afirmaciones (3.) y (4.) parecen implicar una confusión entre posiciones jurídicas correlativas, un derecho y un deber, de tal forma que se configura el particular escenario en que un derecho fundamental obliga a su titular a un determinado comportamiento.

Como veremos a lo largo de este trabajo, estas cuatro afirmaciones sobre el derecho a la vida condicionan la forma en que la jurisprudencia ha resuelto los casos típicamente vinculados con este derecho. En este capítulo, mostraré cuál es el fundamento que la dogmática ha proporcionado para cada afirmación y cuáles son las principales críticas que han recibido. Posteriormente, argumentaré que tales afirmaciones juegan un rol preponderante en la jurisprudencia ligada a las transfusiones sanguíneas (capítulo IV), huelgas de hambre (capítulo V) y acceso a medicamentos de alto costo (capítulo VI).

1. Primera afirmación: la prioridad ontológica de la vida

Partamos señalando que, dentro de la dogmática nacional, no es extraño encontrar referencias a la afirmación sobre la especial naturaleza del derecho a la vida. La dogmática entiende que no se trata de un derecho como cualquier otro, sino que es el derecho fundamental más importante. Como lo expone Soto Kloss; “(...) de entre esos derechos fundamentales que posee el hombre en tanto individuo o sustancia singular de la especie humana, y que es persona, se encuentra precisamente el primero, y básico y fundamental, el derecho a la vida.”³³. La principal razón de esta especial importancia radica en que opera como condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En este sentido, José Luis Cea ha sostenido que “es el derecho más importante, porque es el supuesto, la base y la finalidad de todos los demás atributos del ser humano, sin excepción”³⁴. Más enfática aún ha sido Ángela Vivanco quien ha caracterizado este derecho como un “derecho germen” del cual surgen todos los restantes derechos:

“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona son los derechos fundamentales por excelencia, los primeros y más trascendentes para el ser humano, porque importan una base de protección que el ordenamiento jurídico

³³ Soto, Eduardo (2010) p. 631.

³⁴ Cea, José Luis (1980) p.95.

brinda al individuo y que posibilita el ejercicio de todas las demás prerrogativas. Lo anterior obliga a tener presente que no se trata de uno más de los tantos derechos que encontramos en diversas declaraciones, cartas y listados, sino que constituyen una suerte de derecho germen, inicio de todos los demás y, por ello, especialmente relevante y esencial. En efecto, la vida tiene la particularidad de ser no solo un atributo del ser humano, sino que confundirse con el mismo, por lo que resulta ser integrante del sujeto de derecho, a partir del cual se generan las restantes prerrogativas jurídicas con las que este se coronará”³⁵.

Esta afirmación sobre el derecho a la vida no es única de la dogmática nacional, sino que ha sido además desarrollada por la jurisprudencia tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que:

“Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”³⁶.

En un sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sostuvo, en el caso *niños de la calle*³⁷, que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido”. Este derecho gozaría, entonces, de un estatus diferente al del resto y su valor es tanto mayor que su afectación daña al resto de los derechos fundamentales. Nuestro Tribunal Constitucional ha seguido una tesis similar (aunque no de manera uniforme) al señalar, en el caso *Píldora del día después*, que “el derecho a la vida es, sin duda, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales”³⁸.

Esta especial naturaleza del derecho a la vida se basa, en realidad, en una importante confusión entre lo que es un derecho, en tanto posición jurídica que implica un deber correlativo, con lo que es un hecho, en tanto realidad fenomenológica³⁹. La vida biológicamente considerada es un hecho y su devenir es un presupuesto de la titularidad y

³⁵ Vivanco, Ángela (2006), p. 262

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985, consideración número 3.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Villagrán Morales y otros vs Guatemala* (1991), núm. 144.

³⁸ Tribunal Constitucional Chileno, rol 740-07, considerando 55.

³⁹ Kaufmann, Rodrigo y Vivaldi, Lieta (2020), p. 64.

el ejercicio de cualquier derecho fundamental (incluido el derecho a la vida). Cuando hablamos de los hechos, afirmamos o negamos algo sobre la realidad (*physis*) mediante enunciados que pertenecen al discurso descriptivo, tales como “*Tizio está vivo*” o “*Cayo ha muerto*”.

Por otro lado, habitualmente entendemos que un derecho consiste en una posición jurídica según la cual podemos exigir de otro una determinada conducta⁴⁰. Todo derecho, en este sentido, puede definirse en relación con la conducta de otro, es decir, implicando la existencia de un deber correlativo. Cuando hablamos de derechos y deberes, no afirmamos algo sobre la realidad, sino que señalamos lo que debiese ocurrir (*nomos*) para entender que la norma se encuentra satisfecha. Así, la afirmación ontológica sobre el derecho a la vida depende de una fusión entre *physis* y *nomos*, entre el plano descriptivo y el plano normativo.

Desde la perspectiva que defiendo, esto es un error. Si aceptamos que todo derecho puede definirse en relación con la conducta de otro, y que el derecho a la vida es efectivamente un derecho, entonces no puede ser reconstruido como un requisito o presupuesto ontológico para el ejercicio de ningún otro derecho fundamental. El lenguaje de los derechos pertenece al lenguaje normativo y no al lenguaje descriptivo, de tal forma que los derechos no forman parte de una realidad empírica.

Adicionalmente, existen buenas razones para distinguir la vida del derecho a la vida⁴¹. Una de las más importantes es que no toda afectación a la vida en tanto sustento biológico constituye necesariamente una afectación al derecho a la vida, en tanto posición jurídica. El caso más claro es el de una enfermedad grave o terminal que puede afectar la vida humana pero no genera ningún quebrantamiento del derecho. Lo mismo acontece con un conjunto importante de conductas del titular que no generan ninguna reacción del ordenamiento jurídico, como por ejemplo el suicidio.

Una segunda razón para distinguir es que no resulta ser unánime que el interés protegido por el derecho a la vida sea necesariamente la vida biológica. En este sentido, es posible encontrar autores que han planteado concepciones del derecho a la vida que responden a consideraciones *biográficas* o *artificiales*. Un claro ejemplo es la posición sostenida por Albert Calsamiglia. A juicio de este autor, “Tenemos que decidir si cuando hablamos del

⁴⁰ Esta es la reconstrucción típica de derecho subjetivo. Una reconstrucción de esta puede ser consultada en Hohfeld (1968).

⁴¹ Figueroa, Rodolfo (2008), p. 264.

valor de la vida nos referimos solo a un hecho natural biológico o bien a algo más que depende de nosotros, de nuestra voluntad, y que podemos denominar artificial”⁴². Según esta línea de pensamiento, cuando hablamos del derecho a la vida no nos referimos solo a la mantención de nuestras funciones vitales o biológicas, sino que también a la posibilidad de desarrollar un plan de vida o, en los términos de Ronald Dworkin, una “narrativa vital”⁴³. Se configura, entonces, una concepción según la cual tenemos un derecho a hacer la vida, a desarrollar el plan de vida que estimemos adecuado a nuestros valores, gustos, intereses y principios. Para estas posturas, una afectación al derecho a la vida podría llegar a producirse sin siquiera afectar la vida como realidad biológica. Así ocurriría, por ejemplo, cuando una persona es privada arbitrariamente de su derecho a desarrollar un legítimo plan de vida.

De esta forma, podemos decir al menos dos cosas. Primero, que no siempre una afectación a la vida biológica constituye una afectación al derecho a la vida. Segundo, que no siempre una afectación al derecho a la vida necesariamente se produce por una afectación de la vida biológica. Un ejemplo bastante comentado de este segundo tipo se dio a propósito del caso *Gómez Noa*, que trataba sobre la situación de un menor que había manifestado su intención, aprobada por su madre, de no someterse a más sesiones de quimioterapia. En el proceso, un asunto discutido fue si el derecho a la vida (en tanto subsistencia biológica) podía o no ser disponible de tal forma que fuese puesto en riesgo al abandonar un tratamiento médico necesario. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Valdivia sostuvo:

“Que, sin embargo, como el difícil y delicado caso del menor Gómez Noa lo pone particularmente de relieve, el derecho a la vida no puede entenderse pura y simplemente como la mera continuación de las funciones biológicas. En este sentido, se ha sostenido que “el derecho a la vida no se limita al derecho a conservar la vida biológica, sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de esos valores, a vivir la vida escogida, e incluso, el derecho a morir por esos valores, derecho del que es titular cada persona. Así, el derecho a la vida, además de abarcar el derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho a hacer la vida”⁴⁴

⁴² Calsamiglia, Albert (1993), pp. 337-358.

⁴³ Dworkin, Ronald (1994), pp. 233-284.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 103-2009.

Ahora bien, aun si distinguimos entre la vida y el derecho a la vida, surgen dudas sobre el valor que podemos dar a la vida humana y si existen o no razones para considerar que este derecho resulta superior al resto de los derechos fundamentales. Nótese que, hasta aquí, el razonamiento de la dogmática tradicional se compone de afirmaciones ontológicas que vinculan un hecho (estar vivo) con los requisitos para el ejercicio de los derechos fundamentales. Para cuestionar este razonamiento basta con señalar aquí la clásica “Ley de Hume”. Según esta regla de la lógica, no se pueden inferir válidamente conclusiones normativas de premisas exclusivamente descriptivas, ni conclusiones descriptivas a partir de premisas puramente normativas⁴⁵. Para que el argumento de la dogmática nacional sea válido, requiere ser complementado por alguna premisa normativa. A falta de esta premisa, el razonamiento debe considerarse inválido. A fin de cuentas, la jerarquía superior de una norma no puede provenir únicamente de ser un requisito para otra cosa⁴⁶. La pregunta es entonces si existen estas buenas razones para considerar que el derecho a la vida es superior al resto de los derechos fundamentales.

2. Segunda afirmación: la prioridad normativa del derecho a la vida

A partir de la afirmación anterior, parece ser un lugar común en la doctrina que el derecho a la vida es el derecho más importante de todos los derechos fundamentales. Sin embargo, no resulta del todo claro a qué nos referimos con ello. De esta afirmación podrían resultar a lo menos dos tesis que generan consecuencias diferentes. Una primera alternativa, que parece ser la vigente en nuestra cultura jurídica, es que el derecho a la vida es “imponderable” en tanto su importancia es tal que no puede ser derrotado por ningún otro derecho en ninguna circunstancia. En este sentido se ha predicado que el derecho a la vida es absoluto⁴⁷.

A modo de recordatorio, ya dijimos que la ponderación es una técnica argumentativa que nos permite sostener que, bajo determinadas circunstancias, la aplicación de un principio debe ser preferida respecto de la aplicación de otro. Este ejercicio tiene al menos tres presupuestos: (1.) deben existir dos principios que regulan un mismo caso, (2.) estos principios deben atribuirle al caso consecuencias normativas incompatibles (por ejemplo, si uno prohíbe lo que el otro permite) y (3.) no debe ser posible (o al menos no se considera

⁴⁵ Guastini, Riccardo (2011), p. 227.

⁴⁶ Ruiz Miguel, Alfonso (2010), p. 29

⁴⁷ Bascuñán, Antonio (2009), p.10. Esta posición ha sido cuestionada constantemente porque no logra explicar de forma satisfactoria la permisión de conductas que afectan el derecho a la vida tales como la pena de muerte y la legítima defensa.

conveniente) aplicar ningún criterio de resolución de controversias (jerarquía, cronología ni especialidad). Según esta reconstrucción, cuando se señala que un principio es, por su importancia, imponderable lo que se quiere decir es que no se debe ponderar porque el presupuesto (3.) no se cumple, en tanto se sostiene que uno de los principios es jerárquicamente superior al otro.

En el caso del derecho a la vida, este no se cumpliría dada la posibilidad de aplicar el criterio jerárquico: según la mayor jerarquía de este derecho, debiese preferirse en su aplicación respecto de cualquier otro derecho fundamental. Ahora bien, esta relación de jerarquía es parcialmente diferente de la relación jerárquica normativa que proviene de la estructura de las fuentes del derecho⁴⁸. Se trata, en cambio, de una jerarquía axiológica y estática. Es axiológica porque depende de un ejercicio valorativo del intérprete: que el derecho a la vida *vale más* que el resto de los derechos fundamentales. Es estática porque no está sujeta a modificaciones ante un determinado cambio de escenario o contexto: el derecho a la vida *siempre vale más* que el resto de los derechos fundamentales.

Una segunda alternativa, más moderada que la primera, implica únicamente sostener que el derecho a la vida tiene un “peso abstracto mayor”⁴⁹ que el resto de los derechos fundamentales, de tal forma que, en caso de un conflicto, tendría una tendencia a triunfar, aunque podría ser derrotable bajo ciertas circunstancias. La consecuencia aquí es que podemos efectivamente ponderar, pero con la clara expectativa de que, salvo casos muy específicos, el derecho a la vida triunfaría. Existen muy pocos ejemplos de este tipo en la jurisprudencia y en la dogmática relativa al derecho a la vida⁵⁰.

En cualquiera de estas dos posibilidades esta tesis estructural requiere sostener que la vida es, por alguna razón, un derecho más importante que el resto de los derechos fundamentales. Como vimos, es posible cuestionar la razón típicamente esbozada por la dogmática sobre este punto de tal forma que esta segunda afirmación recae sobre una justificación insuficiente. En capítulos siguientes volveremos sobre esta insuficiencia a propósito de las respuestas elaboradas por la jurisprudencia. Pero adelanto la siguiente conclusión: no existe, en la dogmática nacional ni en la jurisprudencia, una justificación adecuada para sostener el valor superior del derecho a la vida.

⁴⁸ El uso del criterio de jerarquía normativa se produce cuando dos normas en conflicto provienen de fuentes del derecho con una jerarquía diferente. Por ejemplo, si una norma legal contraviene una norma constitucional.

⁴⁹ En este sentido, Bernal Pulido, Carlos (2015), p.429.

⁵⁰ En la dogmática, han defendido una postura similar Faúndez y Díaz (2014) a propósito de las huelgas de hambre.

3. Tercera y cuarta afirmación: un derecho que implica deberes

Las dos últimas afirmaciones pueden resultar algo paradójicas. Al estudiar el derecho a la vida es habitual encontrar referencias a que este derecho exige, de su propio titular, el desarrollo de una o varias conductas necesarias para permanecer con vida. Se ha hablado en este sentido de que existe un “deber para con la vida” que algunos autores han calificado como “fundamental” y “absoluto”.

Precht y Faúndez han pretendido fundar este deber de conservación como parte del derecho a la vida, en respuesta a la sociedad individualista, por un lado, pero también como elemento “vivificante del derecho”, pues este “deber moral” de conservar la vida, permite orientar la libertad de cada individuo. Así, indican que “en relación al derecho a la vida, desde una óptica libertaria y solidaria, (...) “yo tengo derecho a la vida y a la expansión de mi libertad, pero tengo un deber para con la vida porque la expansión de nuestras libertades es una tarea común y la libertad del otro y su expansión está indisolublemente unida a mi propio destino y a mi propia contribución”⁵¹.

Por su parte, José Joaquín Ugarte pretende que es posible fundar este deber en la existencia de un determinado derecho natural: “El derecho a la vida, el cual se refiere como es obvio a la vida corporal, consiste en el derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás hombres, o si se quiere, es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto. El derecho en referencia es un derecho natural de todo hombre, que tiene él por el solo hecho de ser persona, y se basa en la inclinación natural también, propia de todos los entes, a permanecer en el ser, la cual proyectada al campo moral, constituye el deber de vivir y de cumplir el destino que Dios nos da, en orden a nuestro último fin”⁵². En un sentido similar se pronuncia, sobre el suicidio, Eduardo Soto Kloss cuando sostiene que esta conducta es “una violación del deber fundamental de respetar la propia vida y un atentado grave a la conservación de esa vida, que es un derecho que emana de la propia naturaleza humana y que se impone a todos los demás, incluso, ya en su perspectiva de deber, a la persona misma de que se trata (...)”⁵³.

En un sentido similar, se argumenta la existencia de un principio implícito en nuestra Constitución según el cual la vida humana constituye un bien jurídico *indisponible*. Se habla del principio de indisponibilidad de la vida humana para hacer referencia a una prohibición

⁵¹ Precht, Jorge y Faundes, Jorge (2013), p. 340.

⁵² Ugarte, José (2006), p.514.

⁵³ Soto, Eduardo (2010), p. 632.

(absoluta o relativa) de realizar actos que tengan como objetivo destruir la vida humana, incluyendo actos autónomos del propio titular del derecho como sería la práctica de una eutanasia o de un auxilio al suicidio⁵⁴.

Sobre este punto es conveniente formular una distinción previa. Parece ser claro que todo derecho fundamental es indisponible en tanto no podemos enajenarlo ni destruirlo. El ejemplo típico a este respecto sería la nulidad absoluta de un contrato mediante el cual renunciamos a alguno de nuestros derechos fundamentales. Si este fuera el caso, no existe mayor problema en afirmar que el derecho a la vida y todos los restantes derechos fundamentales son indisponibles. Un sujeto no puede hacer variar su condición de titular de tales derechos. Pero cuando hablamos de la indisponibilidad de la vida humana, parece que no hablamos de este tipo de disponibilidad. A lo que parece referirse la dogmática y la jurisprudencia es que estamos obligados a ejercer nuestro derecho a tal punto que, si no lo hacemos, otro puede ejercerlo a nuestro nombre y aun en contra de nuestra voluntad.

La jurisprudencia de la acción de protección evidencia este punto. Al respecto, es habitual que los tribunales adjudiquen a un órgano o autoridad la potestad para accionar contra el titular del derecho que ha puesto en riesgo su vida (biológica) mediante una conducta completamente voluntaria. En este trabajo, analizaremos detalladamente este punto a propósito de la situación de los Testigos de Jehová que rechazan tratamientos médicos por razones religiosas (capítulo IV), y de los huelguistas de hambre, que rechazan ingerir alimentos por razones políticas (capítulo V). En ambos casos, la tendencia mayoritaria es sostener que la vida es un bien jurídico indisponible o irrenunciable⁵⁵.

Diversos autores nacionales han manifestado que aquí subyace un grave error conceptual respecto de la *estructura* y el *fundamento* de los derechos fundamentales. Después de todo, parece ser bastante extraño hablar de que nuestros derechos puedan obligarnos a ciertas formas de comportamiento.

Respecto de su estructura, Hugo Tórtora ha sostenido que “no se puede perder de vista que los derechos humanos son derechos subjetivos, y no deberes, por mucho que indirectamente traigan aparejadas obligaciones recíprocas de respeto u otro tipo de carga asociada. Lo que se protege constitucionalmente es el derecho, y no un valor diferente”⁵⁶. En este sentido, cuando hablamos de un derecho subjetivo nos referimos a una expectativa

⁵⁴ Vivanco, Ángela (2006), pp. 301-304.

⁵⁵ Realizaré un análisis más detallado de estos términos en los capítulos señalados.

⁵⁶ Tórtora, Hugo (2011), p. 143

(amparada por una norma) de que otro se comporte de una forma específica en nuestro favor⁵⁷. Según esta formulación, un derecho es una posición jurídica correlativa a un deber en el sentido de que, si una norma establece un derecho para un sujeto *A*, esa norma establece necesariamente un deber correlativo para un sujeto *B*. Así, todo derecho implica que otro sujeto, distinto de su titular, tiene una obligación de realizar una conducta (activa u omisiva) en favor del primero. Si aceptamos que los derechos fundamentales son derechos subjetivos entonces estamos sosteniendo que se trata de relaciones entre sujetos. Sostener que un derecho obliga a su titular sería contradictorio pues implicaría negar la existencia de dicha relación designando a un mismo sujeto como titular y destinatario del derecho. Asimismo, implicaría sostener que un derecho es lo mismo que un deber, confundiendo dos posiciones jurídicas diferentes.

Ahora bien, ciertamente podemos decir que los derechos fundamentales no son (únicamente) derechos subjetivos, sino que figuras algo más complejas. Por ejemplo, cuando hablamos del derecho a la vida no solo hacemos referencia a que otro tiene un deber de no-matarnos. También consideramos que un órgano específico (el Tribunal Constitucional) tiene competencia para invalidar leyes que vulneren el derecho a la vida de las personas. Y que otros órganos (las Cortes de Apelaciones) tienen competencia para disponer diversas medidas para cautelar el derecho a la vida.

Fruto de esta complejidad, se ha señalado que los derechos fundamentales se pueden reconstruir de mejor manera (a nivel explicativo) no solo como derechos subjetivos sino más bien como un conjunto de diversas posiciones jurídicas. De forma que cuando hablamos de un *derecho* no solo hablamos de *derechos subjetivos en sentido estricto* (correlativos a deberes) sino también de *libertades, competencias e inmunidades*, que conforman lo que se ha denominado posiciones jurídicas moleculares⁵⁸. Cada una de estas posiciones implica la existencia de posiciones correlativas tales como *deberes, no derechos, incompetencias y sujeciones*. Estas múltiples posiciones reflejan la complejidad estructural de los derechos fundamentales, pero solo las cuatro primeras podrían reconducirse al campo semántico del término *derecho*⁵⁹. Así, aun si aceptamos que un

⁵⁷ Según la reconstrucción propuesta por Hohfeld (1968), el concepto de derecho subjetivo es un concepto ambiguo en tanto se utiliza para hablar de cuatro situaciones jurídicas diversas. Cada una de estas posiciones trae aparejada una relación de implicancia: derecho/deber; privilegio/no derecho; potestad/sujeción; incompetencia/inmunidad. En este sentido, cuando Tórtora utiliza la expresión "derecho subjetivo" se refiere a la primera posición (pretensión) que tiene como correlato un deber.

⁵⁸ Cada posición molecular estaría compuesta de múltiples posiciones jurídicas *atómicas* o individuales articuladas entre sí por un interés jurídico protegido. En este sentido Pino, Giorgio (2013), pp. 38-42.

⁵⁹ Pino, Giorgio (2013), pp. 38-42.

derecho es algo más complejo que un derecho subjetivo en sentido estricto, no podemos decir con propiedad que un derecho obliga a su titular sin negar su propia estructura.

Respecto de su fundamento, Pablo Marshall ha señalado que los derechos fundamentales no pueden llegar a obligar a su titular al desarrollo de ninguna conducta, de tal forma que “es una contradicción en los términos hablar de derechos que auto obligan, en la medida de que los derechos son portadores de libertad y no de obligaciones o prohibiciones para su titular. El objeto de los derechos es la libertad de acción, proveída de maneras diversas (positivas o negativas)”⁶⁰. Según esta formulación, todo derecho se fundamenta en la autonomía o libertad de la persona, de tal forma que los derechos, por definición, implican la posibilidad de que su titular decida sobre su *ejercicio*⁶¹. Un derecho no podría, entonces, forzar a su titular a comportarse de determinada forma porque ello implica negar su autonomía, sustrayendo decisiones valiosas desde el ámbito personal. Un derecho que nos obligase a una conducta sería un derecho que no aumenta, sino que restringe, nuestra libertad.

La idea central de este argumento puede ser rastreada hasta la teoría de los derechos subjetivos propuesta por H.L.A Hart, quien en su momento sostuvo que todo derecho podía explicarse como el reconocimiento o respeto por una elección individual⁶². Según esta aproximación, los derechos nos transforman en *pequeños soberanos* que reinan sobre algunas de sus relaciones jurídicas. Negar la posibilidad de renunciar al ejercicio de los derechos implicaría negar el fundamento mismo de todo derecho: el desarrollo de la autonomía personal mediante la protección de las elecciones individuales. En esta teoría, un derecho que limite la libertad de su titular sería, entonces, una contradicción en los términos.

Esto nos lleva al siguiente escenario. Para sostener que un derecho fundamental (como el derecho a la vida) obliga a su titular, es necesario formular dos tesis alternativas sobre la estructura y el fundamento de los derechos fundamentales. Primero, tendríamos que aceptar que los derechos fundamentales no son derechos subjetivos (ni en sentido estricto ni en sentido amplio), de tal forma que no exista contradicción en sostener que un derecho obliga a su titular. Segundo, debiésemos afirmar que los derechos fundamentales no se fundamentan (necesariamente) en la autonomía o la libertad de la persona, sino que en la

⁶⁰ Marshall, Pablo (2005), p. 206.

⁶¹ Una argumentación en favor de la distinción entre titularidad y ejercicio puede ser consultada en Aldunate, Eduardo (2008), p. 161.

⁶² Celano, Bruno (2019), p. 67.

protección de diversos intereses jurídicos que no necesariamente coinciden con las elecciones del titular.

Creo que formular un argumento de este tipo es completamente viable. Me parece que existen buenas razones tanto para sostener que los derechos fundamentales no son derechos subjetivos, como para sostener que no todos los derechos se fundamentan en la autonomía de su titular (principalmente porque existen titulares de derecho que carecen de autonomía, como los infantes)⁶³. Con todo, no he encontrado en la literatura nacional trabajos que desarrollen esta línea argumental, razón por la cual creo posible sostener que la dogmática carece de argumentos para sostener que el derecho a la vida obliga a su titular al desarrollo de determinadas conductas⁶⁴. En su estado actual, se trata de una tesis carente de fundamento.

⁶³ Una reconstrucción de esta posibilidad puede consultarse en: Celano, Bruno (2019), pp. 21-110.

⁶⁴ Un análisis más profundo sobre este punto escapa al objetivo que me he propuesto en este capítulo: reconstruir el derecho a la vida en la literatura nacional. No pretendo completar aquellas parcelas de razonamiento que no se encuentren plenamente desarrolladas por sus propios defensores.

III. Contenido del derecho a la vida

La concepción de un derecho fundamental determina cuál será su contenido. Dependiendo de la aceptación de algunas de las tesis que hemos revisado en el capítulo anterior, es posible entender que el derecho a la vida puede significar una u otra cosa. Varios autores han intentado intervenir en esta discusión mediante dos operaciones. Primero, mediante la presentación de un listado de significados posibles del derecho a la vida, lo que habitualmente se denomina “interpretación cognitiva” (o científica). Segundo, mediante la defensa de una de ellas como el significado correcto del derecho, lo que habitualmente se denomina “interpretación decisoria”.

Una primera propuesta relevante fue formulada, a propósito de la discusión del aborto, por Judith Jarvis Thomson, quien identificó tres posturas diferentes respecto al contenido del derecho a la vida: (1.) el derecho a que no se nos mate, (2.) el derecho a que no se nos mate arbitrariamente y (3.) el derecho que tenemos a recibir lo mínimamente necesario para sobrevivir en lo inmediato⁶⁵. A partir de esta reconstrucción, la autora realizó un ejercicio crítico respecto de dos de estas posturas. La postura (1.) no sería sostenible en tanto existen instituciones habitualmente aceptadas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos que permiten, bajo ciertas circunstancias, matar a otro. Este sería el caso de la legítima defensa y la pena de muerte, razón por la cual una prohibición absoluta de matar a otro sería inconveniente por ser discordante con el contenido (usualmente aceptado) de nuestros ordenamientos jurídicos.

La postura (3.) tampoco sería sostenible porque las personas pueden requerir diversos elementos materiales para mantenerse con vida, pero la sola existencia de esta necesidad no parece justificar un derecho a que otro nos provea de dichos elementos. Por cierto, una persona puede requerir alimentos, medicamentos, techo y abrigo para lograr sobrevivir, pero ello no implica que otro sujeto esté obligado a satisfacer su demanda entregando comida o propiciando un albergue. Esta postura es inconveniente porque parece exigir demasiado a los destinatarios (a los sujetos obligados por) del derecho a la vida.

De esta forma, el derecho a la vida debiese entenderse de manera adecuada a partir de la postura según la cual (2.) se tiene derecho a que otro no nos mate de forma arbitraria. Se trata de la única postura que nos permite explicar que, bajo ciertas circunstancias,

⁶⁵ Thomson, Judith (1971), pp. 47-66.

tengamos permitido matar a otro sin infringir su derecho a la vida, así como limitar el contenido y alcance de las obligaciones entre ciudadanos.

En el ámbito nacional, Rodolfo Figueroa ha identificado cinco posturas defendidas en la literatura sobre el derecho a la vida. A las tres primeras ya identificadas por Thomson agrega dos concepciones adicionales: (4.) el derecho que tenemos a permanecer con vida y (5.) el derecho que tenemos a una vida digna⁶⁶. Figueroa reitera las críticas a las posturas (1.) y (3.) señaladas por Thomson y critica también estas dos posturas adicionales.

Sobre la postura (4.) señala que incurre en un error en tanto identifica toda muerte de un individuo con la vulneración a un derecho fundamental. Efectivamente, todas las personas morimos y esta muerte puede explicarse a partir de muchos fenómenos que poco y nada tienen que ver con la conducta del destinatario: una enfermedad, accidentes, conductas del mismo titular, entre otras. Por ello, la postura señalada no permite diferenciar entre vulneraciones al derecho a la vida y la mera afectación de la vida humana en tanto fenómeno biológico, incurriendo en la confusión a la que ya nos referimos. Otro argumento contra esta postura es que no ha sido defendida para casos generales sobre el derecho a la vida, sino que únicamente respecto del aborto, lo que genera dudas sobre si realmente se trata de una concepción sobre el derecho a la vida o solo un argumento contra la muerte del embrión.

La postura (5.) es también criticada por Figueroa en tanto no parece ser clara. El concepto de vida “buena o digna” varía dependiendo de lo que considere cada titular y por tanto no nos permite delimitar el marco de aplicación del derecho. Se trata, en suma, de una concepción demasiado difusa. Sobre este punto, creo que Figueroa no aporta suficientes argumentos que nos permitan descartar la figura de la “vida digna”. Efectivamente, se trata de un concepto indeterminado, pero ello no quiere decir que no pueda ser precisado y que no se hayan realizado intentos fructíferos para lograr esta especificación.

En uno de estos intentos, la Corte Constitucional Colombiana identificó tres posibles significados para el concepto de dignidad⁶⁷: (a.) la dignidad material, como un conjunto de condiciones prestacionales mínimas con que debe contar un ser humano; (b.) la dignidad como autonomía, como un conjunto de decisiones relevantes que corresponden al individuo; y (c.) la dignidad como prohibición de tratos inhumanos, degradantes o vejatorios.

⁶⁶ Figueroa, Rodolfo (2008), pp. 261-300.

⁶⁷ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-291/16.

De esta forma, es perfectamente posible especificar este concepto (como cualquier otro concepto indeterminado) en alguno (o varios) de estos posibles significados. Considero que no existen mayores diferencias entre el concepto de vida digna y cualquier otro concepto jurídico indeterminado como para que el argumento ofrecido por Figueroa sea suficiente para descartar esta posición.

De esta forma, el autor opta, al igual que Thomson, por entender que el derecho a la vida constituye un derecho a que no se nos mate arbitrariamente, aunque acepta que este concepto debe ser complementado por deberes adicionales provenientes del DIDH.

Por último, es posible identificar una postura adicional (6.) según la cual el derecho a la vida consistiría en el derecho a *hacer la vida*, a desarrollar un cierto proyecto *biográfico*, según el cual toda persona podría decidir de qué manera vivir. En nuestro contexto, Gonzalo Figueroa ha defendido esta postura sosteniendo que el derecho a la vida incluye, junto con la protección de la vida biológica, “*el derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de tales valores, a vivir la vida escogida e, incluso, al derecho a morir por esos valores*”⁶⁸. Tal concepción del derecho a la vida coincide con la concepción *artificialista* planteada por Calsamiglia y con el derecho a una *narrativa vital* propuesto por Dworkin. En todos estos conceptos, el interés jurídico protegido por el derecho a la vida no sería (solo) la vida biológica, sino que (también) la vida como el desarrollo de los intereses, gustos, principios y valores de una persona articulados entre sí en torno a un *proyecto autónomo*.

En este tipo de planteamiento, podemos destacar dos grandes notas distintivas. Primero, que el término “vida” es interpretado de una forma parcialmente diferente, distanciándose de su entendimiento meramente biológico. La vida deja de ser la continuación de las funciones necesarias para el funcionamiento del organismo para abarcar una serie de decisiones individuales relevantes (por ejemplo, la decisión de cuándo morir). Segundo, que en este sentido la vida no puede considerarse como la mera negación de la muerte. Por esta razón podría darse el caso de que el hecho de morir, incluso cuando es producto de una conducta realizada por otra persona, no generase una afectación del bien tutelado por el derecho a la vida (este podría ser el caso de una eutanasia).

Ahora bien, comparar estas posturas resulta problemático. Nótese que estas concepciones adolecen de distintos grados de indeterminación. Las posturas (1.) y (2.) parecen ser

⁶⁸ Figueroa, Gonzalo (2009), p. 210.

bastante claras: para que el destinatario cumpla con la norma, debe abstenerse de matar a otro o de matarlo arbitrariamente. Se asemejan entonces a la estructura de las reglas más que a la estructura de los principios. Las posturas restantes, en cambio, resultan mucho menos nítidas. No parece ser claro a qué estaría obligado el destinatario del derecho cuando sostenemos que el titular tiene derecho a determinados medios materiales, a una vida digna, a permanecer con vida o a desarrollar un proyecto biográfico. Se asemejan entonces a la estructura de un principio más que a la estructura de las reglas. Ello genera el efecto de que, en realidad, las posturas no dialogan entre sí salvo por la postura (1.) y (2.) que resultan ser incompatibles.

Fuera de estas dos concepciones, las restantes no parecen ser, *a priori*, incompatibles entre sí. Podríamos, por ejemplo y sin torcer demasiado las palabras, sostener que el derecho a vivir dignamente implica que se me otorguen aquellos medicamentos necesarios para garantizar mi subsistencia y que no me puedo procurar por condiciones económicas. O podríamos argumentar que el derecho a obtener aquello necesario para sobrevivir en lo inmediato es una consecuencia del derecho que tenemos a permanecer con vida.

La discusión entre las posturas (1.) y (2.) es sumamente relevante pues refleja el debate entre un derecho absoluto y un derecho que admite limitaciones. Como hemos visto, en el ideario nacional parece claro que el derecho a la vida no admite limitaciones, que resulta ser imponderable. Ello se combina además con la idea de que este derecho impone deberes (positivos y negativos) contra su propio titular, de forma tal que el derecho no solo es absoluto respecto de los derechos de otros sujetos, sino que también respecto de nosotros mismos. En la jurisprudencia, esto ha generado una limitación (absoluta) a los derechos de personas que mediante su conducta ponen en peligro su propia vida, como es el caso de los huelguistas de hambre o de los Testigos de Jehová.

La postura (3.) sobre el derecho a recibir lo mínimamente necesario no parece ser enunciada de forma explícita ni en la dogmática ni en la jurisprudencia nacional. Sin embargo, de forma implícita parece ser el caso de la jurisprudencia referida al acceso a medicamentos y procedimientos médicos. En estos casos, la jurisprudencia ha aceptado que existe un derecho a obtener estas prestaciones cuando existe evidencia médica que respalda su efectividad y cuando se encuentra en riesgo la vida del paciente. Como veremos, en este tipo de casos la idea de que el derecho a la vida es absoluto se combina con la idea de que el derecho a la vida tiene un contenido prestacional directamente reclamable ante los tribunales de justicia.

La postura (4.) no aparece citada de forma explícita ni tampoco de forma implícita, probablemente porque su uso es enunciado únicamente respecto de la discusión sobre el aborto, una discusión que no se ha llevado a cabo a partir de la acción de protección en años recientes.

Por su parte, las posturas (5.) y (6.) son enunciadas por tribunales que discrepan de la jurisprudencia mayoritaria en los casos de huelgas de hambre y de transfusiones sanguíneas. La idea que subyace a esta práctica es que el derecho a la vida no solo protege la vida biológica, sino también la vida en un sentido biográfico, de forma tal que una persona puede poner en riesgo su vida de forma legítima y amparada por un derecho fundamental cuando se encuentra en determinadas circunstancias. Con todo, se trata, como veremos, de casos minoritarios cuya ocurrencia es sumamente esporádica.

De esta forma, podemos plantear la siguiente hipótesis descriptiva de la dogmática nacional mayoritaria: el ideario del derecho a la vida genera un derecho con un contenido complejo, que impone deberes tanto al destinatario como al mismo titular. A su vez, este contenido se estima absoluto, de forma tal que los casos en que se limita el derecho a la vida (ya sea mediante ponderación o mediante una técnica interpretativa) son sumamente escasos, posicionándose como un derecho jerárquicamente superior al resto. En capítulos siguientes, intentaré determinar qué tanta influencia tiene esta concepción en la jurisprudencia nacional.

IV. Rechazo a transfusiones

1. Jurisprudencia mayoritaria

La primera línea jurisprudencial analizada se refiere a la posibilidad de que un paciente en riesgo vital rechace un tratamiento o procedimiento médico que se estima necesario para mantenerlo con vida. El caso más recurrente en la jurisprudencia nacional es el de personas que pertenecen a la iglesia de los “Testigos de Jehová”, quienes han rechazado constantemente recibir transfusiones sanguíneas argumentando que este procedimiento se opone a su libertad de conciencia y a su libertad de culto, ambos garantizados en el artículo 19 n°6 de la Constitución⁶⁹. Ante la negativa, los directores de recintos hospitalarios han solicitado a los tribunales de justicia, mediante acciones de protección, que se permita realizar el tratamiento aun contra la voluntad del paciente⁷⁰.

Según diversos estudios sobre la materia, la tendencia mayoritaria en la jurisprudencia nacional indica que los tribunales han resuelto estos conflictos sosteniendo que el derecho a la vida debe primar sobre las consideraciones religiosas dado que se trata de un derecho absoluto e indisponible⁷¹. Como hemos visto, se emplea el término absoluto para sostener que se trata de un derecho imponderable. En este sentido, el derecho a la vida no puede ser derrotado por las libertades religiosas del paciente en caso de conflicto. En cuanto a su indisponibilidad, se sostiene que los actos mediante los cuales se pretende destruir la propia vida son ilegítimos (ilegales o arbitrarios), de manera que no se puede aceptar el rechazo a un tratamiento médico cuando una consecuencia probable de este rechazo es la muerte de una persona.

Para confeccionar este capítulo se analizaron 26 sentencias dictadas por tribunales nacionales entre 2007 y 2020. De ellas, 22 corresponden a Cortes de Apelaciones y 4 a la Corte Suprema. En todas ellas, se pretendía forzar a un paciente a recibir una transfusión sanguínea necesaria para mantenerlo con vida en lo inmediato⁷². En 13 de ellas, se sostiene

⁶⁹ Como señala Tórtora (2011) el rechazo de estos pacientes a recibir transfusiones sanguíneas se debe a que consideran que la sangre es más que solo un fluido biológico complejo e interpretan algunos pasajes bíblicos como una clara señal de que su consumo estaría prohibido (pp.151-152).

⁷⁰ De las 26 sentencias analizadas para confeccionar este capítulo, en 25 oportunidades la acción de protección fue presentada en representación del recinto médico y solo en una ocasión se presentó por parte del paciente solicitando que se le practicara un tratamiento que no implicara una transfusión (Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 862-2019).

⁷¹ En este sentido Nogueira, Humberto (2006), Tórtora, Hugo (2011) y Figueroa, Rodolfo (2018).

⁷² Para obtener estas sentencias se consultaron las bases de datos de Vlex y Legal WestLaw Chile filtrando por palabras clave: “derecho a la vida”, “transfusiones” y “libertad religiosa”. Luego, se eliminaron todas aquellas sentencias que no presentaban un análisis sustantivo del derecho a la vida. Se utilizaron sentencias previas a

que el derecho a la vida es absoluto o indisponible, razón por la cual se autoriza la transfusión. Este argumento ha sido reiterado por las Cortes de Concepción⁷³, Rancagua⁷⁴, San Miguel⁷⁵, Santiago⁷⁶ y Valparaíso⁷⁷. Con todo, es posible evidenciar un uso poco preciso de estos conceptos, los que en varias sentencias parecen emplearse como términos sinónimos. De esta forma, son utilizados indistintamente para sostener tanto la ilicitud de la conducta como la primacía del derecho a la vida por sobre las libertades religiosas.

Algunos pacientes han sostenido que su conducta no puede ser calificada como ilícita dado que les asiste un derecho de rango legal consagrado en la ley 20.584. Una de las innovaciones de esta ley es que ha consagrado el derecho de todo paciente a denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento médico⁷⁸. Este derecho admite tres limitaciones: (1.) cuando el rechazo a un tratamiento médico tiene por objetivo la aceleración artificial de la muerte; (2.) cuando tiene por objetivo la realización de prácticas eutanásicas; y (3.) cuando tiene por objetivo el auxilio al suicidio del paciente. Para determinar si resulta, entonces, aplicable a estos casos, es necesario verificar si la situación de los Testigos de Jehová puede o no incluirse dentro de alguna de estas hipótesis.

2010 debido a la existencia de tesis dogmáticas relevantes que hacen referencia a sentencias entre los años 2008 y 2009.

⁷³ “Que, el mandato constitucional de asegurar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, establecido en el artículo 19 N°1 de la carta fundamental es de carácter absoluto, por ello no puede ser limitado ni aún con la voluntad o anuencia de aquellas personas a quienes está destinada la acción cautelar por la conculcación de ese derecho fundamental. Con mayor razón el mandato aludido es más imperativo si el sujeto de protección es una persona que aún no cumple un mes de vida y que por esa condición, sólo puede manifestar su voluntad a través de los actos de sus representantes legales, en este caso los padres recurridos” (Corte de Apelaciones de Concepción, rol 6735-2015, considerando 9°).

⁷⁴ “Que, el mandato constitucional de asegurar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, establecido en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental es indisponible, por ello no puede ser limitado ni aún con la voluntad o anuencia de aquellas personas a quienes está destinada la acción cautelar por la conculcación de ese derecho fundamental, lo que además está en armonía con lo dispuesto en los artículos 14, 17 y 20 de la Ley 20.584 (...)” (Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1278-2018, considerando 3°).

⁷⁵ “Que, el imperativo mandato a que se hace referencia en el presente recurso, no puede ser limitado ni aún con la voluntad de los particulares, en la especie, por la negativa de ésta en orden a realizar las referidas transfusiones de sangre o de hemoderivados y, muy por el contrario, esta Corte debe precisamente amparar aquellas actuaciones que, como se dijo, tienden a respetar y preservar la vida de las personas, toda vez que la vida en sociedad se realiza en el entendido de que el fin de la vida humana es la sobrevivencia y desarrollo integral de la vida humana, siendo deber de todos los poderes y órganos del Estado proteger dicho bien jurídico, motivo que hace que el presente recurso deba necesariamente ser acogido” (Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1864-2016, considerando 3°).

⁷⁶ “Que tal como lo indica la parte recurrente en su libelo y lo ha asentado la jurisprudencia, el mandato constitucional de asegurar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, consagrado en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental, es de carácter absoluto y por ello no puede ser limitado ni aún con la voluntad o anuencia de aquellas personas a quienes está destinada la acción cautelar por la conculcación de ese derecho fundamental” (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 43412-2018, considerando 3°).

⁷⁷ “Que de lo razonado en los considerandos que antecede aparece que la recurrida no puede disponer de su vida, por lo que su negativa a someterse a un procedimiento que le salvaría la vida resulta ilegal” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 977-2015, considerando 3°).

⁷⁸ Ley 20.584, artículo 14.

La respuesta de la jurisprudencia mayoritaria es afirmativa, aunque no parece ser claro en cuál de ellas. Este es el caso de la Corte de Apelaciones de Rancagua, que luego de citar en extenso algunos fragmentos de la ley señala que “Todos los procedimientos establecidos en los artículos precedentes buscan precisamente hacer efectivo el resguardo del derecho a la vida protegida en el artículo 19 N°1 de nuestra carta fundamental”⁷⁹. De esta forma, dado que la acción de los pacientes constituye una afectación al derecho a la vida, la Corte estima que las excepciones legales son plenamente aplicables. No queda claro, con todo, si está efectuando una analogía (en que la situación de los pacientes puede considerarse como análoga a las tres hipótesis de la ley) o bien un ejercicio de calificación normativa (en que la situación de los pacientes puede incluirse o subsumirse dentro de alguna de las hipótesis señaladas).

Otro punto interesante de esta jurisprudencia se refiere a la situación en que los padres de un menor se oponen a la transfusión. De las 22 causas analizadas, se detectaron tres casos en que el paciente era menor de edad⁸⁰. En todos ellos, se resolvió bajo los mismos parámetros señalados añadiendo únicamente una consideración sobre el interés superior del menor⁸¹. Fuera de este detalle, la solución también implicó un pronunciamiento sobre el carácter absoluto e indisponible del derecho a la vida, por lo que no existieron diferencias apreciables.

También es posible encontrar sentencias en que los tribunales se niegan a permitir la transfusión por no acreditarse que la vida del paciente esté en riesgo o bien por existir tratamientos médicos alternativos. De las 9 sentencias restantes, esto ocurrió en 2

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1278-2018, considerando 3°.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 6735-2015; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 14837-2019; y Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 6773-2013.

⁸¹ “Al ser el *interés superior del niño* un principio de aplicación absoluta que impide perturbar, afectar, restringir, limitar el pleno goce de los derechos y garantías que la Constitución y la ley reconocen a todas las personas, no se pueden invocar en su desmedro las normas contenidas en la ley 20.680, en cuanto se refieren al adecuado régimen de cuidado personal que debe haber entre padres e hijos; tampoco lo pueden afectar las normas contenidas en la ley 20.584, que regulan la relación médico-paciente, cuando por la aplicación de esas disposiciones, se pone en riesgo la vida y la integridad física y psíquica del niño o niña. De igual modo, ninguna religión, credo, confesión, situación socioeconómica, régimen educacional, etc., puede pretender someter ese interés superior al régimen de sus estatutos, situaciones o circunstancias internas” (Corte de Apelaciones de Concepción, rol 6735-2015, considerando 14°).

oportunidades. En este sentido podemos citar sentencias de la Corte de Apelaciones de San Miguel⁸² y de la Corte de Apelaciones de Santiago⁸³.

Algunos autores han clasificado esta solución como “armonizadora” de bienes jurídicos en conflicto, en donde se permitiría salvaguardar tanto la vida como la voluntad del paciente⁸⁴. Sin embargo, considero que en la medida de que la vida no se encuentra en riesgo en estos casos, difícilmente podríamos señalar que se trata de una armonización de bienes en conflicto y que no se trata, más bien, de una hipótesis en que no existe (aun) un conflicto. Del mismo modo, en estos casos, no se discute que el derecho a la vida sea absoluto e indisponible sino simplemente que no se ha llegado a un punto tal que parezca necesario forzar la transfusión. La Corte de Apelaciones de Santiago es explícita sobre este punto cuando señala que la acción “no podrá prosperar, sin perjuicio que un cambio de los supuestos fácticos haga posible un nuevo pronunciamiento jurisdiccional en esta sede”⁸⁵. Este cambio fáctico se refiere precisamente al posible empeoramiento de la condición médica del paciente, lo que es compatible con otras sentencias de la misma Corte en que se autoriza la práctica de la transfusión sanguínea.

Por último, es necesario mencionar que la Corte Suprema ha confirmado varias de estas sentencias, aunque sin elaborar mayores consideraciones al respecto. Sus fallos en este sentido se han limitado a sostener que se confirma la sentencia apelada⁸⁶. Esta confirmación constante es la que nos permite entender que se ha tratado de una línea jurisprudencial mayoritaria.

2. Jurisprudencia minoritaria

Las 7 sentencias restantes discrepan de la jurisprudencia mayoritaria ya sea porque niegan la indisponibilidad, el carácter absoluto del derecho a la vida o bien porque sostienen que

⁸² “Que de los antecedentes referidos precedentemente, se desprende que no se ha acreditado por la recurrente que la recurrida se encuentre en un estado de gravedad que permita hacer uso de los instrumentos que emanan del ejercicio de la acción intentada y que, si bien señala que debe dar cumplimiento al imperativo que le impone el ordenamiento jurídico para velar por la salud y la vida de los ciudadanos, éste puede satisfacerse por otros medios que pueden ser de igual eficacia que la pretendida (transfusión)” (Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 435-2008, considerando 4°).

⁸³ “Que en las circunstancias expuestas y atendiendo al actual estado clínico del paciente Quijada Michea, que permite a los médicos tratantes emplear estrategias distintas a la transfusión de sangre como métodos seguros y eficaces, no existe medida urgente de cautela que adoptar por esta corte y, por consiguiente, al no concurrir el requisito de procedencia de la acción de protección antes descrito, ésta no podrá prosperar, sin perjuicio que un cambio de los supuestos fácticos haga posible un nuevo pronunciamiento jurisdiccional en esta sede” (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 127300-2016, considerando 4°).

⁸⁴ Nogueira, Humberto (2006), p.33.

⁸⁵ Considerando 4°.

⁸⁶ Así ha ocurrido en las sentencias roles: 16218-2018; 1764-2017; 17136-2014; y 39208-2018.

éste tiene un contenido diverso, en particular, que consiste en la protección de un proyecto biográfico. Se trata, así, de sentencias que no necesariamente tienen un hilo argumental común más allá del resultado.

En un estudio sobre la materia, Rodolfo Figueroa identificó dos casos en que cortes de apelaciones rechazaron que exista una obligación de someterse a estos tratamientos⁸⁷. Ambos casos datan del año 2008 y contemplan referencias relevantes a la autonomía del paciente. En el primero de ellos, la Corte de Apelaciones de Copiapó sostuvo que:

Cada persona, en la esfera de sus legítimas decisiones, puede adoptar la forma de vida, las creencias y opciones religiosas que estime del caso, y conducirse conforme a tal determinación en la medida que con ello no afecte el derecho de otros y en cuanto ejercicio de derechos legítimos, resulta y deber (sic) del Estado y sus órganos, respetar el conjunto de opciones y creencias que las personas adopten en tal ejercicio. Por lo mismo, si ya la decisión de someterse a un tratamiento médico determinado, en la medida que la decisión se adopte libre, consciente e informadamente, cae en la esfera de las decisiones personales y, consecuentemente, merece respeto y protección constitucional, cualquiera que sea la motivación del paciente (...) ⁸⁸.

Con un tenor similar se pronunció la Corte de Apelaciones de Antofagasta con la destacable adición de negar que se trate de un caso que requiera de algún tipo de protección constitucional. Ello, porque es el propio paciente quien se ha puesto en riesgo al rechazar la transfusión sanguínea. Señala la Corte:

En el presente caso no puede entenderse que la propia recurrida haya incurrido en un acto que pone en peligro su derecho a la vida, que merezca ser objeto de protección constitucional, en circunstancias que ha sido ella misma quien expresamente ha resuelto y determinado que no desea someterse a transfusión de sangre alguna, ello en uso de su libertad personal y de acuerdo con creencias religiosas que menciona expresamente⁸⁹.

A los casos reseñados por Figueroa podemos añadir tres sentencias en las que la autonomía del paciente desempeñó un rol preponderante. Dos de ellos corresponden a la

⁸⁷ Figueroa, Rodolfo (2018), pp. 914-917.

⁸⁸ Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 230-2008.

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 557-2008.

Corte de Apelaciones de Talca, mientras que el tercero fue dictado por la Corte de Apelaciones de La Serena. El primero es del año 2010 y se refiere a un paciente que, junto con señalar expresamente que no recibiría la transfusión, celebró una declaración jurada ante notario público con este contenido:

Que don F.G.U., ante un N., como aparece de la fotocopia que rola a fojas 15, declaró que no acepta transfusiones de sangre completa; en ese documento el ministro de fe señala que el declarante firmó ante él, al parecer en pleno uso de sus facultades mentales.

Es decir, el paciente manifestó su decisión de no admitir transfusiones de sangre, la que debe ser respetada, ya que nadie, ni siquiera el Estado, puede arrogarse la facultad de forzar a una persona a defender sus propios derechos, tanto más cuando existen otras alternativas que pueden lograr un resultado similar al que se obtiene con el suministro de sangre⁹⁰.

El segundo caso fue fallado durante el año 2018 y es probablemente uno de los casos más interesantes de esta línea jurisprudencial, en tanto se pronuncia en favor de una concepción sobre el derecho a la vida diferente de la línea mayoritaria. La Corte sostendrá que el derecho a la vida también involucra el derecho a “hacer la vida”, a desarrollar un determinado plan de vida y, por tanto, no existe una colisión con el derecho a la libertad de conciencia y la libertad de culto. Todos estos derechos protegerían diversas facetas de la autonomía personal:

Que nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 N°6, protege el absoluto derecho de cada individuo a la libertad de su creencia religiosa y el ejercicio de la misma, por lo tanto, el Estado debe respetar la autonomía de la voluntad en esta materia.

Que a mayor abundamiento, la eventual colisión de la garantía del derecho a la vida con la autonomía de la voluntad no existe, toda vez que el derecho a la vida no implica solamente a conservarla biológicamente, sino que también involucra el derecho a cómo vivirla, más aun, cuando aquello no lesiona derechos de terceros como acontece en la situación de autos⁹¹.

⁹⁰ Corte de Apelaciones de Talca, rol 935-2010.

⁹¹ Corte de Apelaciones de Talca, rol 2026-2018.

El tercer caso fue resuelto por la Corte de Apelaciones de La Serena durante el año 2015 respecto de un paciente que invocó la Ley 20.584 sobre los derechos y deberes de los pacientes. Como hemos visto, esta ley consagra el derecho de toda persona a rechazar tratamientos médicos siempre y cuando no se tenga como objetivo el suicidio, la eutanasia o la aceleración artificial de la muerte. Al respecto, la Corte sostuvo:

Que, la Ley N°20.584, en su artículo 14°, impone la obligación de respetar la voluntad de toda persona en orden a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16, limitaciones que no confluyen en el caso de autos⁹².

Lo interesante de esta sentencia es que realiza una interpretación diferente de la línea jurisprudencial mayoritaria respecto del alcance de las excepciones legales, de tal manera que sostiene que la conducta de los pacientes no puede subsumirse bajo ninguna de estas hipótesis. La conducta de estas personas no sería, propiamente hablando, un caso en que se tenga por objetivo el suicidio, la eutanasia ni la aceleración artificial de la vida. Volveré sobre este punto más adelante al tratar el alcance de la Ley 20.584.

3. Posible cambio de jurisprudencia

Durante los últimos años, el rol de la Corte Suprema ha sido bastante discreto limitándose a confirmar algunas sentencias de la jurisprudencia que hemos denominado tradicional, mientras que las causas de la jurisprudencia minoritaria no han sido apeladas. Con todo, han existido votos de minoría constantes del ministro Sergio Muñoz. En estos votos, es usual el recurso a la autonomía del paciente como pieza central del argumento en contra de autorizar la transfusión:

Que se encuentra acreditado que Silvia Sáez es una persona adulta, titular de ambos derechos fundamentales precedentemente mencionados, plenamente consciente y conoce claramente las eventuales consecuencias de su decisión, capacidad que permite concluir que estaba plenamente facultada para decidir en la forma que lo hizo, aun cuando la circunstancia de hacer prevalecer su derecho

⁹² Corte de Apelaciones de La Serena, rol 126-2015.

fundamental a la libertad de conciencia pudiese afectar otro derecho que en primer lugar a ella le corresponde decidir⁹³.

Asimismo, se señala que el rechazo a un determinado procedimiento médico no solo puede fundarse en la libertad de culto, sino que también en la integridad física que se vería afectada por un procedimiento altamente invasivo:

Que de acuerdo a los antecedentes que constan en el proceso, Silvia Eliana Sáez Valdenegro expresó su negativa a que se le practicase transfusión de sangre, sustentando su decisión en el derecho fundamental de libertad de conciencia. Es preciso señalar que en el presente caso se observa que la decisión ésta también encuentra sustento en el derecho a preservar su integridad física, es por tal circunstancia que se inscribe dentro de su capacidad de determinación rechazar procedimientos que resultan invasivos en su cuerpo, respecto del cual tiene plena libertad en cuanto no infrinja el ordenamiento jurídico⁹⁴.

Durante el año 2020, tuvo lugar una primera sentencia en que estos fundamentos fueron acogidos por la mayoría (en una votación de 3 contra 2) y, por primera vez, la Corte Suprema optó por no autorizar la transfusión⁹⁵. Ahora bien, el caso es curioso porque no se sigue la tendencia en que un hospital acciona contra el paciente que se niega a la transfusión, sino que se trata de un caso inverso: es el paciente el que recurre contra el hospital buscando que se le administre un tratamiento médico alternativo, sin transfusiones sanguíneas:

Que, conforme a lo expuesto, se advierte que doña Polonia del Carmen Ríos Tillerías solicita que se ordene al Complejo Hospitalario recurrido practique la intervención quirúrgica que requiere para recuperar su salud, sin transfusión de sangre, por profesar la religión Testigo de Jehová y encontrarse amparada en un derecho fundamental (libertad de conciencia y libertad religiosa), a lo que la recurrida se niega con el fin de poder resguardar el derecho a la vida de ésta, al estimar que ella lo prioriza en una forma que los recurridos no comparten⁹⁶.

Para resolver la controversia, la mayoría recurre a la Ley 20.584, sosteniendo que la recurrente está ejerciendo su derecho a denegar su consentimiento para un tratamiento

⁹³ Corte Suprema, rol 12618-2018, considerando 8° del voto de minoría.

⁹⁴ Corte Suprema, rol 12618-2018, considerando 7° del voto de minoría.

⁹⁵ Corte Suprema, rol 24199-2019.

⁹⁶ Considerando 5°.

médico, pero que no tiene por objetivo morir, de tal forma que su conducta no puede considerarse ilícita:

Como es evidente del recurso de autos, la interesada no pretende, a través de su negativa a realizarse una transfusión sanguínea, obtener de los prestadores que se le realice una práctica eutanásica, se la ayude a suicidarse o se colabore con un propósito asociado con un proceso de muerte. Por el contrario, se trata de una paciente que desea vivir y gozar de la protección de su salud, a través de la realización de una cirugía que espera hace tres años, pero respecto de la cual tiene la necesidad de rechazar una eventual transfusión de sangre. Dicho rechazo no es antojadizo, ni es un condicionamiento para los prestadores que impida su actuar profesional, sino el reflejo de las creencias de la paciente, las cuales importa respetar en función de su derecho a la libertad de conciencia y también a su dignidad, más aún cuando existen informes favorables para realizar la cirugía sin necesidad de tal transfusión⁹⁷.

Dado que en este caso lo que se sostiene es la arbitrariedad del Hospital, la Corte destina también algunas reflexiones sobre las posibilidades médicas del recurrido y los informes presentados por la recurrente sobre su condición de salud:

Que, de esta manera, se advierte que la negativa de la recurrida frente a lo solicitado por la recurrente ha carecido de fundamento suficiente, lo que importa un acto arbitrario que afecta la integridad psíquica de la recurrente y a su libertad de conciencia, protegido por el artículo 19 N°1 y 6 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado implica que el Recinto Hospitalario recurrido, pudiendo hacerlo, no adoptó las medidas necesarias en resguardo a los mandamientos de la religión que profesa doña Polonia Ríos, proceder que afecta su integridad psíquica y su libertad de culto, al negarse a practicar una intervención quirúrgica sin transfusión de sangre, no obstante contar con todos los medios alternativos disponibles, tal y como lo informó encargada de la Unidad de Anestesia del Complejo Hospitalario recurrido, Dra. María Oliva Rondanelli, programando una intervención que responda a las necesidades médicas de la recurrente, en armonía con su derecho fundamental de libertad de conciencia, y no sólo para el caso de presentarse una emergencia vital,

⁹⁷ Considerando 9°.

o adopte cualquier otra medida que garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales de la recurrente⁹⁸.

Por último, la Corte reitera el argumento que hemos señalado anteriormente respecto de que la paciente es una persona adulta y capaz, que conoce plenamente las posibles consecuencias de su decisión, razón por la cual se revoca la sentencia apelada y se acoge la acción de protección.

Ahora bien, no es posible hablar lisa y llanamente de un cambio de jurisprudencia pues es la primera vez que la Corte Suprema se pronuncia de esta manera y nada evita que, ante un eventual cambio en la conformación de la sala o ante un caso parcialmente diferente, se sostenga una conclusión diversa. Con todo, es posible encontrar dos fallos en que cortes de apelaciones han recogido parte de estos fundamentos.

El primero de ellos fue dictado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso a propósito de un caso en que el Hospital Clínico Viña del Mar accionó contra un paciente que se negaba al procedimiento. Luego de citar en extenso los considerandos de la Corte Suprema, señala:

Que la paciente Carmen Rosa Ojeda de la Paz, es una persona adulta de setenta y cuatro años de edad, titular de los derechos fundamentales antes aludidos, que otorgó su Declaración Previa de Voluntad para la Atención Médica y dando poder al recurrido señor Vega Ortiz, en pleno uso de sus facultades mentales, sin coacción ni engaño y sin que nadie haya influido indebidamente en su decisión, como suscribe la ministro de fe de su declaración jurada, por tanto “conoce claramente las eventuales consecuencias de su decisión, capacidad que permite concluir que está plenamente facultada para decidir en la forma que lo hizo, aun cuando la circunstancia de hacer prevalecer su derecho fundamental a la libertad de conciencia pudiese afectar otro derecho que en primer lugar a ella le corresponde decidir” – considerando décimo de la sentencia antes aludida – (de la Corte Suprema)⁹⁹.

El segundo caso fue resuelto por la Corte de Apelaciones de La Serena a propósito de una paciente que rechazó una primera transfusión amparándose en sus creencias religiosas, pero que aceptó una segunda al agravarse su estado de salud¹⁰⁰. El problema acontece

⁹⁸ Considerando 11°.

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 16842-2020, considerando 8°.

¹⁰⁰ Corte de Apelaciones de La Serena, rol 1551-2020.

cuando su condición empeora a tal punto que no puede volver a ser consultada por el equipo médico. El Hospital recurre a la Corte solicitando que se le permita practicar todos los procedimientos que puedan requerirse para salvar la vida de la paciente, incluyendo nuevas transfusiones si es que estas fueran necesarias.

La Corte reconstruye el caso a partir de un conflicto entre el derecho a la vida y la libertad de culto del paciente, pero rechaza la posibilidad de una solución jerárquica pues el derecho a la vida no puede considerarse como un derecho absoluto:

Que, como cuestión preliminar, cabe consignar como postulado esencial la concepción del derecho a la vida como presupuesto necesario y lógico para el ejercicio de otros derechos subjetivos, pero no por ello más importante que aquellos. De lo anterior, se colige que, en cuanto al resto de las garantías fundamentales, no existe jerarquía ni tampoco existen derechos absolutos, consideración que en la especie corresponde efectuar tanto respecto del derecho a la vida cuya protección promueve el recurrente Hospital Provincial de Ovalle como también respecto de la libertad de conciencia que invocare en su oportunidad la paciente doña Orfelina Rodríguez¹⁰¹.

Siguiendo esta línea, la Corte estima que debe solucionar este conflicto mediante una ponderación en que las circunstancias particulares del caso deben ser consideradas, en particular, se atiende al cambio de voluntad de la paciente al aceptar una segunda transfusión habiendo denegado la primera. Esto permite a la Corte sostener que la voluntad de la paciente era mantener sus creencias religiosas en la medida de lo posible, pero sin poner en riesgo su vida:

Que, sin perjuicio de lo referido anteriormente, el test de necesidad que supone la técnica de la ponderación impone la exigencia de recurrir a toda otra terapia medica alternativa a fin de preservar incólume la libertad de creencia de la paciente, y solo en el evento de no lograrse el resultado deseado mediante la aplicación de aquellos tratamientos, es que corresponderá someter a la protegida a una transfusión sanguínea, a fin de evitar un mal mayor como sería la privación absoluta y definitiva de su libertad religiosa asociada indefectiblemente a su muerte¹⁰².

¹⁰¹ Considerando 7°.

¹⁰² Considerando 10°.

La Corte confiere, así, el permiso para efectuar la transfusión, pero solo como medida de *ultima ratio* para resguardar la vida (y en este caso, también la voluntad supuesta) de la paciente.

Las sentencias analizadas parecen coincidir, a lo menos, en tres elementos. Primero, en que la conducta de los pacientes que rechazan una transfusión por motivos religiosos no puede considerarse como un acto ilícito de acuerdo con la Ley 20.584. Segundo, en que se omite toda consideración respecto del carácter indisponible del derecho a la vida, de tal forma que resulta posible calificar el rechazo a un tratamiento médico como una conducta lícita cuando existen razones suficientes¹⁰³. Tercero, se sostiene que el derecho a la vida no puede considerarse como un derecho absoluto, de tal forma que las libertades religiosas pueden llegar a preferirse bajo determinadas circunstancias, sobre todo considerando que forzar la transfusión implica también una afectación a la integridad física del paciente.

4. Ilícitud del rechazo a tratamientos médicos

Hasta aquí, hemos visto que parte importante de la discusión se refiere a la manera en que debe interpretarse la Ley 20.584 y, en particular, las limitaciones al derecho que permite rechazar un tratamiento o procedimiento médico. En la jurisprudencia conviven dos tesis contrarias sobre la materia. Para algunos tribunales, la situación de los pacientes que rechazan un tratamiento médico por sus convicciones religiosas no podría subsumirse bajo ninguna de las hipótesis planteadas, de lo que se desprende que su conducta no sería ilícita, sino que se enmarcaría en el legítimo ejercicio de un derecho. La sentencia más clara a este respecto ha sido dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena (comentada anteriormente).

Otros tribunales, en cambio, parecen estar convencidos de que la situación descrita puede subsumirse dentro de las excepciones legales. Con todo, los fallos en este sentido suelen ser poco claros y no es posible determinar, de forma previa, en cuál de las hipótesis se encontrarían estos pacientes. Veamos un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Rancagua:

Que, el mandato constitucional de asegurar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, establecido en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental es indisponible, por ello no puede ser limitado ni aún con la voluntad o anuencia de

¹⁰³ En estos casos, se ha aceptado que las creencias religiosas del paciente resultan suficientes para justificar su actuar de forma tal que no se trataría de una práctica caprichosa o arbitraria.

aquellas personas a quienes está destinada la acción cautelar por la conculcación de ese derecho fundamental, lo que además está en armonía con lo dispuesto en los artículos 14, 17 y 20 de la Ley 20.584, que disponen, respectivamente, “que el derecho de los pacientes a denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a la atención de su salud, en ningún caso podrá tener como objetivo la aceleración de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”; “En el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 20 le corresponda.

Asimismo, si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas por la persona o por sus representantes legales, se podrá solicitar la opinión de dicho comité”; y “Mediante un reglamento expedido a través del Ministerio de Salud se establecerán las normas necesarias para la creación, funcionamiento periódico y control de los comités de ética, y los mecanismos que permitirán a los establecimientos acceder a comités de ética de su elección, en caso de que no posean o no estén en condiciones de constituir uno. Además, se fijarán mediante instrucciones y resoluciones las normas técnicas y administrativas necesarias para la estandarización de los procesos y documentos vinculados al ejercicio de los derechos regulados en este párrafo”.

Todos los procedimientos establecidos en los artículos precedentes buscan precisamente hacer efectivo el resguardo del derecho a la vida protegida en el artículo 19 N°1 de nuestra carta fundamental¹⁰⁴.

La interpretación de la Corte parece indicar que la conducta de los Testigos de Jehová pugna con el objetivo de la ley que es la protección del derecho a la vida. Lo criticable de esta postura es que ignora por completo que una de las finalidades de la ley citada fue precisamente dotar a los pacientes de un mayor ámbito de autonomía frente a los tratamientos médicos¹⁰⁵, permitiéndoles rechazar algunos de ellos.

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 1278-2018.

¹⁰⁵ Valenzuela, Sergio et al. (2015), p. 96.

Por otro lado, la cita realizada por la Corte es errada. La Corte cita el artículo 14 de la ley sosteniendo “que el derecho de los pacientes a denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a la atención de su salud, en ningún caso podrá tener como objetivo la aceleración de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”. Sin embargo, la ley no dice esto. Lo que prescribe la ley es que “en ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración *artificial* del proceso de muerte” (el destacado es agregado). De manera que la Corte omite pronunciarse sobre el término “artificial”. Este concepto es determinante para la discusión y por tanto la omisión de la Corte puede resultar ser grave.

Lo artificial es aquello que se genera por la intervención humana y suele distinguirse del cauce natural de los acontecimientos, aquello que se produce por el mero paso del tiempo y la concurrencia de hechos ajenos a la voluntad¹⁰⁶. El concepto “artificial” no está en la ley por casualidad, sino que determina los límites del derecho a rechazar un determinado tratamiento médico. La ley rechaza la muerte que es producto de conductas humanas, alejadas de los procesos naturales que conllevan el deterioro de la salud, como podría ser el suministro de sustancias cuyo resultado (mediato o inmediato) sea la muerte del paciente mediante la aceleración del proceso degenerativo de alguna enfermedad. Por tanto, la conducta de los testigos de Jehová no puede calificarse como aquellas que tienen por objetivo acelerar *artificialmente* la propia muerte debido a que la omisión (la no intervención humana) no puede implicar ninguna artificialidad.

Del mismo modo, tampoco podemos calificar la conducta de estas personas como una hipótesis de eutanasia o auxilio al suicidio debido a que estos pacientes no tienen por *objetivo* morir. De hecho, en la mayoría de los casos, los pacientes solicitan que se les practiquen tratamientos alternativos que no contemplan la realización de transfusiones sanguíneas y, solo en el caso de que ello no sea posible, solicitan que se respete su decisión de no ser transfundidos aceptando que una de las consecuencias posibles, pero no deseadas, es la muerte¹⁰⁷.

¹⁰⁶ De esta forma, la Rae define lo artificial como aquello “hecho por mano o arte del hombre”; “No natural, falso”; y “producido por el ingenio humano”.

¹⁰⁷ Para algunos autores, la ley reconoce aquí la llamada doctrina del “doble efecto”, según la cual dos conductas idénticas podrían llegar a tener una valoración moral diversa dependiendo del objetivo que se pretenda conseguir, de forma tal “que la muerte de un enfermo es un efecto que jamás es lícito procurar como fin o como medio (esto es, intencionalmente o como objetivo), pero es un efecto que puede aceptarse justificadamente cuando se sigue indirecta o colateralmente de una acción en sí misma lícita y necesaria para alcanzar un bien de importancia proporcionada”. Así en: Miranda, Alejandro (2019), p. 49.

Nótese, entonces, que los pacientes en la hipótesis discutida no reclaman la existencia de un derecho a morir dignamente ni buscan acelerar su propia muerte. Para ellos, el suicidio, el suicidio asistido y la eutanasia son también conductas que se encuentran prohibidas por su religión. Lo que sostienen es, simplemente, que se les practiquen tratamientos alternativos a las transfusiones aun si de ello se deriva un mayor riesgo, o incluso la certeza, de la propia muerte. Parece ser claro que en esta jurisprudencia los pacientes tienen un interés por mantenerse con vida y por ello no cabe confusión con las figuras mencionadas en la ley.

Esto es importante porque lo característico de una eutanasia y de un suicidio (asistido o no) es precisamente el objetivo de buscar la propia muerte. En este sentido, lo que rechaza nuestra legislación (de forma justificada o no, poco importa a estos efectos) es buscar la muerte valiéndose para ello del rechazo a los tratamientos y procedimientos médicos. De esta forma, a los pacientes que se han negado a estos procedimientos les asiste un derecho de rango legal, razón por la cual no comenten ilegalidad alguna.

5. Arbitrariedad del rechazo a tratamientos médicos

Las discusiones sobre el concepto de arbitrariedad son sumamente extensas y suelen referirse en ocasiones a cuestiones diversas. Sin embargo, tentativamente se suele aceptar que una conducta es arbitraria cuando carece de un fundamento atendible o aceptable en el marco de una cultura jurídica determinada. Quien actúa de forma arbitraria lo hace de forma caprichosa, colocando su voluntad, principios o criterios por sobre criterios objetivos o normativos aceptados por la comunidad. En la línea de la jurisprudencia mayoritaria no existe un desarrollo explícito que responda a la pregunta sobre de qué manera estos pacientes estarían siendo arbitrarios.

Para considerar la conducta de estos pacientes como arbitraria, deberíamos poder decir que: (1.) se trata de una conducta que carece completamente de fundamento más allá del mero capricho irreflexivo del paciente; o bien que (2.) se trata de una conducta cuyo fundamento resulta ser inaceptable en el marco del sistema normativo.

Parece ser claro que existe un fundamento que no es para nada caprichoso en el actuar de los Testigos de Jehová. Para ellos, la sangre no es solo un fluido biológico complejo, sino que su consumo contradice sus creencias más básicas y arraigadas sobre los mandatos de dios, de tal forma que están dispuestos incluso a arriesgar la vida con tal de resguardar dicha creencia. A mayor abundamiento, la ley mencionada contempla también el derecho

a dar un consentimiento informado, de forma tal que para rechazar un procedimiento médico los pacientes deben conocer los riesgos a los que se exponen, por lo que difícilmente podemos sostener que estas decisiones son tomadas de forma temeraria.

Tampoco parece tratarse de un caso en que se justifique una mayor intervención estatal en aras de la protección de los pacientes. En la mayoría de los casos reseñados estamos hablando de personas adultas, plenamente capaces y que se encuentran conscientes de los posibles riesgos de su conducta. Mediante esta tampoco dañan a un tercero ni a la colectividad, por lo que las razones para intervenir son escasas.

Por último, podemos decir que no siempre la muerte es un mal y tampoco tiene que ser considerada, necesariamente, como el mayor de todos los males posibles. Dentro de los legítimos planes de vida que pueden desarrollarse en el marco de una sociedad pluralista puede ocurrir (y de hecho ocurre) que las personas valoren un mismo hecho, en este caso la posibilidad de la muerte, de forma diversa. Algunas personas pueden considerar que existen bienes por los que vale la pena morir y, como bien señala Dworkin¹⁰⁸, la muerte puede ser un evento importante en la vida de algunas personas y estas pueden, legítimamente, intentar darle un significado.

6. Conclusiones

Del análisis realizado, parece ser claro que la jurisprudencia nacional sigue una concepción del derecho a la vida coincidente con las cuatro afirmaciones desarrolladas por la dogmática, en especial respecto de la afirmación (2.) sobre carácter absoluto del derecho a la vida, (3.) sobre la existencia de un deber de permanecer con vida y (4.) sobre la indisponibilidad de la vida humana. Todas ellas aparecen de forma explícita en parte importante de los fallos analizados. La afirmación (1.) sobre el carácter ontológico del derecho a la vida, solo ha sido mencionada tangencialmente en casos particulares, pero no parece ser una tendencia a nivel jurisprudencial. Ello no quiere decir que esta afirmación no sea relevante para estos casos pues, como hemos visto, es la (única) explicación que ha formulado la dogmática para sostener el carácter absoluto del derecho a la vida. Podemos suponer, entonces, que se trata de una premisa implícita en el razonamiento de los tribunales de justicia.

¹⁰⁸ Dworkin, Ronald (1994).

Ahora bien, las afirmaciones (2.) y (4.) son utilizadas habitualmente de forma conjunta, incluso como sinónimas, existiendo una escasa justificación que las sostenga, de lo que deriva un vacío argumentativo. No resulta del todo claro por qué el derecho a la vida sería absoluto en esta jurisprudencia. Tampoco existe una justificación que explique su carácter indisponible. Lo que si resulta claro son las consecuencias de ambas tesis. En esta jurisprudencia se acepta que el derecho a la vida no puede ser derrotado por las libertades religiosas del paciente. También se afirma que la conducta de los pacientes es ilícita, bien sea porque se trata de una conducta ilegal o porque se trata de una conducta arbitraria.

Por su parte, la tesis (3.) condiciona la manera en que se entiende el contenido del derecho a la vida como una figura compleja que puede contemplar deberes. En este caso, la obligación de aceptar un tratamiento médico altamente invasivo. Sobre este punto, la jurisprudencia ha justificado la licitud de los tratamientos forzados en la Ley 20.584 pero de forma errada al no considerar que la conducta de los pacientes no tiene por *objetivo* la propia muerte bajo ninguna de las hipótesis señaladas.

La concepción resultante puede ser caracterizada como compleja (en tanto no puede reconducirse a una única posición jurídica subjetiva), estable (en tanto la aceptación de las tesis parece reiterarse con suficiente frecuencia, existiendo pocas desviaciones respecto de las líneas principales) y paternalista (en tanto su aplicación reduce el ámbito de autonomía del sujeto justificándose en su propio bienestar). Asimismo, resulta claro que el bien jurídico protegido en estos casos es la vida biológica, entendiendo por tal la mantención de las funciones vitales del organismo. Solo en uno de los casos analizados se señaló que el derecho a la vida protege también el derecho a elegir un determinado plan de vida.

También podemos encontrar un proceso de cambio jurisprudencial a partir de casos relevantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y de la Corte de Apelaciones de La Serena. En estos fallos, existe un cuestionamiento de la tesis (2.), de forma tal que el derecho a la vida no debiese considerarse como absoluto, y de la tesis (4.), de forma que no debiese considerarse como indisponible. Este proceso de cambio parece estar determinado de forma directa por una interpretación no extensiva de las excepciones señaladas por la Ley 20.584. El resultado sería un derecho que puede ser derrotable cuando se vea comprometida la autonomía del paciente en relación con sus libertades religiosas.

Por último, la justificación elaborada por los tribunales de justicia parece ser insuficiente en tanto adolece de problemas de transparencia y completitud. Respecto de su *transparencia*, los tribunales parecen mantener un cierto tipo de inercia argumentativa, en que parte importante de sus tesis permanecen implícitas y carentes de justificación. En particular, la tesis (1.) sobre la especial naturaleza otológica del derecho a la vida no ha sido mencionada de forma explícita pese a que parece ser la única justificación disponible para justificar la tesis (2.) sobre la jerarquía superior del derecho a la vida. Asimismo, no todos los tribunales se hacen cargo de la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales. En varios casos, las alegaciones de los pacientes sobre su libertad de conciencia y libertad de culto no son mayormente consideradas en las sentencias.

Respecto de su *completitud*, es posible evidenciar algunos preocupantes vacíos de información. En este sentido, prácticamente ningún tribunal utiliza el DIDH como fuente de derecho. Tampoco es habitual la cita a la dogmática actualizada sobre el derecho a la vida, omitiéndose pronunciamientos necesarios sobre la estructura y el fundamento del derecho. Este defecto afecta también las sentencias de la Corte Suprema que, en sus votos mayoritarios, no ha desarrollado ninguna línea argumentativa clara que nos permita entender por qué el derecho a la vida regula estos casos, y por qué se debiesen permitir tratamientos forzados. Asimismo, se han confirmado sentencias que sostienen tesis y fundamentos diversos, de lo que se desprende una pluralidad de razones disponibles, aunque ninguna de ellas parece estar completamente desarrollada.

Por estas razones, considero que la argumentación de los tribunales de justicia no parece hacerse cargo de la totalidad de los problemas que hemos evidenciado sobre este derecho.

Capítulo V. Huelgas de Hambre

1. Jurisprudencia mayoritaria

La segunda línea jurisprudencial analizada trata sobre las huelgas de hambre. Estas pueden definirse como una medida de presión, dirigida contra la autoridad política, consistente en dejar de ingerir alimentos o líquidos durante un tiempo prolongado¹⁰⁹. En la jurisprudencia nacional, el caso más recurrente es el de personas privadas de libertad que reclaman la existencia de irregularidades procesales que han derivado en su condena, la aplicación de penas desproporcionadas o la negativa de algún beneficio penitenciario. A su vez, estas personas reclaman que su conducta es completamente legítima pues se enmarca en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o bien en alguna faceta de la autonomía personal.

Frente a la negativa de ingerir alimentos, diversas autoridades han accionado contra los huelguistas buscando que se ponga término a la huelga, que se traslade a los internos a un centro de salud asistencial y que, en última instancia, se disponga su alimentación forzada. Para ello, han argumentado que la conducta pone en riesgo la vida de las personas e impide a Gendarmería cumplir adecuadamente con sus funciones.

Para confeccionar este capítulo se analizaron 52 sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones entre 2010 y 2020¹¹⁰. Al igual que en la línea jurisprudencial anterior, la tendencia mayoritaria es autorizar toda aquella conducta necesaria para lograr la recuperación del titular, incluidos procedimientos médicos y la alimentación forzada. Ello ocurrió en 46 causas resueltas por las Cortes de Concepción, Copiapó, Coyhaique, Iquique, La Serena, Puerto Montt, Punta Arenas, Rancagua, Santiago, Talca, Temuco y Valdivia. En varias de ellas, se señala explícitamente que el derecho a la vida es absoluto e indisponible

¹⁰⁹ Jiménez de Asúa, Luis (1950), p. 655.

¹¹⁰ Para obtener estas sentencias se consultaron las bases de datos de Vlex y Legal WestLaw Chile filtrando por palabras clave: “derecho a la vida”; “huelgas de hambre” y “libertad de expresión”. Luego, se eliminaron todas aquellas sentencias que no presentaban un análisis sustantivo del derecho a la vida.

en los mismos términos que hemos analizado capítulos anteriores. Este es el caso de las Cortes de Apelaciones de Santiago¹¹¹, Iquique¹¹², Temuco¹¹³ y Valdivia¹¹⁴.

Un conjunto no menor de las sentencias analizadas se limita a señalar que la huelga de hambre constituye una conducta ilegal o arbitraria, aunque sin elaborar ningún argumento que sustente esta afirmación más allá de señalar que con ello se pone en peligro la vida humana. Este es el caso de las Cortes de Concepción¹¹⁵, Coyhaique¹¹⁶ y Puerto Montt¹¹⁷. La falta de argumentos pues deberse a varios factores, entre ellos, un cierto grado de inercia

¹¹¹ Que, el N°1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. (...) Este esencial derecho de rango constitucional es de carácter absoluto y al margen de toda disposición patrimonial, siendo un deber del Estado procurar que se mantenga incólume, no solo frente a actos u omisiones del propio Estado y de particulares, sino que también del propio individuo, de manera que cuando éste realice, de cualquier forma, un auto atentado a tan básico y esencial derecho, que tiene la máxima protección legal, es factible, a través de esta vía constitucional, otorgar protección cuando aquel derecho se vea amagado, incluso por propia voluntad del individuo, puesto que hay un deber ineludible no solo para el individuo de auto protección, sino que del propio Estado de velar por su respeto y cuidado, cuando el propio asegurado, no cuida de este esencial derecho humano. Es indesmentible que una **huelga de hambre**, como la que está llevando a cabo el recurrido, constituye un atentado grave, serio e intolerable a la vida humana, que es preciso proteger, ya que al Estado le interesa que las personas vivan y se desarrollen de acuerdo a sus potencialidades y, toda la legislación apunta a que la persona viva sin amenaza alguna a su desarrollo (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 50903-2017, considerando 6°).

¹¹² El fundamento del recurso es la conducta del interno D.M.C., que mantiene desde el 20 de junio del año 2011, una **huelga de hambre** líquida/seca, actuación que constituye una vulneración al derecho a la vida e integridad física de dicha persona, argumentando que la vida no es un bien del cual las personas puedan disponer libremente, que este debe ser protegido, por lo que la negativa a recibir alimentos impide a la recurrente cumplir con sus fines propios. Que esa conducta es una perturbación grave contra su vida y un atentado contra su integridad física, y reviste el carácter de arbitrario pues cualquiera que sea el motivo que la cause, no hay razón para justificarla, y es ilegal en cuanto no existe norma legal que permita ese actuar (Corte de Apelaciones de Iquique, rol 51-2013, considerando 2°).

¹¹³ Que se hace necesario reflexionar en cuanto a que el ejercicio del derecho a la autodeterminación del recurrido no es absoluto y debe equilibrarse con el respecto (sic) al derecho a la vida, y en la pugna debe necesariamente prevalecer este último, ya que sin él no puede accederse al goce de los demás derechos (...) (Corte de Apelaciones de Temuco, rol 7728-2020, considerando 6°).

¹¹⁴ Que, de las reflexiones precedentes, se concluye que los internos privados de libertad han cometido una perturbación y amenaza grave contra la garantía constitucional invocada, existiendo un peligro serio e inminente contra su integridad física, conductas que resultan ilegales y arbitrarias, pues no solo ponen en riesgo el más fundamental de los derechos, su vida, sino que además dicha actitud impide a Gendarmería cumplir con las finalidades contenidas en su estatuto orgánico (Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 1207-2017, considerando 6°).

¹¹⁵ Que la conducta de los huelguistas puede desencadenar en consecuencias perniciosas para la salud e inclusive derivar en un desenlace fatal, lo que conduce necesaria y urgentemente adoptar (sic) medidas tendientes a salvaguardar tanto la integridad física como su vida, por lo que estos sentenciadores, en virtud de lo señalado, adoptarán las medidas adecuadas para que se restablezca el orden natural de las cosas (Corte de Apelaciones de Concepción, rol 15816-2020, considerando 8°).

¹¹⁶ Que, de esta manera, la acción cautelar que se pide lo es respecto del comportamiento anómalo de un interno del Centro de Detención Preventiva de Puerto Aysén, en cuyo favor se dirige el recurso, en cuanto a haberse declarado en huelga de hambre líquida, lo que sin duda alguna constituye una perturbación y amenaza grave contra su vida, y un atentado a su integridad física, conducta que sin duda es arbitraria pues no hay razón que la justifique cualquiera sea el motivo que la causa, y también es ilegal porque no existe norma alguna que permita y ampare ese actuar, que infringe la garantía contemplada en el artículo 19 N°1, de la Constitución Política de la República (Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 23-2014, considerando 6°).

¹¹⁷ Que, el atentado a la vida e integridad física, que está realizando el interno, ayunante, infringe el derecho a la vida que nuestro sistema jurídico protege, a pesar de la voluntad en contrario del sujeto, no sólo en el texto Constitucional sino en otros ordenamientos jurídicos, que impiden y sancionan el atentado contra la vida (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 768-2015, considerando 5°).

argumentativa. Dado que se trata de casos recurrentes, es habitual que los tribunales los resuelvan de la misma manera en que han resuelto casos similares en el pasado, sin advertir la necesidad de explicitar nuevamente los argumentos que sustentan sus conclusiones.

Muchas de estas sentencias se refieren a personas que se encuentran privadas de libertad y desarrollan latos considerandos destinados a explicar por qué Gendarmería estaría facultada a accionar contra ellos. Estos fundamentos se refieren usualmente a los deberes de la institución consagrados en su respectiva ley orgánica y reglamento¹¹⁸. Con todo, es posible identificar un conjunto de 10 sentencias en que se acciona contra personas que no se encuentran privadas de libertad¹¹⁹. En todas estas sentencias se reconoce la legitimación activa de diversas autoridades tales como intendentes, gobernadores y alcaldes para recurrir contra los huelguistas. En 5 de estos casos, se dispone el traslado del huelguista a un centro médico para su posterior recuperación, mientras que en los 5 restantes se rechaza la acción.

Por último, podemos señalar que, a diferencia de la línea jurisprudencial anterior, en ésta la Corte Suprema ha desarrollado algunos argumentos para sostener la ilegitimidad de la huelga de hambre. En este sentido, se analizaron tres sentencias. La primera de ellas argumenta que el derecho a la vida es el más esencial de los atributos del ser humano, razón por la cual toda afectación sería ilegítima, entre ellas, las huelgas de hambre¹²⁰. Esta conclusión no se distancia demasiado de las sentencias analizadas en el capítulo anterior. Las dos últimas, en cambio, sostienen expresamente la existencia de un deber para con la vida que se fundamenta en un componente social. Revisaremos este argumento más adelante.

¹¹⁸ En este sentido, podemos citar a la Corte de Apelaciones de Copiapó: Que como sostiene el recurrente, es obligación de Gendarmería, de acuerdo a su Ley Orgánica y su respectivo Reglamento, atender el cuidado y atención de las personas privadas de libertad en los recintos penitenciarios y carcelarios que administra, proporcionar atención médica y alimentación adecuadas a la condición humana y velar por los derechos constitucionales de los internos, en especial por la salud y la vida de aquéllos, lo que permite concluir que dicha institución tiene legitimación activa para deducir el presente recurso (rol 378-2020, considerando 6°).

¹¹⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 8159-2016; Corte de Apelaciones de Iquique, rol 310-2015; Corte de Apelaciones de La Serena, rol 920-2010; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 215-2011 y 196-2015; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 285-2015; Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 114-2015; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 38653-2016 y 50903-2017; y Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 450-2015.

¹²⁰ Que por lo razonado hasta ahora y de los antecedentes allegados al recurso cabe concluir que el actuar de los recurridos no sólo pone en peligro su integridad física y el derecho a la vida que garantiza el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República y que constituye el más esencial de los atributos de la naturaleza humana-, sino que además impide a Gendarmería de Chile cumplir efectivamente con los cometidos que le han sido fijados por su ley orgánica, lo que otorga a dicha conducta caracteres de arbitrariedad que hacen necesario adoptar las medidas que esta vía cautelar autoriza a fin de restablecer el imperio del derecho (rol 7074-2010, considerando 9°).

2. Ilícitud de las huelgas de hambre

Una huelga de hambre se puede definir como un método pacífico de protesta, consistente en la negativa, sostenida en el tiempo, de ingerir alimentos y, en ocasiones, agua, con la finalidad de lograr un objetivo político que es percibido como suficientemente valioso por el huelguista¹²¹. Según Precht y Faúndez toda huelga de hambre se compone de cuatro elementos: la decisión voluntaria del huelguista, la finalidad de conseguir reconocimiento efectivo mediante su conducta, el procedimiento consistente en inferir presión sobre una persona o institución, y una táctica consistente en dar máxima publicidad a la medida mediante la puesta en peligro de un bien especialmente valioso¹²². Por esta razón, algunos autores han caracterizado a la huelga de hambre como un método de protesta pacífico y extremo al mismo tiempo, en que se tensionan bienes especialmente valiosos como la vida y la libertad personal¹²³.

Precisamente porque se trata de una hipótesis en que la vida es puesta en riesgo por la propia voluntad del titular, parte importante de la jurisprudencia y la doctrina han asimilado las huelgas de hambre con una hipótesis de suicidio, de forma tal que, dado que este último sería una conducta ilícita, por analogía, también lo serían las huelgas de hambre. En este sentido, Eduardo Soto Kloss ha señalado que “este atentado contra la vida del ser humano no es sino un tipo de suicidio que se produce no en un instante (...), sino lentamente a través de varios días y semanas, como producto de la falta de alimentos tomados por una persona, a los que renuncia voluntariamente”¹²⁴. En un sentido similar se ha pronunciado Ugarte¹²⁵.

Durante el año 2020, la Corte de Apelaciones de Temuco ha seguido esta tesis al sostener que los huelguistas no pueden negarse a tratamientos médicos destinados a su recuperación dado que ello constituiría una hipótesis de auxilio al suicidio¹²⁶ y, por tanto, se trataría de una figura ilícita:

(E)n tal sentido, debe tenerse en cuenta que la conducta del recurrido representa acciones del tipo suicida, en el sentido generalmente entendido de que representa acciones de carácter arriesgado que puede causar grave perjuicio a la persona.

¹²¹ Jiménez de Asúa, Luis (1950), p. 655.

¹²² Precht, Jorge y Faúndez, Juan (2013), p. 337.

¹²³ Ibid., p. 335.

¹²⁴ Soto, Eduardo (1985), p. 7.

¹²⁵ Ugarte, José (2006), p.518

¹²⁶ Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 7728-2020 y 7789-2020.

Dicha conducta no se encuentra entonces permitida legalmente, pues si bien el artículo 14 de la Ley N ° 20.584 consagra el derecho del paciente a otorgar o denegar cualquier procedimiento o tratamiento voluntario de carácter médico; jamás la negativa a someterse a tales acciones de salud podrá tener como objetivo acelerar la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio¹²⁷.

Esta asimilación entre la conducta suicida y la conducta del huelguista debe ser rechazada por las mismas razones que analizamos en el capítulo anterior referido a tratamientos médicos. La conducta suicida se caracteriza, al igual que la eutanásica, por buscar como objetivo principal la propia muerte mediante los propios medios o bien mediante el auxilio de un tercero. El éxito de una conducta suicida recae, entonces, en la consecución de la propia muerte.

Sin entrar a evaluar la licitud de tales conductas, parece claro que la conducta del huelguista está lejos de perseguir este objetivo. Más bien, se orienta a ejercer presión sobre la autoridad política con la finalidad de lograr un propósito estimado como valioso. En esta conducta, la muerte aparece nuevamente como una posible consecuencia indeseada pero aceptada de forma libre y autónoma por la persona que se coloca en riesgo. Según señala Gómez, *“El huelguista acepta que de su acción voluntaria se sigue la muerte, no obstante, no desea, ni quiere, ni pretende que ese sea el resultado de su acción”*¹²⁸. En un sentido similar se han pronunciado Precht y Faúndez¹²⁹ además de Vivaldi y Kaufmann¹³⁰.

En fallos más recientes, la Corte Suprema ha aceptado que las huelgas de hambre no pueden ser asimiladas ni a una conducta suicida ni tampoco a una figura eutanásica, pero sí se pueden configurar una hipótesis de *aceleración artificial de la muerte*¹³¹.

Recordemos sobre este punto que la Ley sobre los derechos y deberes de los pacientes (20.584) contempla el derecho de toda persona a rechazar un tratamiento o procedimiento médico. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto. Este derecho puede ejercerse siempre y cuando el rechazo *no tenga como objetivo*: (1.) la realización de conductas eutanásicas; (2.) la realización de conductas suicidas; y (3.) la aceleración artificial de la

¹²⁷ Considerando 6°.

¹²⁸ Gómez, Gastón (2005), p.268.

¹²⁹ Precht, Jorge y Faúndez, Jorge (2013) p. 342-348.

¹³⁰ Vivaldi y Kaufmann (2020) p.91

¹³¹ Corte Suprema, rol 95030-2020 y 95034-2020.

muerte. Para la Corte Suprema, es posible descartar los dos primeros supuestos, pero no así el tercero¹³²:

El resultado de tal conducta, de este modo, al negarse a comer y, eventualmente, a beber, deriva de modo inevitable en un empeoramiento progresivo de su salud, que puede significar finalmente su muerte, no querida, pero sí aceptada. Ello lo ubica en una posición especial en relación con su calidad de paciente, pues no está puesto en ella a causa de una patología, de un accidente o de un compromiso de su salud sobreviniente e independiente de su voluntad, sino de una conducta voluntaria, que él mismo reconoce que podría significarle incluso morir, como podría ser el desafortunado resultado de sostenerla en el tiempo.

De ese modo, la facultad de rechazar tratamientos médicos propia de los pacientes y reconocida en la ley, ha de examinarse en su caso a la luz de la conducta que lo lleva precisamente a la hospitalización, la cual es singular. En efecto y a juicio de estos sentenciadores, el rechazo del recurrido a recibir todo tipo de tratamientos e incluso a ser reanimado en caso de sufrir un paro cardiorrespiratorio, aparentemente parece ubicarse en el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 14 de la ley, dado que no constituye una solicitud eutanásica y tampoco un suicidio, pero necesario es examinarla a la luz de la otra hipótesis de excepción que consagra dicha norma, esto es, la posibilidad de que la decisión de rechazo produzca la “aceleración artificial de la muerte”.

En los casos habituales tal supuesto deviene en puramente teórico, pues si una persona se ve enfrentada a una enfermedad o dolencia capaz de producirle la muerte, la negativa de ser tratada no produce una aceleración artificial sino natural del proceso de muerte, el cual seguirá adelante, sin tratamientos o medidas que pudieran lentificarlo o directamente interrumpirlo. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la vinculación entre la decisión de no alimentarse y el posible resultado de muerte – totalmente residente en el paciente y no en hechos de la naturaleza-, asociados con la negativa de ser auxiliado con tratamiento alguno e incluso no ser reanimado si llegara a hacer un paro cardiorrespiratorio, sí configura a nuestro juicio una situación que puede entenderse, por sus características, como una de “aceleración artificial de la muerte”, la cual configura una excepción legal al derecho

¹³² Corte Suprema. Rol 95034-2020.

al rechazo de tratamientos, que en nuestro ordenamiento no ha sido concebido como absoluto¹³³.

De esta forma, la Corte entiende que las limitaciones referidas la habilitan a disponer no solo el traslado del huelguista a un centro médico, sino también todas las medidas médicas necesarias para el restablecimiento de su salud incluso, como veremos, la alimentación forzada. Por cierto, se trata de una decisión cuestionable. Principalmente, porque la Ley establece un encabezado que guía la forma en que deben entenderse cada una de las limitaciones a este derecho legal: “*En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo (...)*”. El término “objetivo” se refiere a la finalidad de la conducta, es decir, lo que se espera lograr mediante su puesta en marcha.

Es esto lo que tienen en común las tres hipótesis contempladas en la ley. En todas ellas, la conducta persigue la muerte del paciente bien sea mediante su propia mano (suicidio-suicidio asistido) o mediante la conducta ejercida por el médico sobre el paciente (eutanasia). En este sentido, lo que sanciona nuestra legislación es buscar activamente la muerte del sujeto. En los casos de huelgas de hambre, esto no acontece ya que el sujeto no persigue su propia muerte, de hecho, muestra su disposición constante a ser tratado y reestablecer su estado de salud en la medida de que logre sus objetivos políticos.

En el voto de minoría de la sentencia recién transcrita, el ministro Sergio Muñoz ha señalado la necesidad de establecer esta distinción entre la conducta suicida y eutanásica de la conducta desplegada por el huelguista:

Se expresa perentoriamente: “*En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio*” (artículo 14, inciso 3°); al efecto debe tenerse en consideración que en el caso de autos no se busca la muerte por parte de Celestino Córdova Tránsito, aun cuando se acepta la posibilidad que eventualmente ello ocurra. Sin embargo, esta determinación es distinta del suicidio, según se expresó en el voto particular emitido en los autos rol 95.030-2020, por lo cual la conducta que se reprocha no pretende acelerar su muerte, puesto que no es el resultado querido, como tampoco se pretende se practique a su respecto la eutanasia o se le auxilie al suicidio, sea por acción u omisión.

¹³³ Considerando 5°.

Por el contrario la conducta manifestada pretende se le proporcionen condiciones de vida acordes a las tradiciones del pueblo originario del cual forma parte, mientras cumple la pena que le fuera impuesta por los tribunales; conducta que forma parte del derecho de expresión y de petición a la autoridad – garantías amparadas por la Constitución Política de la República–, la cual ha sido considerada y atendida por el Ministerio de Justicia respecto de algunas de sus solicitudes (voto de minoría, n°6).

Así, la asimilación entre la huelga de hambre y la aceleración artificial del proceso de muerte debe ser rechazada por las mismas razones que se rechaza la equiparación de ésta con la hipótesis suicida. La intención del huelguista no es terminar con su vida en tanto su huelga se orienta a la consecución de objetivos percibidos como valiosos.

3. Arbitrariedad de las huelgas de hambre

Ahora bien, la asimilación entre la huelga de hambre y el suicidio no agota necesariamente el debate en torno a la licitud o ilicitud de la conducta. En una cantidad considerable de sentencias se señala que se trata, además, de una conducta arbitraria. Así, por ejemplo, la Corte Apelaciones de Santiago ha caracterizado las huelgas de hambre como un *acto irracional y antojadizo*¹³⁴ en tanto importa la disposición de la propia vida, un derecho que esta Corte ha caracterizado recurrentemente como *absoluto*:

Por otro lado, queda de manifiesto que, el comportamiento de protesta, si bien es un mecanismo generalmente aceptado, cuando se pretenden reivindicaciones sociales, políticas y económicas, no puede quedar entregado al libre arbitrio de quien lo ejerce, sino que este debe estar dotado de racionalidad y, como fundamento de una protesta, no puede estar en juego la propia vida, ya que en ese evento el acto se transforma en irracional, antojadizo, susceptible de ser amparado por la presente va cautelar, razón suficiente para acoger el deducida a fojas 3 por la autoridad política, atento que la legítima protesta, al utilizar métodos que atentan contra la propia vida de la persona humana, muta su conducta en arbitraria, la que no aparece revestida de la necesaria racionalidad¹³⁵.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Valdivia ha reiterado en su jurisprudencia que las huelgas de hambre afectan el *más fundamental* de los derechos (refiriéndose al derecho a la vida) y que además impiden a Gendarmería cumplir con sus funciones de velar

¹³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 38653-2016 y 50903-2017.

¹³⁵ Considerando 6°.

por la vida y salud de los internos, razones que bastarían para fundar el carácter arbitrario e ilegal de la conducta¹³⁶:

Que de las reflexiones precedentes, se concluye que los internos privados de libertad han cometido una perturbación y amenaza grave contra la garantía constitucional invocada, existiendo un peligro serio e inminente para su vida e integridad física, conductas que resultan ilegales y arbitrarias, pues no solo ponen en riesgo el más fundamental de los derechos de la persona humana, su vida, sino que además dicha actitud impide a Gendarmería de Chile cumplir con las finalidades contenidas en su estatuto orgánico, lo que justifica la adopción de las medidas que se dirán, en resguardo de la garantía fundamental amenazada.

Por último, existen también tribunales que en reiteradas ocasiones han mencionado el carácter ilegal y arbitrario de la huelga de hambre sin mayores consideraciones a su respecto. Esta ha sido el caso de la Corte de Apelaciones de Rancagua¹³⁷ y, en múltiples ocasiones, de la Corte de Apelaciones de Temuco¹³⁸:

Que los informes y antecedentes acompañados por el recurrente, confirman su versión, en el sentido de que efectivamente el interno mediante una huelga de hambre líquida desde el 17 de julio del año en curso y actualmente en huelga de hambre seca desde el 8 de agosto del corriente, ha cometido una perturbación y amenaza grave contra las garantías constitucionales invocadas, existiendo un peligro serio e inminente que amenaza su vida e integridad física y psíquica, conducta que reviste el carácter de ilegal y arbitraria, correspondiendo a este tribunal adoptar las correspondientes medidas de resguardo.

La falta de justificación en estas sentencias probablemente se deba a la existencia de recurrentes fallos de la Corte Suprema en que se ha señalado que las huelgas de hambre constituyen conductas ilícitas, no toleradas por el ordenamiento jurídico. Estas afirmaciones se basan en las características especiales del derecho a la vida y en los deberes del Estado para con la vida de los ciudadanos. En este sentido, la Corte ha señalado¹³⁹:

Que por lo razonado hasta ahora y de los antecedentes allegados al recurso cabe concluir que el actuar de los recurridos no sólo pone en peligro su integridad física

¹³⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 450-2015 y 1207-2017.

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 114-2015.

¹³⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, rol 4432-2018.

¹³⁹ Corte Suprema, rol 7074-2010.

y el derecho a la vida que garantiza el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República y que constituye el más esencial de los atributos de la naturaleza humana-, sino que además impide a Gendarmería de Chile cumplir efectivamente con los cometidos que le han sido fijados por su ley orgánica, lo que otorga a dicha conducta caracteres de arbitrariedad que hacen necesario adoptar las medidas que esta vía cautelar autoriza a fin de restablecer el imperio del derecho.

Para comprender de mejor manera el planteamiento de los tribunales, es necesario observar algunas consideraciones que se realizan sobre el derecho a la vida en el marco de la dogmática nacional. Como hemos señalado, el derecho a la vida es percibido como una figura particular con características especiales, siendo una de ellas su pretendida indisponibilidad.

3.1 Indisponibilidad del derecho a la vida

Ya hemos avanzado sobre este punto en capítulos anteriores y hemos señalado que para nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria la vida no se comporta únicamente como un derecho subjetivo (en sentido estricto) sino también como un deber, capaz de obligar a su titular a comportarse de determinada forma¹⁴⁰. Este deber se ha fundado constantemente en el conocido principio de *indisponibilidad de la vida humana*, según el cual serían ilícitos todos los actos desarrollados por una persona (incluso aquellos desarrollados de forma razonada, libre y autónoma) que importen un atentado significativo contra la vida. Se trata, por cierto, de un principio que se presupone implícito (no en un sentido lógico, sino que axiológico) y que se podría inferir a partir del derecho a la vida, más no existe evidencia positiva en el texto constitucional de su existencia¹⁴¹.

En virtud de este principio, se afirma que las personas no tienen dominio sobre su propia vida y no tienen el derecho a terminar con ella, de forma tal que actos como el suicidio, la eutanasia, el rechazo a tratamientos médicos necesarios para continuar con vida o incluso las huelgas de hambre, serían ilícitos constitucionales. En este sentido, Vivanco ha señalado que “sobre la vida no se tiene propiedad, sino que titularidad debido a que la vida y el ser humano se identifican”¹⁴².

¹⁴⁰ En este sentido, ver Marshall, Pablo (2005), Figueroa, Rodolfo (2011) y Tórtora, Hugo (2011).

¹⁴¹ Tórtora, Hugo (2011) y Vivaldi, Lieta y Kaufmann, Rodrigo (2020).

¹⁴² Vivanco, Ángela (2006) p. 159.

En cambio, las personas tendrían un deber (si se quiere, fundamental) de mantenerse con vida y de orientar su conducta de forma adecuada a la mantención de las funciones biológicas del organismo. Sobre el contenido y alcance de este deber, podemos notar la existencia de al menos dos posturas discrepantes. La primera de ellas ha sido sostenida por Faúndez y Díaz, según los cuales este deber no sería absoluto, sino que trataría de un deber *derrotable*, que debe ser ponderado con el derecho a la libertad de expresión y la autonomía de los huelguistas¹⁴³. De esta forma, no toda huelga de hambre ni todo acto de disposición sería ilegal o arbitrario, sino que habría algunos que resultarían plenamente justificados a la luz de las circunstancias de un caso concreto. En esta primera configuración, el principio de indisponibilidad de la vida humana admitiría algunas excepciones.

Si bien esta postura no es mayoritaria ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, es posible encontrar algunos casos en que la Corte de Apelaciones de Concepción ha desarrollado una solución bajo estos criterios¹⁴⁴. Luego de asignar un mayor peso abstracto al derecho a la vida, la Corte ha sostenido que, con todo, este derecho no es *absoluto* y debe *armonizarse y ponderarse* con el resto de los derechos fundamentales, en especial con la libertad de expresión y la autonomía de los huelguistas. De esta forma:

Si bien desde una perspectiva abstracta pudiere afirmarse que el derecho a la vida tiene un peso mayor que el de la libertad general de acción, llevado el conflicto a su dimensión concreta y ponderados los niveles de afectación de cada uno de estos derechos, en razón de las restricciones que se pretenden, la conclusión varía, pues el grado de afectación del derecho a la vida, en el caso específico de que se trata, no tiene la entidad suficiente para legitimar una restricción intensa de la libertad de acción y de expresión.

De forma algo más sutil, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt también ha solucionado algunos casos de acuerdo con un esquema en que se configura una colisión de derechos fundamentales¹⁴⁵, de forma que la huelga de hambre no sería siempre ilícita. En particular,

¹⁴³ Faúndez, Juan y Díaz, Iván (2014).

¹⁴⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 8159-2016 y 19487-2019. Con todo, este criterio no ha sido mantenido en el tiempo y fue revertido en el último fallo de esta corte, rol 15816-2020, en que no se hace referencia a la existencia de un conflicto entre derechos ni tampoco a la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación.

¹⁴⁵ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 195-2015, considerando 4°.

esto ocurre cuando no parece estar acreditado que la vida de los huelguistas corra un peligro inminente:

Que, aclarado lo anterior, se revela el principal problema, a saber, si es pertinente actuar frente al comportamiento libre de personas que han puesto en riesgo su vida e integridad, debiendo determinar jurisdiccionalmente hasta dónde debe respetarse esa libertad y hasta dónde es admisible la intervención del Estado a favor de su derecho a la vida. Que, en el caso sublite, no hay antecedentes suficientes, por ahora, que permitan determinar el nivel de riesgo, para desplazar el principio de autonomía de la persona o libre desarrollo de la personalidad, componente de su dignidad humana, derecho que en la especie se hará prevalecer respecto del ya aludido interés público constitucional del Estado respecto del cuidado de la vida de las personas.

Esta primera posición contrasta con aquellos autores que han planteado que el deber de mantenernos con vida sería absoluto, de forma tal que no existiría una justificación posible y suficiente como para fundar legítimamente un atentado contra la propia vida. De esta manera, el principio no admitiría ningún tipo de excepción. Así se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴⁶:

Este esencial derecho de rango constitucional (el derecho a la vida) es de carácter absoluto y al margen de toda disposición patrimonial, siendo un deber del Estado procurar que se mantenga incólume, no solo frente a actos u omisiones del propio Estado y de particulares, sino que también del propio individuo, de manera que cuando éste realice, de cualquier forma, un auto atentado a tan básico y esencial derecho, que tiene la máxima protección legal, es factible, a través de esta vía constitucional, otorgar protección cuando aquel derecho se vea amagado, incluso por propia voluntad del individuo, puesto que hay un deber ineludible no solo para el individuo de auto protección, sino que del propio Estado de velar por su respeto y cuidado, cuando el propio asegurado, no cuida de este esencial derecho humano. Es indesmentible que una **huelga de hambre**, como la que está llevando a cabo el recurrido, constituye un atentado grave, serio e intolerable a la vida humana, que es preciso proteger, ya que al Estado le interesa que las personas vivan y se

¹⁴⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 38653-2016 y 50903-2017.

desarrollen de acuerdo a sus potencialidades y, toda la legislación apunta a que la persona viva sin amenaza alguna a su desarrollo.

Del mismo modo se han pronunciado la Corte de Apelaciones de Coyhaique¹⁴⁷ y la Corte de Apelaciones de Punta Arenas¹⁴⁸ al sostener la inexistencia de razones que puedan permitir un acto de disposición de la vida humana:

Que, de esta manera, la acción cautelar que se pide lo es respecto del comportamiento anómalo de un interno del Centro de Detención Preventiva de Puerto Aysén, en cuyo favor se dirige el recurso, en cuanto a haberse declarado en **huelga de hambre** líquida, lo que sin duda alguna constituye una perturbación y amenaza grave contra su vida, y un atentado a su integridad física, conducta que sin duda es arbitraria pues no hay razón que la justifique cualquiera sea el motivo que la causa, y también es ilegal porque no existe norma alguna que permita y ampare ese actuar, que infringe la garantía contemplada en el artículo 19 N°1, de la Constitución Política de la República.

Nótese que, en uno y otro caso, el planteamiento sobre el alcance del principio de indisponibilidad depende del valor asignado a la vida humana. Para la primera postura, la vida no sería un bien jurídico absoluto, aunque sí un bien de mayor valor que el resto de los bienes jurídicos protegidos mediante derechos fundamentales. Esto justifica la existencia de figuras que, bajo determinadas circunstancias, permiten dar muerte a otro de forma justificada tales como la pena de muerte o la legítima defensa, o figuras que en ciertos casos permiten la propia muerte, como podría ser una huelga de hambre. En cambio, la segunda postura descansa sobre una concepción absoluta del derecho a la vida según el cual este derecho no puede ser vulnerado en ninguna circunstancia y toda afectación al mismo constituye un acto ilícito. El principio es aquí absoluto en tanto no se encuentra sujeto a ningún tipo de excepción.

Respecto de la fundamentación del principio de indisponibilidad de la vida humana también podemos encontrar dos posturas claramente diferenciadas, ambas relacionadas con la “sacralidad” de la vida. Según la primera, la vida humana es indisponible por razones de índole religiosa, es decir, porque la vida humana pertenece (en alguno de los sentidos de este término) a una entidad diversa de la persona que es titular del derecho. No es

¹⁴⁷ Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 23-2014.

¹⁴⁸ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 62-2012.

necesario indagar mucho para percibir que nuestra dogmática (y en ocasiones nuestra jurisprudencia) ha recurrido a este tipo de fundamentación¹⁴⁹.

Una segunda forma de justificar este principio es a partir de argumentos no religiosos, sino que laicos, compatibles con una posición democrática y constitucional al interior de un estado de derecho. Para quienes comparten esta visión, la vida humana es indisponible por razones de índole práctica, generalmente vinculadas con las consecuencias (percibidas como nocivas) de permitir a la gente terminar anticipadamente con sus vidas y en el interés (percibido como legítimo) de que el Estado cautele la vida de los ciudadanos. Usualmente, se ha señalado que de permitirse conductas de disponibilidad de la vida humana se estaría debilitando el valor que asignamos a este bien jurídico y moral, de forma tal que los atentados contra la vida se tornarían cada vez más habituales¹⁵⁰. Asimismo, quienes defienden esta postura suelen temer que permitir estas conductas podría conducir a presiones ilegítimas dirigidas contra quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad o incluso alentar el desinterés de la sociedad en la protección de las personas.

Esta parece ser la línea argumental que ha seguido la Corte Suprema en fallos recientes, en que el deber de mantenernos con vida puede afianzarse en un determinado componente social¹⁵¹:

Ello se condice, sin dudas, con la naturaleza de la garantía contenida en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del individuo, la cual no solo importa el respeto a las decisiones del sujeto respecto de su proyecto de vida y su auto cuidado, sino que tiene un componente social en el sentido que también es legítimo interés colectivo cautelar la vida y la salud de las personas, especialmente de aquellas que, por sus condiciones de vulnerabilidad, pueden no tener los medios o la autonomía para asegurarlas por sí mismas. En ese tenor, el artículo 5° de la Carta Fundamental establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover tales derechos (esenciales que

¹⁴⁹ En este sentido, es posible citar, entre otros, a Evans (2004): "Todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida (...) La vida, por ser el don primario que Dios ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal" (p.113). Y también a Cea (1980): "La vida posee esa cualidad única y esencial en el ámbito de los derechos humanos, porque es fuerza misteriosa y creadora, es devenir continuo que se opone a la inmutabilidad del ser" (p.95).

¹⁵⁰ Este es el típico argumento denominado como "pendiente resbaladiza", según el cual de aceptarse una conducta (percibida como menos grave) se estaría contribuyendo a que en un futuro se aceptaran otras conductas similares (pero percibidas como sumamente graves).

¹⁵¹ Corte Suprema, rol 95030-2020, considerando 3°.

emanan de la naturaleza humana), garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, derechos de suyo inalienables e indisponibles.

La expresión “interés colectivo” utilizado por la Corte es ciertamente novedosa en tanto no ha formado parte de su línea argumental previa que se basaba casi exclusivamente en sostener el carácter fundamental y primario del derecho a la vida. Asimismo, destaca el hecho de que en su jurisprudencia actual la Corte se ha pronunciado sobre el deber de respetar la autonomía de los individuos y ha caracterizado el derecho a la vida como un derecho a una vida digna, que valga la pena ser vivida. Sin embargo, esta novedad acompaña los mismos elementos que ya hemos revisado en fallos anteriores: la declaración de que la huelga de hambre es ilícita y la declaración de que se pueden realizar todos los esfuerzos médicos necesarios para restablecer la salud del paciente sin contar con la autorización de éste. Por esta razón, pese a la novedad de parte del argumento, no parece tratarse de una línea jurisprudencial que introduzca una variación significativa en la forma en que han sido resueltos estos casos.

Con todo, sí nos permite una reconstrucción más adecuada del principio de indisponibilidad en tanto, actualmente, parece ser claro que los tribunales rechazan que este principio pueda ser fundado en razones divinas o de carácter religioso. En cambio, se ha optado por una versión laica del principio según la cual se plantea la existencia de un legítimo interés del Estado en la mantención de la vida de las personas. Según este planteamiento, el derecho a la vida contempla también una norma que atribuye competencia a los tribunales para resguardar la vida de las personas contra atentados provenientes de las más diversas fuentes, incluyendo la propia conducta¹⁵².

Se configura, así, un derecho que tiene un interés distinto a la autonomía individual, que no está necesariamente vinculado con el aumento de las libertades individuales, sino que, en ocasiones, todo lo contrario: una versión de un derecho que nos obliga a comportarnos de determinadas formas o por lo menos a renunciar a ciertos cursos de acción que no provocan ningún daño a terceras personas. La justificación de este tipo de concepción radica en el propio bienestar de la persona, según el cual el Estado está facultado para disminuir la libertad individual en función de asegurar la supervivencia del sujeto. En última instancia, podemos hablar de un derecho fundamental paternalista (esté o no justificado).

¹⁵² Casini, María (2011), p. 43.

4. La legitimación activa y los deberes del Estado

Una de las materias ampliamente discutidas a partir de esta jurisprudencia es quién tiene legitimación activa para interponer la correspondiente acción de protección y si esta puede o no ser dirigida contra los huelguistas. Partamos este debate señalando que la situación habitual es que el legitimado activo para interponer este tipo de acciones es el titular del derecho o cualquiera a su nombre¹⁵³. A su vez, lo normal es que esta acción se invoque contra el destinatario de la norma que, asumimos, debe ser un sujeto distinto del titular del derecho.

Pues bien, y como hemos revisado, en los casos de indisponibilidad de la vida humana (huelgas de hambre y transfusiones) se ha tornado una costumbre que la acción es interpuesta por un órgano o autoridad estatal contra los titulares del “derecho”. Una situación que, por cierto, implica aceptar que un derecho fundamental puede ser invocado contra su titular (el que se convierte entonces también en destinatario) para exigir de este el cumplimiento de un deber. En este caso, se trata de un deber que se ha estimado como fundamental y que consistiría en la realización de determinadas conductas necesarias para mantenernos con vida, conductas que se desarrollan principalmente en el ámbito médico y que implican la aceptación de tratamientos estimados como indispensables para la salud del paciente. De esta manera, los tribunales han entendido que otros sujetos distintos del titular pueden accionar contra éste cuando demuestran un interés directo en la protección de los bienes jurídicos amparados mediante los derechos fundamentales.

Para fundamentar esta legitimación activa, las Cortes de Apelaciones han sostenido que los huelguistas se encuentran en un especial grado de vulnerabilidad. Un pasaje recurrente en esta jurisprudencia se refiere a la legitimación que tendría Gendarmería para accionar en contra de los huelguistas cuando estos se encuentran privados de libertad, fundado principalmente en la existencia de un conjunto de deberes que no podrían ser satisfechos de mantenerse la huelga de hambre:

Que es obligación de Gendarmería, de acuerdo con su Ley Orgánica y su respectivo Reglamento, atender el cuidado y atención de las personas privadas de libertad en los recintos penitenciarios y carcelarios que administra, proporcionar atención médica y alimentación adecuadas a la condición humana y velar por los derechos

¹⁵³ Es opinión unánime, en nuestro contexto jurídico, que la acción de protección no es una acción popular, sino que debe ser interpuesta por quien manifiesta un interés directo en el restablecimiento del imperio del derecho.

constitucionales de los internos, en especial por la salud y vida de aquellos, lo que permite concluir que dicha institución tiene legitimación activa para deducir el presente recurso (considerando 3º)¹⁵⁴.

La Corte Suprema ha confeccionado esta legitimación activa a partir de los deberes estatales vinculados con el DIDH, siendo esta una de las pocas ocasiones en que estas normas juegan un rol sustantivo en la especificación del derecho a la vida. La Corte cita los casos *Juan Humberto Sánchez vs Honduras* y el caso *Instituto Reeduación del Menor vs Paraguay* para señalar la existencia de una posición específica del Estado frente a aquellos individuos que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad. Sería esta posición específica del Estado frente a las personas privadas de libertad la que justificaría el interés necesario para accionar de protección¹⁵⁵.

En este orden de ideas, es dable sostener que Gendarmería de Chile –como órgano del Estado - detenta un tipo de responsabilidad que cabe denominar como “privilegiada” en relación a la vida y salud de las personas privadas de libertad, respecto de otros ciudadanos que no se encuentran bajo dicha medida, toda vez que aquéllos están bajo una restricción de su expresión de autonomía, en el ámbito del desplazamiento como también en la disposición de su integridad física, salud y vida, de la que, como se viene diciendo, es garante el servicio aludido. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual considera que la situación de privación de libertad de una persona en recintos penitenciarios, impone al Estado una obligación especial respecto a la garantía y cautela de sus derechos: “El Estado como garante de este derecho le impone la prevención en aquellas situaciones -como ahora en el sub judice- que pudieran conducir, incluso por acción u omisión, a la supresión de la inviolabilidad del derecho a la vida. En este sentido, si una persona fuera detenida en buen estado de salud y posteriormente, muriera, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos, ya que en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida” (Caso Juan

¹⁵⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, rol 3496-2018.

¹⁵⁵ Corte Suprema, rol 95030, considerando 4º.

Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99). En el mismo sentido: “Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna” (Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112).

Tal calidad de garante es, precisamente, la que justifica que pueda interponerse una acción de protección a favor de la vida de los internos en un recinto penitenciario, de tal modo que, sin perjuicio del ejercicio que éstos hagan de su libertad de conciencia y de su derecho a manifestarse, no se pierda de vista que, en el plano de la protección de su salud y de su vida, ha de prevalecer el principio de beneficencia por sobre el de autonomía, precisamente por la condición de vulnerabilidad propia de quien se halla privado de libertad. Tal preocupación no es posible de renunciar por parte del Estado, el que no se halla liberado de su deber de cuidado ni aún ante conductas de riesgo de la persona encarcelada, ya que tal cosa – en la especial circunstancia en que tal sujeto se encuentra – podría derivar en una ilegítima omisión de socorro, con la excusa de que la decisión que ha tomado la persona en prisión libera a la Administración de sus deberes prioritarios hacia ella.

Sin embargo, el uso de esta jurisprudencia puede ser cuestionado dada su escasa relación con la materia tratada, pues si bien se trata de casos en que existen personas privadas de libertad, en ninguno de ellos nos encontramos ante una huelga de hambre ni ante un cuestionamiento sobre la licitud de las conductas de los internos. Es más, podemos cuestionar el hecho de que la Corte Suprema omite otras menciones mucho más pertinentes en el ámbito del DIDH. Así, por ejemplo, no se ha considerado que en 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refirió a la situación de los presos en Guantánamo y calificó la alimentación forzada que se les administraba como tratos

inhumanos y degradantes¹⁵⁶. Volveremos sobre la alimentación forzada en el apartado siguiente.

Otro punto que debe ser analizado es la situación de huelguistas de hambre que no se encuentran privados de libertad. En estos casos, se ha aceptado de todas formas la legitimación activa de intendentes, gobernadores y alcaldes para recurrir contra los huelguistas. De ello podemos concluir que la posición especial de garante de la que habla la Corte Suprema no solo permite fundar la legitimación activa en el caso específico de las personas privadas de libertad, sino que su alcance sería bastante mayor. Así, podemos encontrar referencias similares en la Corte de Apelaciones Concepción¹⁵⁷ y en la Corte de Apelaciones de Rancagua¹⁵⁸:

Lo normal es que quien recurre lo hace como titular de un derecho amenazado o vulnerado o que lo haga un tercero a favor del titular, en los términos previstos en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental. En la especie, como ya se indicó, un tercero acciona contra el titular del derecho.

Excepcionalmente, nuestros tribunales han permitido esta última situación en hipótesis donde el riesgo vital es inminente y siempre que quien acciona tenga algún rol que cumplir respecto del cuidado de la persona de que se trata.

La autoridad que acciona ha invocado el carácter de custodio genérico de la seguridad e integridad de los habitantes de la región, de acuerdo a la normativa que regula sus funciones, y en tal condición se aceptará la posibilidad procesal de presentar un recurso de protección en los términos indicados (considerando 6°).

De esta forma, la posición especial de garante puede ser entendida no solo respecto de las personas privadas de libertad, sino que también de aquellas personas que, en pleno uso de su libertad ambulatoria, han decidido ejercer una huelga de hambre en el espacio

¹⁵⁶ En específico, la CIDH sostuvo que: “La alimentación forzada que se ha estado llevando a cabo en Guantánamo está considerada ampliamente como violatoria de la ética médica y el derecho internacional, que prohíbe tratos crueles, degradantes y humillantes.”

¹⁵⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 8159-2016.

¹⁵⁸ Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1114-2015. Señala: Que, en tales circunstancias, la autoridad recurrente, autorizada por el deber que le impone velar por el orden público y la seguridad de los habitantes de esta provincia, manifiesta su preocupación, a través de esta acción, respecto a las consecuencias que sobre la salud de los huelguistas conlleva la no ingesta de alimentos, teniendo en consideración especialmente la edad y padecimientos que presentan todos estos (considerando 2°).

público. Esto ha generado cuestionamientos sobre la forma en que la Corte entiende los derechos fundamentales, pero también el cumplimiento de los deberes estatales.

En este sentido, podemos señalar que la postura de la jurisprudencia nacional es inadecuada para responder al problema jurídico que plantean estos casos. Ciertamente, podemos estar de acuerdo en que el Estado tiene un deber de velar por el bienestar de la población y no parece ser dudoso que este deber contempla algunas acciones (y omisiones) tendientes a custodiar el derecho a la vida y el derecho a la salud de los habitantes. Pero de ello no se infiere que las personas en situación de huelga de hambre vean limitados sus derechos fundamentales por existir tales deberes, así como tampoco es una consecuencia necesaria el poder hacer uso de una acción que, por definición, protege y ampara derechos fundamentales.

La pregunta central en estos casos es cómo se satisfacen habitualmente los deberes estatales: si con medidas específicas favorables a la población o mediante actos de imperio sobre los ciudadanos. De esta forma, podemos señalar que el Estado se encuentra obligado a proporcionar alimento a las personas privadas de libertad y garantizar el acceso a la salud para aquellas personas que se encuentren en un estado de riesgo, pero este deber se cumple proporcionando el alimento o el acceso, no forzando la alimentación ni el tratamiento. Parece claro en este sentido que si el Estado proporciona alimentos y apoyo médico al huelguista (aun cuando éste decida no utilizar dichos insumos) cumple de forma cabal con sus deberes.

Dentro de la jurisprudencia analizada es posible encontrar votos de minoría en la Corte Suprema que sostienen precisamente esta tesis según la cual la existencia de los mencionados deberes estatales no permite justificar la legitimación activa de la acción de protección y tampoco la existencia de un deber de mantenerse con vida. En este sentido se han pronunciado los ministros Haroldo Brito¹⁵⁹ y Sergio Muñoz¹⁶⁰.

Para el primero, es claro que habiéndose proporcionado alimento a los huelguistas y existiendo recurrentes intentos de que estos sean evaluados en cuanto a su estado de salud se han cumplido todos los deberes que el Estado tiene en esta materia:

Finalmente, en cuanto a la forma de proceder del estado, en este caso concreto de la administración penitenciaria, si bien es cierto que le asisten los deberes que se

¹⁵⁹ Corte Suprema, rol 7074-2010.

¹⁶⁰ Corte Suprema, rol 95030-2020.

destacan por la mayoría, en nuestro criterio el deber de cuidado de los reclusos que ha sido atribuido a Gendarmería no es ilimitado y en la especie, inequívocamente se encuentra cumplido. En efecto, es claro que éste deriva de la circunstancia del confinamiento dispuesto por el propio estado y de la disminución o, simplemente, de la pérdida de las aptitudes para la autoprotección. Pues bien, en las circunstancias de la especie, tal deber de cuidado se encuentra cumplido con la oportuna puesta a disposición de los reclusos de todos los medios necesarios para impedir el deterioro físico y psíquico, y más allá de la entrega de tales recursos no es exigible otra prestación. Con tal hecho claramente se ha cumplido un estándar mínimo y eficiente a estos efectos, el que produce el efecto de liberar al estado del debido deber de cuidado a consecuencia de la especial condición de aquellas personas.

Tal efecto eximente es consecuencia de la imposibilidad de superar un ejercicio extremo de los derechos a la vida y la libertad, porque el estado carece de potestades para intervenir en opciones personales sustentadas en esta clase de derechos (voto de minoría, n°4).

Por su parte, Muñoz argumenta que el deber de Gendarmería no puede ser considerado como un deber absoluto y mucho menos puede significar un atentado en contra de la autonomía de las personas en huelga de hambre:

Establecidas las premisas anteriores, es posible sostener, en opinión de este disidente, que el tema central en estos autos estriba en determinar hasta dónde puede Gendarmería de Chile, en cumplimiento del deber de cuidado personal de los internos, aplicar su normativa en contra de la voluntad de quienes impugnan la sentencia dictada en autos. Al respecto, es preciso dejar establecido que, si bien sobre Gendarmería recae el deber de resguardar la integridad física, síquica y salud de los internos en los centros penitenciarios, no lo es a todo trance, puesto que dicho mandato debe observar siempre, como límite infranqueable, el respeto de la autonomía personal y la libre expresión de las ideas de los individuos bajo su cuidado, por ser manifestación de su dignidad, no afectar a terceros y tener plena conciencia, capacidad y control de sus actos.

En este orden de ideas, cabe agregar que tanto la solicitud a la autorización judicial y el respectivo pronunciamiento de los tribunales, para efectos de disponer la entrega de un tratamiento o de alimentación por la fuerza o contrariando la voluntad

libremente manifestada por los internos, configura indefectiblemente un desconocimiento de los antedichos derechos, al perturbar la autodeterminación, como el goce y ejercicio de aquellas garantías no afectadas por la privación de libertad (voto de minoría, n°4).

En ambos casos, parece claro que los deberes del Estado y de Gendarmería no son suficientes como para fundamentar la legitimación activa ni mucho menos la existencia de un deber absoluto que restrinja derechos fundamentales como la libertad de expresión y la autonomía de los huelguistas. Una solución más acorde debiese considerar que la acción de protección podría no ser una vía idónea para solucionar problemas que claramente se refieren a cuestiones políticas y no jurídicas. Ello porque, entre otras cosas, la solución que los tribunales han dado en esta materia implica serias lesiones y daños que podrían ser considerados como sumamente desproporcionados con el objeto de “reestablecer el imperio del derecho”. Entre ellos, la alimentación forzada.

5. Licitud de la alimentación forzada

Para restituir el imperio del derecho, las Cortes han estimado necesario el traslado de los internos a centros de salud para que se les practiquen todos los procedimientos médicos necesarios para resguardar su vida. Entre estas medidas, la dogmática ha discutido sobre la licitud de la alimentación forzada. Ésta se constituye por un conjunto de procedimientos mediante los cuales se ingresan alimentos en estado líquido al organismo del paciente sin contar con su consentimiento. Parece evidente que se trata de una técnica que vulnera derechos tales como la integridad física y psíquica del huelguista, además de constituir una violación contra su autonomía y su dignidad. Estos cuestionamientos también se han producido en el ámbito del Derecho Internacional.

En este sentido, la Declaración Médica de Malta de la Asociación Médica Mundial ha calificado la alimentación forzada como un trato inhumano y degradante que no puede ser aceptado bajo ninguna circunstancia:

Todos los tipos de intervenciones para la alimentación enteral y parenteral contra la voluntad de la persona en huelga de hambre mentalmente competente son considerados “alimentación forzada”. La alimentación forzada nunca es éticamente aceptable. Incluso con la intención de beneficiar, la alimentación con amenazas, presión, fuerza o uso de restricción física es una forma de trato inhumano y degradante. Al igual que es inaceptable la alimentación forzada de algunos

detenidos a fin de intimidar o presionar a otras personas en huelgas de hambre para que pongan término a su ayuno¹⁶¹.

En un sentido similar se ha pronunciado el Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile, adoptando una concepción del derecho a la vida que no se reduce únicamente a su aspecto biológico, sino que incluye una necesaria conexión con la autonomía¹⁶². La vida implica, según este planteamiento, considerar un *aspecto biográfico* que incluye creencias, valores, expectativas y afectos que pueden verse vulnerados mediante la alimentación forzada. Por ello, el análisis de su licitud o ilicitud debe considerar la *dimensión espiritual* del huelguista:

Sin embargo, pensamos que la existencia del individuo no se agota en su vida puramente biológica, sino que comprende también una vida biográfica, donde radican las creencias, valores, expectativas, afectos y otros aspectos que constituyen la individualidad personal y que se manifiesta a través del respeto del principio de autonomía o en la concepción kantiana de dignidad humana. Por lo tanto, alimentarlo en contra de su voluntad no solo vulnera su autonomía, sino que sería un acto malifecente, porque puede dañarlo en su dimensión espiritual o física, si se lo alimenta mediante el uso de la fuerza. En este sentido, consideramos que la valoración de los riesgos y beneficios de la alimentación forzada debe incluir no solo los aspectos físicos o biológicos, sino que también la dimensión espiritual de la persona en HH (Huelga de Hambre).

Nótese que desde esta visión podemos señalar que toda alimentación forzada a una persona en huelga de hambre genera dos tipos de daños distintos. Por un lado, se vulnera la integridad física y psíquica del paciente en tanto es forzado a someterse a un procedimiento médico contrario a su voluntad, soportando la intromisión del Estado. Por otro, se vulnera la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de una persona a quien se priva de una decisión que puede ser significativa para su proyecto de vida.

Pese a que la discusión dogmática ha sido desarrollada por diversos autores, la jurisprudencia ha sido sumamente escueta al momento de abordar el daño provocado por alimentación forzada de los huelguistas. La mayoría de las sentencias solo consideran

¹⁶¹ <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-malta-de-la-amm-sobre-las-personas-en-huelga-de-hambre/>

¹⁶² Salas, Sofía y otros (2018), p. 1060.

referencias genéricas en que se autoriza al personal médico a desarrollar procedimientos tendientes a salvar la vida de los pacientes, pero no se han encontrado análisis sobre los principios, valores y derechos que se encuentran en conflicto. En algunos casos muy específicos, podemos encontrar sentencias que disponen limitaciones al uso de la fuerza o que solo autorizan a trasladar al huelguista a un centro médico, pero sin la posibilidad de alimentarlo contra su voluntad¹⁶³.

Una excepción a lo anterior lo encontramos en el voto de minoría del ministro Sergio Muñoz en el caso de *Celestino Córdoba*, en que dedicó varios pasajes al análisis de los procedimientos médicos forzados y a la situación especial del huelguista privado de libertad. A su juicio, la alimentación o cualquier otro procedimiento forzado implicaría privar a la persona de derechos que no pueden verse limitados únicamente por su privación de libertad¹⁶⁴:

En este orden de ideas, cabe agregar que tanto la solicitud a la autorización judicial y el respectivo pronunciamiento de los tribunales, para efectos de disponer la entrega de un tratamiento o de alimentación por la fuerza o contrariando la voluntad libremente manifestada por los internos, configura indefectiblemente un desconocimiento de los antedichos derechos, al perturbar la autodeterminación, como el goce y ejercicio de aquellas garantías no afectadas por la privación de libertad.

De este modo, cualquier medida que se disponga por la autoridad penitenciaria de manera forzosa, se torna en una afectación a la dignidad de los internos, al desoír su clara y libre manifestación de voluntad. Excepcionalmente y siempre que la situación de salud lo haga estrictamente necesario, resulta procedente disponer el traslado de los internos a un centro de salud hospitalario intercultural, a fin que se le brinde una total y completa atención médica con pertinencia cultural en el resguardo de su salud, facultad que debe realizarse con pleno respeto de la dignidad del interno, aplicando los tratamientos médicos aceptados por los internos, excluyendo especialmente el uso de la fuerza física o de cualquier afectación a la libertad y autónoma determinación personal.

¹⁶³ En este sentido solo se encontraron dos sentencias, ambas de la Corte de Apelaciones de Temuco: rol 724-2013 y 1101-2014.

¹⁶⁴ Corte Suprema, rol 95030-2020, voto de minoría, número 4.

Por las anteriores consideraciones, es posible señalar que la alimentación forzada debe ser rechazada como una técnica válida en el ámbito jurídico, primero porque no existen normas explícitas que la permitan y segundo porque genera un daño considerable que no ha sido justificado por la jurisprudencia nacional.

6. Conclusiones

La jurisprudencia mayoritaria afirma que las huelgas de hambre constituyen una conducta ilegal y arbitraria, aunque con distintos fundamentos. Aquellos tribunales que se refieren a la ilegalidad establecen relaciones de analogía entre figuras ilícitas (como el suicidio, suicidio asistido o aceleración artificial de la muerte) y las huelgas de hambre, además de recurrir constantemente a la normativa que regula los deberes de Gendarmería respecto de las personas privadas de libertad. Aquellos que se refieren a la arbitrariedad, en cambio, recurren al principio de indisponibilidad de la vida humana y a una concepción según la cual la vida es un bien absoluto que no puede ser destruido en ninguna circunstancia. A su vez, un número importante de sentencias recurre a ambos criterios y, en ocasiones, sin justificar ninguno de los dos.

Al igual que en la línea jurisprudencial anterior, es posible evidenciar que las afirmaciones presentes en la dogmática del derecho a la vida juegan también un papel relevante al momento de resolver casos sobre huelgas de hambre. En particular, la jurisprudencia cita explícitamente la afirmación (2.) sobre el carácter absoluto del derecho a la vida, (3.) sobre la existencia de un deber de permanecer con vida y (4.) sobre la indisponibilidad de la vida humana. Nuevamente, la premisa (1.) sobre la naturaleza ontológica del derecho a la vida no es mencionada en la mayoría de los casos, aunque existen buenas razones para suponer que se encuentra implícita como fundamento de la jerarquía superior del derecho a la vida.

La concepción resultante nuevamente puede definirse como compleja (en tanto no se entiende el derecho a la vida únicamente como un derecho subjetivo), estable (en tanto no ha variado sustantivamente a lo largo de los años) y paternalista (debido a que el derecho a la vida es empleado para justificar una reducción importante de la libertad los huelguistas con la finalidad de asegurar su sobrevivencia). Se trata, asimismo, de una concepción jerarquizada en que el derecho ocupa un lugar preponderante en relación con otros derechos fundamentales, en este caso, con la libertad de expresión.

Sobre el bien jurídico protegido, la mayoría de las sentencias entiende que el derecho a la vida protege o ampara la vida biológica del ser humano y solo unas pocas cortes han establecido que también se debiese proteger el derecho a desarrollar un plan de vida u otra figura semejante. También es posible encontrar un conjunto de sentencias que se refieren a la vida digna y que a partir de este concepto desarrollan deberes del Estado referentes a respetar la autonomía de las personas. Con todo, se trata de casos particulares y no de una práctica generalizada.

Curiosamente, ha sido la propia Corte Suprema la que ha sostenido que el derecho a la vida protege no solo la vida biológica, sino que también la vida *biográfica* de las personas, pero ello no ha derivado en una solución diferente de los casos relativos a huelgas de hambre. Pese al reconocimiento de un interés protegido diverso, la vida biológica sigue manteniendo un predominio ontológico sobre el desarrollo de un plan de vida cuando éste implica un riesgo de muerte.

De esta forma, la concepción dominante del derecho a la vida se configura a partir de una noción biologicista e indisponible (o irrenunciable) según la cual es posible fundar un deber de conducta para el titular. Este deber se ha fundamentado recurrentemente en el rol del Estado como garante de la vida y salud de la población. En esta línea, no existe una diferencia considerable entre las huelgas de hambre realizadas por personas privadas de libertad y aquellas realizadas por personas en pleno uso de su libertad ambulatoria.

En relación con la fundamentación de los casos, nuevamente identificamos algunas falencias, principalmente respecto de la *completitud* de la argumentación ofrecida por los tribunales respecto de la alimentación forzada. En este sentido, la doctrina nacional e internacional ha caracterizado la alimentación forzada como una figura sumamente cuestionable, asemejándola a los “tratos inhumanos”, “degradantes” e “indignos”. Del mismo modo, desde el ámbito médico se ha puesto énfasis en la importancia de respetar los derechos y la autonomía del paciente. En esta reconstrucción resulta interesante distinguir entre dos tipos de daños: el primero, que afecta la autonomía del huelguista, a quien se priva de la posibilidad de tomar una decisión relevante, y un segundo daño que enfrenta en tanto paciente, por medio del cual se vulnera su integridad física y psíquica.

Este doble daño ha sido completamente ignorado por la jurisprudencia nacional con la salvedad de algunos votos de minoría. En la gran mayoría de los casos, la medida dispuesta por los tribunales para “resguardar el imperio del derecho” incluye (de forma explícita o

implícita) la alimentación forzada. Para ello, no se ha desarrollado ninguna justificación significativa.

También es posible identificar fallos de la Corte Suprema en que el DIDH es utilizado de forma parcial, seleccionando específicamente fragmentos de sentencias que parecen indicar la necesidad de intervención estatal, pero ignorando completamente todo el material adicional que rechaza la posibilidad de forzar tratamientos médicos. Esto constituye un claro ejercicio de *Cherry Picking*, es decir, de selección antojadiza de la información disponible.

VI. Medicamentos de alto costo

1. Jurisprudencia mayoritaria

La tercera, y última, línea jurisprudencial que analizaré se refiere al acceso a medicamentos de alto costo, es decir, la pretensión de que el Estado amplíe la oferta de tratamientos y medicamentos disponibles para cubrir aquellas enfermedades que han sido excluidas en la elaboración de políticas públicas. En este sentido, es habitual que las personas que sufren enfermedades no consideradas en la legislación vigente recurran a los tribunales de justicia, vía acción de protección, para que se obligue al Ministerio de Salud a adquirir y suministrar el medicamento o tratamiento requerido. El principal argumento de esta solicitud es que la vida del paciente se ve comprometida de tal forma que, de no suministrarse el medicamento, este morirá.

Para confeccionar este capítulo, se analizaron 33 sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones entre 2010 y 2020, en causas que tenían por objetivo lograr que se otorgase una prestación médica no incluida en la legislación vigente¹⁶⁵. De este grupo, la prestación fue concedida en 21 oportunidades bajo el argumento central de que el derecho a la vida es absoluto en tanto no puede verse limitado por cuestiones de índole presupuestaria. Este argumento ha sido reiterado constantemente por las cortes de Concepción¹⁶⁶, Rancagua¹⁶⁷, San Miguel¹⁶⁸, Santiago¹⁶⁹ y Valdivia¹⁷⁰. Ahora bien, todos estos casos son posteriores al

¹⁶⁵ Para obtener estas sentencias se consultaron las bases de datos de Vlex y Legal WestLaw Chile filtrando por palabras clave: “derecho a la vida”; “medicamentos”; y “tratamientos”. Luego, se eliminaron todas aquellas sentencias que no presentaban un análisis sustantivo del derecho a la vida.

¹⁶⁶ Que, por su parte el argumento de las recurridas relativas a los costos económicos que implicar la adquisición del medicamento, hay que tener presente que se está ante una situación de riesgo para la vida del menor de autos, pues es portador de una enfermedad que sin el tratamiento adecuado puede ocasionar la muerte. En consecuencia, el patrimonio fiscal debe ceder en beneficio del bien jurídico afectado, vida e integridad física y psíquica del menor en cuyo favor se recurre (Corte de Apelaciones de Concepción, rol 11450-2018, considerando 9°).

¹⁶⁷ Que, de la garantía a la vida que asiste a Lucas, reconocida en la Constitución Política de la República, deriva el derecho de que es titular en orden a acceder al tratamiento médico necesario para recobrar su bienestar físico y psíquico, y por ello, los criterios de índole económico o presupuestarios esbozados por los recurridos, ceden, en este caso por tratarse del derecho a la vida el que se encuentra tutelado, bien superior que debe ser resguardado (Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 511-2019, considerando 7°).

¹⁶⁸ Que si bien es cierto, las consideraciones de tipo económico son un factor a considerar por la autoridad pública en la toma de una decisión, no es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, la Constitución Política del Estado, que prevalece respecto a los distintos cuerpos legales – leyes y decretos supremos- citados por los recurridos (Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 5846-2017, considerando 11°).

¹⁶⁹ Que, al respecto, es preciso reflexionar que si bien el elemento económico constituye un aspecto a considerar en diversas decisiones de las autoridades públicas no debería serlo en aquellas que dicen relación con resguardar la vida de una persona, derecho que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 177066-2019, considerando 20°).

¹⁷⁰ Que, expuesta así la controversia, la decisión de los recurridos consistente en la negativa a proporcionar el fármaco ya individualizado -único existente para el tratamiento de la patología que aqueja al niño de autos-

año 2017, mientras que las sentencias anteriores usualmente rechazaban que los tribunales tuviesen la competencia para otorgar tales prestaciones.

Sobre este punto, es posible identificar un importante cambio en la jurisprudencia nacional impulsado por la tercera sala de la Corte Suprema¹⁷¹. Este cambio puede resumirse bajo tres notas distintivas: (1.) se acepta que el derecho a la vida no solo puede ser afectado por acciones que pongan en riesgo la vida de una persona, sino que también por omisiones de un ente estatal; (2.) se afirma el carácter absoluto del derecho a la vida respecto de cuestiones presupuestarias; y (3.) la Corte estima que, estando en peligro la vida y existiendo antecedente de que la entrega de la prestación puede efectivamente ser una opción médica viable, se ordena al Estado proveer el respectivo medicamento o tratamiento.

Nuevamente, se trata de una línea jurisprudencial que se desarrolla en torno a la idea de que el derecho a la vida es absoluto. Con todo, es posible identificar una gran novedad en el razonamiento de la Corte Suprema. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la característica del derecho absoluto ha sido sostenida habitualmente contra su titular, para lograr que éste desarrolle ciertas conductas necesarias para mantenerse con vida. Lo que usualmente es absoluto es entonces el deber de mantenerse con vida o bien la prohibición de realizar conductas riesgosas para la vida de una persona. La novedad en el razonamiento de la Corte no es que el derecho sea absoluto, sino que ese carácter absoluto ha alcanzado también el ámbito presupuestario (o si se quiere fáctico), de tal manera que la carencia de medios económicos de la Administración deja de ser un fundamento válido para la negativa.

Esto es sumamente problemático pues implica combinar dos ideas que parecen ser incompatibles. Primero, la idea de que los derechos fundamentales tienen un contenido prestacional justiciable, es decir, que son de alguna manera *costosos*¹⁷² y que los tribunales de justicia pueden disponer la obligación del Estado de asumir, total o parcialmente, ese costo. Segundo, la idea de que un derecho puede no tener un límite fáctico, es decir, que no cede ante la escasez de recursos públicos. A lo largo de este capítulo, exploraré este

aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental (Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 447.2020, considerando 10°.

¹⁷¹ Este cambio se puede identificar en diversas sentencias de la Corte Suprema: 43250-2017; 25009-2018; 2494-2018; 25-2018; 27-2018; 8523-2018; 17043-2018; 22960-2018; 5183-2019; 3874-2019; 2588-2019; 2702-2019; 7710-2019; 11489-2019; 11093-2019; 8319-2019; 7484-2019; 16976-1019; 7667-2019; 12323-2019; 19092-2019; 30287-2020; y 69806-2020.

¹⁷² Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (1999), pp. 53-106.

cambio jurisprudencial e intentaré mostrar algunas falencias en la argumentación de la Corte Suprema.

2. Jurisprudencia anterior a 2017

Plantear que ha existido un cambio jurisprudencial implica sostener que existía una manera diferente de resolver este tipo de casos antes de existir dicho cambio. Es así como podemos hablar de una línea jurisprudencial que llamaré “tradicional” o “clásica” en tanto ha sido ampliamente defendida durante largos pasajes de nuestra historia constitucional. Debido a su larga data, ha sufrido ciertamente modificaciones que impiden una conceptualización rígida respecto de cada uno de sus elementos, pero ha sido consistente, a lo menos, en dos argumentos: (1.) que el derecho a la vida no tiene un contenido prestacional reclamable directamente mediante la acción de protección y (2.) que la carencia de recursos económicos de la Administración es una justificación suficiente para la negativa a entregar una determinada prestación médica. A menudo, este segundo argumento se complementa con una concepción rígida de la separación de los poderes del Estado según la cual la priorización del gasto público es una atribución exclusiva del poder ejecutivo.

Los primeros casos de este tipo fueron resueltos por la Corte Suprema a finales de la década de los 80. En esa oportunidad, un conjunto de personas que sufrían de enfermedades renales requirió del Estado la realización de una terapia denominada *diálisis*. Este tratamiento médico consiste en un proceso de filtrado de la sangre a partir del cual se eliminan sustancias tóxicas que normalmente serían eliminadas por los riñones. Ante una falla renal considerable, se trata de un procedimiento necesario para poder mantenerse con vida. Los servicios de salud encargados de suministrar el tratamiento sostuvieron que no podían entregar la prestación con la rapidez que los pacientes requerían tanto por no contar con los recursos materiales necesarios como por la alta demanda del tratamiento. En estos casos, la jurisprudencia de la Corte se orientó a considerar que la negativa y el retardo del tratamiento no podía considerarse como una afectación al derecho a la vida de los pacientes, sino más bien como un asunto ligado al derecho a la salud:

Que de los términos del recurso y de las peticiones que se formulan aparece que se reclama de la negativa a la prestación de un servicio destinado a atender la salud del recurrente, que la Ley N° 18.469 considera en su artículo 8° y que en su artículo 2° dispone que no puede negarse a quienes la requieran. Pero, de esos términos y peticiones aparece claro, también, que no cabe comprender ese planteamiento y

solicitud en el concepto de "derecho a la vida" que considera el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política, toda vez que no es dable entender en la importancia de ese concepto la negativa, omisión o negligencia en una prestación médica considerada en la letra a) del artículo 8° de la citada Ley N° 18.469, y que su artículo 15 denomina examen de salud¹⁷³.

Este tipo de casos aporta luces sobre la manera en que se entendía el derecho a la vida en los inicios de la jurisprudencia ligada a la actual Constitución. La Corte entendía que lo que afectaba la vida no era propiamente la negativa a brindar, de forma oportuna, un tratamiento médico (como la diálisis) necesario para mantener con vida a un paciente, sino más bien la enfermedad que afectaba su salud. Considerar el asunto de otra manera implicaría, según la Corte, entender que el Estado es responsable de una afectación al derecho a la vida toda vez que alguien muere producto de alguna enfermedad. La consecuencia de que estos casos no fuesen tratados a partir del derecho a la vida implicaba que entonces se trataba de casos vinculados al derecho a la salud y, por tanto, no admitían una justiciabilidad directa. En algunos casos la Corte fue explícita sobre este punto:

Que de las normas recién transcritas en relación al planteamiento del presente fallo pueden inferirse las siguientes conclusiones; a) no se trata en el caso sub lite de la situación contemplada en el N° 1° del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, sino de la prevista en el N° 9° del mismo precepto constitucional; b) esta última situación no queda comprendida en el artículo 20 del mismo Cuerpo Constitucional; por ende, no cabe el recurso de protección a su respecto, salvo en cuanto se infringiere el derecho que cada persona tiene de elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea estatal o privado; y c) que la autoridad de salud sólo incurriría en un acto u omisión arbitrario o ilegal sólo cuando contando con los recursos materiales y humanos se niegue injustificadamente a proporcionar atención a los enfermos, que no es el caso de autos¹⁷⁴

Esta línea jurisprudencial fue cuestionada a finales de la década de los noventa y principios del dos mil. Durante esos años, se gestó una segunda oleada de casos vinculados ahora con la tri terapia, tratamiento médico indispensable para las personas que sufren del virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Los primeros casos se produjeron durante 1999, año en que la Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisibles diversas acciones

¹⁷³ Corte Suprema, rol n°11820-1988, considerando 6°.

¹⁷⁴ Corte Suprema, rol n°11694-1987, considerando 12°.

presentadas bajo la premisa de que lo solicitado, la realización de una prestación médica, sobrepasaba los márgenes del procedimiento previsto por la acción de protección. Un año más tarde, se registran nuevos intentos en donde se logró sortear la etapa de admisibilidad, pero que nuevamente fueron rechazados por los tribunales, tanto en las cortes de apelaciones como en la Corte Suprema.

Lo curioso de estos primeros intentos es que en ambos casos no se consideró una norma jurídica expresa. En este tiempo se encontraba vigente el Decreto 362 que contenía el Reglamento sobre Enfermedades de Transmisión Sexual. En su artículo 2°, el Decreto entendía como enfermedades de transmisión sexual la “sífilis, la gonorrea, el linfogranuloma venéreo, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), el chancro blando y la uretritis nongonocócica”, y en su artículo 8° disponía que “(l)a atención que presten los Servicios de Salud en sus establecimientos, para combatir las enfermedades de transmisión sexual será totalmente gratuita, comprendiéndose en ella el diagnóstico de la enfermedad, su tratamiento y control, y los exámenes de laboratorio, clínico y demás elementos necesarios”. La existencia de esta disposición nos conduce a un primer antecedente discordante con esta línea jurisprudencial.

Durante el año 2001, se dicta una primera sentencia favorable por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁷⁵. En este caso, un conjunto de personas que padecían VIH recurrió de protección contra el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente y contra el Ministerio de Salud, solicitando que se ordene a los recurridos “*proporcionarles los medicamentos necesarios para sobrevivir, que se les someta a los exámenes médicos pertinentes y que se les lleve un control mínimo, periódico y permanente de su estado de salud, con la finalidad de adecuar los tratamientos de acuerdo al desarrollo de la enfermedad*”. Los recurridos justificaron la negativa en dos elementos. Primero, señalaron que no disponían de los recursos económicos como para financiar las prestaciones que se les solicitaba. Segundo, añadieron que su actuar no era ilegal pues, aun contra el decreto citado, les asistía el artículo 11 de la ley 18.469, que condicionaba la entrega de prestaciones médicas a los recursos físicos y humanos con que cuenta la Administración.

La Corte de Apelaciones rechazó ambos argumentos. Respecto del primero sostuvo que: “en relación a la falta de recursos: esta argumentación no es aceptable por cuanto, como ya se señaló, el derecho a la vida es un derecho de carácter absoluto y al margen de toda

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3025-2001.

posibilidad de negociación patrimonial” (considerando 13°). En relación con el segundo, señala que “no es aceptable por dos razones: a) porque una norma de carácter constitucional no puede ser limitada por una norma de carácter simplemente legal; y b) porque la ley 18.469 regula el ejercicio del derecho a la protección de la salud previsto por el número 9 del artículo 19 de la Constitución Política y no se refiere al derecho a la vida previsto por el número 1° del artículo 19 del Texto Constitucional” (considerando 13°). Nótese, entonces, que esta es la primera sentencia en nuestra jurisprudencia que considera los dos rasgos característicos de la actual fundamentación de la Corte Suprema: que el derecho a la vida es absoluto y que no puede ser limitado por cuestiones de índole patrimonial.

Con todo, este fallo fue posteriormente apelado y la Corte Suprema revocó la sentencia. En esta ocasión, se sostuvo que la Ley 18.469 regula el ejercicio del derecho constitucional a la salud y que no existe, por tanto, la pretendida ilegalidad. Señala la Corte, además, que:

(d)e lo anterior resulta que el planteado corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se disponga para ello¹⁷⁶.

Otro de los argumentos usualmente utilizados para denegar las prestaciones se refiere a la igualdad. Según este tipo de argumentos, si se concede la prestación se estaría prefiriendo la salud del paciente que litiga contra la Administración versus la salud de aquellos pacientes que no han reclamado dicha prestación:

Que lo resuelto por la sentencia recurrida implica precisamente lo contrario de lo que pretende la ley, ya que lleva a otorgar en condiciones de arbitrariedad las prestaciones reclamadas por los recurrentes, al preferirlos por la sola circunstancia de haber acudido a solicitar amparo constitucional por la presente vía, y porque para establecer un criterio adecuado en dicho otorgamiento es menester tener a la vista no solo los antecedentes relativos a los que buscan protección en el presente proceso, sino a todos los enfermos del grave mal que a estos afecta y que no están

¹⁷⁶ Corte Suprema, rol 3599-2001, considerando 3°.

en condiciones de tratarse de manera particular, por sus propios medios, cuestiones que solamente pueden y deben manejar las referidas autoridades del sector Salud, salvo por cierto, algún caso en el que claramente haya preferencias indebidas, lo que no ocurre en la especie¹⁷⁷.

La fundamentación de esta concepción tradicional radica principalmente en la deferencia hacia el legislador, al que se le reconoce como depositario de la potestad para disponer discrecionalmente de los recursos presupuestarios, priorizando la entrega de determinadas prestaciones por sobre otras, aun si de ello deriva que un grupo de pacientes no pueda acceder a los medicamentos o tratamientos necesarios para mantener su vida. Nótese que en este caso la justificación de la Corte cambia en tanto no descarta la posibilidad de que se trate de un caso vinculado al derecho a la vida, ni tampoco alega que se trata de un caso vinculado al derecho a la salud. Se trata, en cambio, de un caso en que se privilegia la deliberación del legislador y de la Administración al momento de desarrollar los derechos fundamentales. Veremos que esta es una de las notas más relevantes sobre las que gira el cambio jurisprudencial.

Pese a que pueden contarse algunas excepciones, esta línea jurisprudencial se ha mantenido en el tiempo. En un fallo dictado durante el año 2010, la Corte repitió esta jurisprudencia poniendo el énfasis, nuevamente, en que son las autoridades políticas quienes constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones de salud, las que a su vez deben considerar múltiples factores, así como los recursos disponibles:

Que de las referidas disposiciones se colige que no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Corte Suprema, rol 3599 - 2001, considerando 5°.

¹⁷⁸ Corte Suprema, rol 4396 - 2010, considerando 8°.

Este argumento puede encontrarse en diversas sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones de Antofagasta¹⁷⁹, Santiago¹⁸⁰ y, de forma reciente, por la Corte de Apelaciones de Valparaíso¹⁸¹. Las más recientes han sido apeladas y revertidas por la Corte Suprema bajo los fundamentos que veremos a continuación.

3. Jurisprudencia posterior a 2017

Antes de comenzar con el desarrollo de las notas distintivas de esta nueva jurisprudencia, es necesario señalar que se han producido importantes cambios en la legislación que regula la entrega de prestaciones médicas por parte del Estado. Actualmente, y a nivel legal, nuestro sistema se estructura sobre la base de dos grandes normativas: la Ley de Garantías Explícitas de Salud (n°19.966) y la denominada Ley Ricarte Soto (n°20.850).

La primera establece una serie de principios básicos en la atención de salud a los que se refiere bajo el nombre de garantías, tales como acceso, calidad, oportunidad y protección financiera. Cada una de estas garantías constituye una obligación para los prestadores de salud, públicos y privados, de cubrir de manera adecuada una serie de patologías especificadas en las directrices del Ejecutivo. Estas directrices aumentan el catálogo de patologías cubiertas año a año, de forma que se articula un sistema de inclusión paulatina de patologías que constituye lo que Alejandra Zúñiga ha llamado un *mínimo sanitario*¹⁸², es decir, lo que constituye el núcleo del derecho a la salud especificado por el legislador.

La segunda crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo a partir de la confección de un fondo monetario destinado a cubrir los gastos de determinados tratamientos no incluidos en la Ley GES. Para que una patología sea incorporada al sistema de protección financiero es necesario que cumpla con ciertos requisitos: (1.) el costo del tratamiento debe ser igual o superior al umbral señalado como costo catastrófico; (2.) el tratamiento debe haber obtenido una favorable evaluación científica y haber sido sugerido por la Comisión de Recomendación Priorizada de la Subsecretaría de Salud Pública; y (3.) el tratamiento deberá incorporarse mediante un Decreto Supremo que cuente con la firma de los Ministros de Salud y de Hacienda. En la incorporación de una patología a la Ley Ricarte Soto participan diversos expertos quienes evalúan el costo del medicamento, su eficacia médica, las dificultades de implementación

¹⁷⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 452-2014.

¹⁸⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 99928-2015.

¹⁸¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1898-2019.

¹⁸² Zúñiga, Alejandra (2011), p.55.

en el sistema de salud y las diversas repercusiones del tratamiento. Esto, sumado a la existencia de recursos limitados, evidencia el complejo proceso de funcionamiento de la ley.

Si bien la legislación ha avanzado significativamente en otorgar cobertura a una serie de tratamientos, el problema se produce respecto de aquellas enfermedades catastróficas que no han sido incorporadas en la legislación. Las razones para que una patología sea descartada y no incluida dentro de las patologías tratadas pueden ser varias, pero significativamente afectan a personas que sufren de patologías de alto costo, que requieren un tratamiento de por vida y que, además, tienen una baja tasa de ocurrencia. A propósito de este tipo de patologías, es posible evidenciar que un cálculo meramente económico las ubicaría en una baja consideración. Al ser de poca ocurrencia y de alto costo, las razones para priorizarlas son escasas versus enfermedades más comunes o cuyo tratamiento sea más barato. Ello ha motivado que pacientes con este tipo de afecciones recurran constantemente a los tribunales en busca del auxilio médico requerido. A partir de estos casos, se ha configurado la denominada “nueva jurisprudencia”.

Esta jurisprudencia se ha desarrollado a partir del año 2017 bajo tres notas distintivas: (1.) se acepta que el derecho a la vida no solo puede ser afectado por acciones que pongan en riesgo la vida de una persona, sino que también por omisiones de un ente estatal, (2.) se afirma el predominio del derecho a la vida respecto de cuestiones presupuestarias y (.3) la Corte estima que, estando en peligro la vida y existiendo antecedentes de que la entrega de la prestación puede efectivamente ser una opción médica viable, se ordena al Estado proveer el respectivo medicamento o tratamiento médico. Veamos algunos casos.

El día 30 de marzo de 2018, Daniela Díaz interpuso una acción de protección en favor de su hijo por la negativa de Fonasa, del Ministerio de Salud y del Servicio de Salud de Concepción, de otorgar al menor la prestación del medicamento “Nurisersen” (Spinraza), único medicamento aprobado por el Instituto de Salud Pública para tratar la enfermedad que este padecía. A su juicio, la negativa de esta prestación constituía un acto ilegal y arbitrario que amenazaba, perturbaba y privaba a su hijo del legítimo ejercicio del derecho a la vida (artículo 19n°1) y del derecho a la igualdad (artículo 19n°2)¹⁸³.

Expuso en su acción que su hijo nació el 8 de septiembre de 2017 y fue diagnosticado el 13 de octubre como portador de “Atrofia Muscular Espinal (AME) Tipo 1, enfermedad

¹⁸³ Corte Suprema, rol 3822-2018.

degenerativa asociada a la muerte prematura de las neuronas que controlan los músculos que se utilizan para realizar actividades tales como respirar, gatear, caminar, que controlan la cabeza, el cuello y la deglución. Indica que como consecuencia de ese cuadro el menor ha debido ser traqueostomizado y sometido a ventilación mecánica invasiva y que, entre otras afecciones, ha sufrido dos paros cardiorrespiratorios”.

Sostuvo además que el tratamiento requerido por su hijo es sumamente costoso, careciendo de los recursos materiales para solventarlo. En efecto, “la citada medicina tiene un elevado costo, esto es, US\$125.000 por inyección. En el primer año se administran 6 dosis, lo que implica la suma de \$500.000.000. El segundo año se necesitan 3 dosis y según el caso el tercer año en adelante se requiere 1 o 2 dosis al año”.

Los tres organismos recurridos presentaron sus respectivas excepciones. Fonasa sostuvo que la Ley 20.850, conocida comúnmente como Ley Ricarte Soto, no incluye dentro de sus prestaciones la requerida por el menor, ni tampoco se cumple con las condiciones necesarias para su inclusión por el alto costo del fármaco. Añadió a lo anterior que dicha ley se rige por el principio de progresividad y que el tratamiento solicitado aún no ha podido incorporarse mediante las correspondientes políticas públicas. En tercer lugar, cuestionó que el derecho a la vida se vea realmente afectado en este caso pues lo que daña la vida del menor es una enfermedad y no la conducta del organismo. Sobre este punto, agrega que el derecho a la vida solo puede verse afectado por conductas activas y no por omisiones. Por último, y desde una faceta más técnica, sostuvo que no existe evidencia científica certera sobre la efectividad del medicamento solicitado para la condición del menor.

El Ministerio de Salud utilizará una argumentación similar respecto del principio de progresividad, añadiendo que la Administración del Estado ha elaborado e implementado políticas públicas destinadas a garantizar a toda persona el goce y ejercicio de sus derechos, incorporando, de forma progresiva, el financiamiento de medicamentos de alto costo. Sin embargo, añade, esta inclusión debe cumplir con ciertas condiciones, dentro de las cuales se consideran los recursos materiales disponibles. De esta forma, el tratamiento pretendido supera largamente el límite financiero consignado por la normativa vigente no pudiendo entonces justificarse su prestación.

Por último, el Servicio de Salud de Concepción también sostuvo que no existe evidencia científica suficiente de que el medicamento cumpla con los beneficios esperados por el

actor. En esta misma línea, se refiere a estudios que establecen, como edad óptima para recibir el medicamento, los primeros 6 meses de vida, no cumpliendo el menor con esta condición. Agregó además que, si bien el costo del medicamento no ha sido la causa principal para no otorgarlo, el suministro supondría un impacto considerable para el hospital en cuestión.

La Corte de Apelaciones de Concepción estimó que el actuar de los recurridos no resultó ni arbitrario ni ilegal. En efecto, dicho actuar se encuentra amparado en normas legales vigentes, entre ellas la Ley 20.850 y aquellos decretos que la complementan. El tribunal sostendrá que los límites relativos a la financiación de medicamentos de alto costo tienen su fundamento en la salud como derecho de todos, sin distinción por sobre el interés individual.¹⁸⁴ La ley obedece, entonces, a dos parámetros decisivos: a) la disponibilidad de recursos en materia de salud y b) la salud como derecho colectivo. Se estima, por tanto, que la negativa tiene un fundamento atendible pues se justifica en el uso razonable de recursos escasos frente a una problemática que, en principio, demanda recursos infinitos. Hasta aquí, la Corte de Apelaciones seguía tajantemente la línea jurisprudencial clásica.

La Corte Suprema revocó la sentencia referida, dando inicio a una nueva forma de resolver este tipo de casos. El argumento central de la Corte se refiere a la forma en que debiésemos entender el derecho a la vida en relación con las cuestiones de índole presupuestaria. En este sentido, señala que:

“si bien es cierto que las consideraciones de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos”¹⁸⁵.

Anticipando que uno de los ataques posibles a su jurisprudencia radica en la posible falta de deferencia hacia el legislador y la Administración, la Corte destina argumentos a señalar que esta decisión no prescribe la forma ni el fondo que debiesen adoptar las políticas públicas. Así, la Corte sostiene que su deber es “velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el

¹⁸⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 3822-2018, considerando 8°.

¹⁸⁵ Corte Suprema, rol 17043-2018, considerando 9°.

artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo la autoridad recurrida habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie”. Más adelante nos pronunciaremos sobre el concepto de deferencia que resulta de esta concepción de la jurisprudencia constitucional.

Por último, la Corte estima necesario pronunciarse sobre la alegación de los recurridos respecto de que el derecho a la vida solo puede ser afectado por actos positivos y no por la omisión de entregar determinadas prestaciones. En este sentido afirma:

Que, por último, es preciso subrayar que tampoco se estima aceptable la alegación de los recurridos consistente en que el derecho a la vida, materia de estos autos, sólo puede ser vulnerado por actos positivos que amenacen, amaguen o ataquen directamente la vida de una persona, puesto que, como se desprende del propio texto del artículo 20 de la Carta Fundamental, la “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” a que allí se alude puede derivar tanto de “actos u omisiones”, sean éstos arbitrarios o ilegales¹⁸⁶.

La sentencia reseñada presenta gran parte de los elementos constitutivos de esta nueva jurisprudencia, aunque omite utilizar el vocablo “absoluto” al referirse al derecho a la vida. Otras sentencias, en cambio, han sido más explícitas sobre este punto. En este sentido, podemos mencionar la sentencia caratulada *Llantén Fernández contra el Minsal, Fonasa y el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente*, en que se reclamaba la prestación del medicamento “Eculizumab”, catalogado como uno de los medicamentos más costosos del mundo¹⁸⁷. En esta oportunidad, la Corte utilizó una fórmula similar, aunque más explícita sobre el carácter del derecho a la vida: “Al respecto, es preciso reflexionar que si bien el elemento económico constituye un aspecto a considerar en diversas decisiones de las autoridades públicas no debería serlo en aquellas que dicen relación con resguardar la vida de una persona, *derecho que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto.*”¹⁸⁸ En este sentido, más allá de si aparece o no explícitamente el vocablo “absoluto” o “superior”, la jurisprudencia sostiene constantemente que las consideraciones presupuestarias no pueden, bajo ninguna circunstancia, limitar el derecho a la vida.

Por último, es necesario poner énfasis en que esta jurisprudencia se ha originado (y mantenido) respecto de casos en que el paciente se encuentra efectivamente en riesgo vital

¹⁸⁶ Considerando 14°.

¹⁸⁷ El costo de este medicamento es de \$40 millones al mes.

¹⁸⁸ Corte Suprema, rol 43250-2017.

y no en aquellos casos en que el paciente puede llegar a estarlo. Así quedó asentado en el caso Soto Morales contra el Hospital del Niño Roberto del Río¹⁸⁹, caso en que se solicitaba el medicamento “Spinraza” para un menor que sufría de Atrofia Muscular Espinal. En este caso, la pretensión fue rechazada precisamente porque en el estadio en que se encontraba el menor aún no generaba un riesgo a su vida. Analicemos lo señalado por la Corte:

(Que) el niño en favor de quien se recurre se encuentra en una fase pre sintomática o precoz en el deterioro, lo que evidencia que no se encuentra en riesgo vital, en consecuencia el medicamento prescrito tiene solamente por objetivo otorgar a éste la posibilidad de acceder a beneficios terapéuticos relacionados con recuperar la marcha autónoma, postergación de las necesidades de ventilación asistida (ventilación mecánica no invasiva), con pronóstico de vida más favorable en lo funcional, en requerimiento de necesidades técnicas, calidad de vida y años de sobrevida, sin embargo no tiene por objetivo principal proteger su vida toda vez que ésta no se encuentra en peligro, desvirtuando en consecuencia la vulneración de su derecho a la vida.

Lo anterior no deja de ser un elemento importante para caracterizar este derecho a la luz de la correspondiente jurisprudencia. Nótese que la Corte descarta que sea posible otorgar este medicamento para favorecer la “calidad de vida” del menor, descartando así una de las posibles concepciones que habitualmente se relacionan con el derecho a la vida. En esta jurisprudencia, el derecho a la vida no es entendido desde la perspectiva de una “vida digna” en tanto derecho a determinada calidad de vida, sino únicamente como un derecho a que, si nuestra vida se encuentra en riesgo, podamos requerir ciertas prestaciones necesarias para sobrevivir en lo inmediato.

4. Votos de minoría

Estos votos han girado principalmente respecto de el alto costo de los medicamentos versus su baja eficacia, la desigualdad en que se incurriría de otorgar la prestación médica y la falta de deferencia hacia el legislador y la Administración del Estado. Veamos más en detalle cada uno de estos argumentos.

Respecto del alto costo de los medicamentos y su baja eficacia es necesario reiterar que estamos hablando de tratamientos médicos sumamente costosos y que generalmente no

¹⁸⁹ Corte Suprema, rol 36569-2019.

cuentan con una eficacia que asegure que la enfermedad será curada de forma permanente:

“Resulta incontestable que el monto a que asciende tal prestación es muy significativo y cabe razonablemente asumir, por ende, que compromete el presupuesto y financiamiento de las entidades que habrán de prestarlo. Adicionalmente, los estudios clínicos que existen acerca de este medicamento no aseguran la curación de la enfermedad en forma objetiva y permanente”¹⁹⁰.

Sobre los deberes del Estado, esta minoría entiende que su conducta es razonable en tanto dispone de recursos limitados para propender al bien común. Lo que la Administración no podría hacer, de forma justificada, es negar un tratamiento médico por mero voluntarismo o arbitrariedad. En cambio, para propender al bien común debe necesariamente priorizar algunos tratamientos por sobre otros:

“Nada hay en los antecedentes del proceso que permita concluir que la Administración, quebrantando un deber legal, o procediendo por mero voluntarismo, está negando, sin justificación, el tratamiento requerido. Por el contrario, las autoridades sanitarias recurridas han actuado en forma coherente con los principios constitucionales y normativos que las obligan a administrar en forma ecuánime y responsable los recursos públicos asignados, en particular dando cumplimiento a lo dispuesto en la ley 20.850, que establece un procedimiento que permite evaluar y decidir qué tratamientos deben financiarse por el Estado, y cuáles no, fijando las políticas públicas en esta materia”¹⁹¹.

Por último, sostienen que fallar de otra manera podría implicar un inadecuado trato a aquellos pacientes que no han litigado contra la Administración, de lo que derivaría una grave desigualdad:

“Ello, además, teniendo en cuenta que las prioridades en cuanto a la asistencia no pueden pasar a llevar las políticas preestablecidas sólo por virtud de una acción de tutela judicial, pues ello impactaría la vida y el cuidado de muchas otras personas, que, probablemente, recibirían una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos que se pretende a través de este mecanismo”

¹⁹⁰ Corte Suprema, rol 19092-2019.

¹⁹¹ Ídem.

Un punto interesante es que en ninguno de estos votos se hace referencia al derecho a la vida como un derecho negativo o que no pueda verse afectado por omisiones del ente estatal, por lo que podemos concluir que, al menos en este tipo de casos, parece ser aceptado que el derecho a la vida es un derecho con contenido complejo, compuesto tanto por omisiones como por acciones.

5. Algunos problemas no resueltos

La premisa según la cual el derecho a la vida es absoluto o imponderable no es para nada novedosa en la jurisprudencia nacional. En este trabajo, hemos podido constatar que se encuentra presente (y de forma reiterada) en la jurisprudencia relativa al rechazo de tratamientos médicos y en la jurisprudencia relativa a las huelgas de hambre.

En ambos casos, se construye una jerarquía *axiológica estática* entre el derecho a la vida (que se estima superior) y el resto de los derechos fundamentales (en particular, las libertades religiosas y la libertad de expresión). Como hemos visto, se trata de una jerarquía axiológica porque depende de premisas valorativas del operador jurídico (entre ellas, que el derecho a la vida es condición necesaria para el ejercicio del resto de los derechos fundamentales). Es estática porque no se encuentra sujeta a cambios según las circunstancias de cada caso, en este sentido, el derecho a la vida prima siempre frente a los derechos señalados.

Sea adecuado o no este tratamiento dogmático, lo cierto es que su aplicación al campo de las prestaciones es algo más dudoso. Difícilmente se puede sostener, de forma sensata, que algo que tiene un costo económico, además sumamente alto, puede ser efectivamente absoluto, y difícilmente la Corte puede pretender desentenderse por completo de los problemas que esto puede llegar a generar. Aceptando que la satisfacción de los derechos implica necesariamente un costo, cuestión que creo correcta, se debe aceptar que no pueden ser absolutos, que tienen un límite fáctico relativo a los recursos presupuestarios disponibles en un momento determinado, lo que implica que algunas de las necesidades de la población no serán completamente satisfechas. Cuáles son estas necesidades es un asunto eminentemente político. Es decir, todo acto de satisfacción de prestaciones requiere de un ejercicio de priorización en donde se selecciona entre aquellas necesidades que serán satisfechas y aquellas que no lo serán (o no completamente).

La discusión radica, entonces, en determinar quién y bajo qué procedimientos se puede priorizar entre necesidades virtualmente infinitas contando con recursos escasos. Esta discusión se ha desarrollado en el ámbito constitucional en torno al concepto de *deferencia*.

Usualmente, podemos vincular el concepto de deferencia con el concepto de prudencia. La deferencia implica una auto moderación de una función propia en atención a la labor, jerarquía o función de otra persona o institución a quien reconocemos como mejor preparada o mejor equipada para la toma de una decisión difícil. La prudencia implica aquí algo de humildad: entendemos que no sabemos de todo y que el conocimiento ajeno puede resultar en mejores decisiones.

En su labor cotidiana, los tribunales de justicia son usualmente deferentes (y por buenas razones)¹⁹². Al tener que tomar decisiones sobre temáticas complejas en las que no son expertos, habitualmente los jueces confían en que el conocimiento o la preparación ajena llevará a una mejor decisión. Al interactuar con la Administración se ejercita este tipo de deferencia. Los tribunales deben decidir sobre medio ambiente, telecomunicaciones, salud y otras áreas tanto o más complejas. Dado que los jueces carecen de los conocimientos necesarios para perfeccionar o mejorar la decisión tomada por los expertos de la Administración, la deferencia suele ser un elemento indispensable¹⁹³.

Lo que justifica este tipo de deferencia es el bienestar social. De lo que se trata es de tomar buenas decisiones, siendo tales aquellas que implican algún tipo de beneficio, o la evitación de algún tipo de malestar, para el mayor número de personas posible. En este sentido, contamos con recursos escasos por ser inferiores a los necesarios para satisfacer todas las necesidades de la población, de lo que se sigue un ejercicio de priorización adecuada del gasto público. Normalmente, entendemos que este ejercicio de priorización debe ser realizado por las autoridades políticas y no ser fruto de una decisión judicial.

La tarea de priorizar no es sencilla. Para maximizar el bien común es necesario determinar los costos y posibles beneficios de una política pública¹⁹⁴. Si el cálculo resulta mal hecho, es probable que se termine generando un sub-óptimo: la sociedad no gana tanto (o pierde más) de lo que podría si se hubiese realizado el cálculo de la forma correspondiente. Los análisis de costos y beneficios son una de las herramientas fundamentales para la elaboración de políticas públicas pues otorgan un cierto tipo de razonabilidad en la toma de

¹⁹² Vermeule, Adrian (2018), p.12.

¹⁹³ Sunstein, Cass (2006), p. 101.

¹⁹⁴ Revesz, Richard (2010), p. 89.

decisiones¹⁹⁵. Por otro lado, se trata de una herramienta compleja, que requiere de un trabajo experto, desembolso de recursos y largos procesos de estudio.

En la práctica, el desarrollo de los análisis de costo y beneficio viene a reemplazar un cierto intuicionismo con el que algunas autoridades antiguamente justificaban sus decisiones. No se trata de lo que parece ser lo adecuado a la luz del conocimiento particular, sino de lo que la sumatoria de datos nos muestra como razonable a la luz de un conocimiento experto. La confianza es puesta, entonces, en una comunidad experta y no en un individuo (o grupo de individuos) determinado.

Con todo, es una opinión recurrente que este tipo de cálculo no se debiese realizar cuando se trata de la vida humana, la que sería un bien intangible o imponderable a la que no se puede otorgar un valor específico. No creo alejarme mucho si señalo que esta parece ser la idea que guía el razonamiento de la Corte Suprema en las tres líneas jurisprudenciales que hemos revisado.

Considero que esta idea es errada y debe ser rechazada por varias razones. La primera de ellas es la coherencia interna de todos los ordenamientos normativos: por mucho que la muerte nos pueda parecer algo desagradable, lo cierto es que prácticamente todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos contemplan hipótesis en que se permite a alguien matar a otro. El caso más claro es el de la legítima defensa, en donde podemos precisamente llegar a matar cuando nuestra vida corre algún peligro. Sostener que la vida es absoluta implica negar que nuestros ordenamientos contemplan varias hipótesis en que, de hecho, la vida humana puede ser limitada. Ello no implica, con todo, que la limitación presente en estos casos nos parezca razonable. Podríamos de todas formas señalar que negar medicamentos a un paciente por fines meramente económicos es un acto arbitrario que afecta una serie de derechos, como la igualdad o la salud, pero para ello debiésemos formular un argumento alternativo al carácter absoluto del derecho a la vida.

Segundo, debiésemos rechazar esta idea porque contribuye a un mito: esconde dilemas reales presentes en toda sociedad que disponga de recursos limitados para satisfacer las necesidades de su población, de forma tal que no permite solucionar absolutamente nada. Decir que la vida es absoluta, que no tiene precio o que no puede ser objeto de cálculos

¹⁹⁵ Aunque imprescindibles en la elaboración de políticas públicas estos análisis tienen limitaciones, algunas de ellas vinculadas con la toma de decisiones cuyas consecuencias pueden considerarse como irreversibles o catastróficas. Un análisis de esta herramienta y sus limitaciones puede ser consultado en: Rose Ackerman, Susan (2010): Putting Cost-Benefit Analysis in Its Place: Rethinking Regulatory Review, pp. 335-356.

económicos no nos permite solucionar el problema de la distribución de medicamentos escasos, la falta de alimentos o problemas de priorización en el caso de un trasplante de órganos. En todos estos casos, debemos calcular porque no disponemos de un método alternativo para solucionar el problema. Sostener que la vida es absoluta implica aquí negar la difícil realidad que nos lleva a calcular como única herramienta óptima para la maximización del beneficio social.

Tercero, sostener que la vida es absoluta es, en realidad, una mala técnica para proteger la vida de las personas. Pensemos, por ejemplo, en el clásico *problema del tranvía*. El problema del tranvía consiste en un ejercicio hipotético en que se pide a un sujeto colocarse en la siguiente situación: un tranvía se dirige directamente a colisionar con 5 personas, lo que les causará una muerte segura. El participante tiene la posibilidad de intervenir jalando una palanca que desviará el tren por una vía alternativa, sin embargo, en ella se encuentra una persona que no podrá esquivarlo y, nuevamente, de seguro morirá. La pregunta es si se jalará o no la palanca. Si pensamos en no calcular porque la vida humana es absoluta, estaríamos frente a un escenario en que perderíamos más vidas (5 en vez de 1) que si estuviésemos dispuestos a calcular y hacernos cargo de una decisión difícil. Sostener que la vida humana es absoluta implica aquí el peor escenario posible: la pérdida evitable de vidas humanas.

Por último, y en cuarto lugar, considerar la vida de las personas como absoluta puede ser una postura que esconde un defecto importante en la manera en que nuestro cerebro procesa este tipo de dilemas. El investigador conductual Thomas Schelling ha identificado un fenómeno que se denomina *conflicto entre la vida particular vs la vida estadística*, para poner de relieve que nuestro razonamiento es aquí bastante más intuitivo (y menos reflexivo) de lo que tendemos a creer. Schelling utiliza el siguiente ejemplo:

Si una niña de seis años y pelo castaño necesitase miles de dólares para una operación que prolongase su vida hasta Navidad, las oficinas de correos se colapsarían de donaciones de cinco y diez céntimos para salvarla. Sin embargo, si se informa que sin un impuesto especial las instalaciones del hospital de Massachusetts se deteriorarán provocando un incremento apenas perceptible de muertes evitables, pocos derramarán lágrimas por ello o echarán manos a sus carteras.

Este fenómeno causa que valoremos más la vida que podemos identificar, que se nos presenta como un fenómeno individual y cercano, que aquellas que desconocemos y que solo se relacionan con nosotros mediante la representación de un conjunto de datos. Ello explica que estemos dispuestos a ayudar rápidamente a una persona ante un riesgo específico, pero que no estemos tan dispuesto a desembolsar el dinero necesario para eliminar el riesgo que causa “x” cantidad de muertes al año. Cuando la Corte Suprema afronta este tipo de problemáticas lo que tiene en mente es la vida de una persona específica (generalmente un niño) al que se puede ayudar mediante la desviación de recursos públicos. El problema es que se desconoce que este desvío puede ser perjudicial para muchos otros pacientes (y entre ellos, muchos niños) a los que no llegarán los recursos que originalmente se habían presupuestado. Considerar aquí la vida como un bien absoluto implica negar o perjudicar la vida de un mayor número de personas: las que, por falta de medios económicos o conocimientos técnicos, no litigan contra la Administración del Estado.

6. Conclusiones

Habitualmente se acepta que los derechos fundamentales admiten dos grandes conjuntos de limitaciones. El primer conjunto está compuesto por límites normativos, es decir, por otros derechos o principios fundamentales. Así, por ejemplo, admitimos que el derecho a la libertad de expresión tiene como límite el derecho a la honra o la vida privada. En cambio, el segundo conjunto está compuesto por límites fácticos, es decir, por la escasez de recursos disponibles para satisfacer necesidades virtualmente infinitas. Así, por ejemplo, el derecho a la salud se encuentra limitado por el presupuesto disponible para adquirir medicamentos o financiar procedimientos médicos.

La gran novedad que presenta la jurisprudencia a partir del año 2017 es que se descarta este segundo conjunto de limitantes. Para justificar la entrega de la prestación, la Corte recurre constantemente a la idea de que el derecho a la vida es absoluto en tanto no puede ser limitado por cuestiones de índole presupuestaria. Con todo, y como ha sido la tónica en todas las líneas jurisprudenciales analizadas, no se proporciona una justificación de esta particular característica del derecho a la vida. Se trata, entonces, de una premisa que no se encuentra suficientemente fundamentada.

A su vez, es posible encontrar buenos argumentos contra el pretendido carácter absoluto de este derecho: porque existen limitaciones claras al derecho a la vida dentro de nuestro

ordenamiento jurídico; porque la postura contribuye a ocultar problemas reales; porque no contribuye a una mejor protección de la vida de las personas; y porque es el resultado de un razonamiento intuitivo más que una postura fundada en ideas racionales.

Asimismo, es posible constatar las mismas omisiones que en las líneas jurisprudenciales anteriores. En esta jurisprudencia no existe un uso del DIDH y tampoco de la doctrina actualizada sobre el derecho a la vida. Tampoco podemos señalar que la jurisprudencia sea transparente dado que, a lo largo de las muchas sentencias que la conforman, no se ha proporcionado un fundamento para el carácter absoluto (o superior) del derecho a la vida. Tampoco, y como hemos dicho, se hace cargo de los posibles argumentos contrarios.

VI. Conclusiones

Partimos este trabajo con un conjunto de cuatro afirmaciones recurrentes en la dogmática del derecho a la vida: (1.) que se trata de un presupuesto ontológico para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; (2.) que se trata de un derecho absoluto, jerárquicamente superior al resto de los derechos; (3.) que implica un deber de permanecer con vida; y (4.) que se trata de un derecho indisponible, de tal forma que las conductas de disposición de la propia vida son ilícitas. Sobre ellas, sostuvimos que se trata de un ideario compartido, de una concepción, y fijamos un primer objetivo: analizar y cuestionar la manera en que la concepción dominante del derecho a la vida condiciona la aplicación de este derecho en la jurisprudencia nacional. En términos numéricos, podemos identificar una primera correspondencia entre la dogmática y la jurisprudencia. De un total de 111 sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones durante los últimos 10 años de jurisprudencia nacional, en 80 de ellas se emplea (de forma implícita o explícita) a lo menos una de estas cuatro afirmaciones referidas.

Un desglose por materias también nos permite evidenciar la importancia de las tesis enunciadas por la jurisprudencia:

- En materia de transfusiones sanguíneas: se identificaron 22 sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones entre 2007 y 2020. En 13 de ellas se sostuvo que el derecho a la vida es absoluto o indisponible. En 2 de ellos se sostuvo que la vida de los pacientes no se encontraba en riesgo. En las restantes 7 sentencias se resolvió de forma diversa recurriendo a la autonomía del paciente como argumento central.
- En materia de huelgas de hambre: se identificaron 56 sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones entre 2010 y 2020. En 46 de ellas se sostuvo que el derecho a la vida es absoluto, indisponible o bien se limitan a señalar que las huelgas de hambre constituyen un hecho ilícito. En las 6 sentencias restantes se rechaza la alimentación forzada, nuevamente recurriendo a la autonomía del sujeto.
- En materia de medicamentos de alto costo: se identificaron 33 sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones entre 2010 y 2020. En 21 de ellas se sostiene que el derecho a la vida debe primar por sobre las consideraciones presupuestarias. En las 12 sentencias restantes se niega este argumento sosteniendo que no se ha incurrido en un acto ilegal o arbitrario pues se ha cumplido con las normas legales, en particular con la ley 19.966 (Ley GES) y con la ley 20.850 (Ley Ricarte Soto).

Esta concepción mayoritaria es complementada por un conjunto de tesis auxiliares sobre el fundamento, la estructura y el contenido del derecho a la vida en la dogmática y en la jurisprudencia nacional.

Sobre el fundamento, parece ser claro que en la gran mayoría de casos se habla de la protección de la vida biológica por sobre la protección de la vida biográfica o artificial. De esta manera, lo que se protege mediante este derecho en la jurisprudencia es la continuación de las funciones vitales del organismo y no la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida autónomo. Siguiendo esta línea, podemos señalar que la concepción resultante del derecho a la vida es claramente paternalista: busca el bienestar (o al menos alguna noción de bienestar) de un sujeto incluso si ello implica limitar su libertad.

Ello solo es posible mediante la inclusión de una tesis sobre la estructura del derecho a la vida, el que no se puede entender (en la jurisprudencia) como un derecho subjetivo. En su momento, explicamos que los derechos subjetivos en sentido estricto implican necesariamente la existencia de un vínculo jurídico entre dos sujetos, uno de los cuales se encuentra en la necesidad jurídica de hacer o no hacer algo en favor del primero. Pues bien, en la jurisprudencia del derecho a la vida esto no ocurre. En los casos de transfusiones y huelgas de hambre el “derecho a la vida” se dirige contra el titular del derecho buscando forzar su conducta para proteger su propia vida. Explicar esta situación exige renunciar a la tesis de que los derechos fundamentales (o al menos el derecho a la vida) sean derechos subjetivos. Plantear una estructura alternativa excede a los objetivos del presente trabajo, pero posiblemente podamos sostener, quizás en otra instancia, que el derecho a la vida puede entenderse de mejor manera como un conjunto de argumentos destinados a la protección de un interés (percibido como) socialmente valioso. En el caso de la jurisprudencia mayoritaria, este sería la vida humana en un sentido biológico. Para la jurisprudencia minoritaria (o parte de ella) este podría ser la vida en tanto proyecto biográfico.

En cuanto a su contenido, la dogmática ha planteado por lo menos seis posibilidades: (1.) el derecho a que no me maten; (2.) el derecho a que no me maten arbitrariamente; (3.) el derecho a recibir todo mínimamente necesario para sobrevivir en lo inmediato; (4.) el derecho a permanecer con vida; (5.) el derecho a una vida digna; y (6.) el derecho a hacer la vida. Estas posiciones no son irreconciliables entre sí (salvo por las posturas 1 y 2) de tal forma que es posible identificar una amalgama de ellas en la jurisprudencia nacional, principalmente de las tesis 1, 3, 5 y 6. La tesis 1 es empleada de forma constante contra el

propio titular, como una manera de sostener que su deber de permanecer con vida es absoluto, de tal manera que no existen justificaciones posibles para desarrollar conductas que pongan en riesgo su propia vida. La tesis 3 puede encontrarse en la jurisprudencia de medicamentos de alto costo, como una manera de sostener que el Estado se encuentra en la obligación de entregar un mínimo de prestaciones médicas a los pacientes que lo requieran, aun si éstas no figuran en las normas que rigen la materia. La tesis 5 es empleada generalmente como un recurso retórico, que poco añade a las discusiones específicas que afronta la jurisprudencia. De esta manera, por ejemplo, ha sido utilizada por la Corte Suprema en una sentencia en que se fuerza a un paciente a soportar tratamientos médicos contrarios a su voluntad. Por último, la postura 6 es utilizada esporádicamente por la jurisprudencia minoritaria en casos de transfusiones y huelgas de hambre como una tesis alternativa a la indisponibilidad de la vida humana. En base a ella, es posible aceptar que ciertos actos de disposición de la propia vida constituyen conductas legítimas cuando son el resultado de la deliberación autónoma del individuo. No se detectó el uso de las tesis 2 y 4 en la jurisprudencia analizada.

Luego, el trabajo realizado tenía también un objetivo crítico. Se trataba de poner a prueba la argumentación que ofrecen los tribunales de justicia para justificar la concepción del derecho a la vida que están empleando. Sobre este punto, es posible constatar una serie de omisiones graves.

Primero, no se ha detectado un uso sistemático del DIDH para resolver cuestiones sustantivas tales como la ilicitud de los tratamientos forzados o la necesidad de otorgar prestaciones médicas básicas. Sobre estos puntos, existen vacíos argumentativos importantes que solo aparecen adecuadamente tratados en algunos votos de minoría.

Segundo, no se utiliza la dogmática actualizada sobre el derecho a la vida como un recurso que permita problematizar las posturas alternativas. Esto es relevante toda vez que, como hemos revisado, las cuatro afirmaciones basales de la concepción dominante del derecho a la vida han sido cuestionadas reiteradamente. Estos cuestionamientos han sido completamente ignorados por la jurisprudencia nacional, de forma que no existe una adecuada fundamentación para sostener que el derecho a la vida sea absoluto, que implique un deber o que sea indisponible.

Asimismo, también se han analizado sentencias que incurren en analogías erradas sobre la conducta de los pacientes y los huelguistas con conductas suicidas y/o eutanásicas. Este

punto ha sido tratado de forma reiterada por la dogmática del derecho a la vida sosteniendo que el error consiste en ignorar el *objetivo* de la conducta: los pacientes y los huelguistas no tienen por objetivo morir. Nuevamente, este argumento no ha sido considerado por la jurisprudencia nacional.

Tercero, parte importante de las tesis utilizadas para solucionar las controversias analizadas permanecen implícitas, es decir, no se mencionan directamente en la sentencia. Ello es problemático pues no permite un adecuado cuestionamiento de los fundamentos de la decisión del tribunal. Así, vimos que la tesis (1.) sobre la especial naturaleza de la vida humana no es mencionada prácticamente por ninguna sentencia pese a ser la única justificación disponible para fundamentar el carácter absoluto e indisponible del derecho a la vida.

Cuarto, algunos términos se emplean de manera confusa. Como vimos, en la dogmática es posible dividir cada una de las afirmaciones de forma tal que se trata de tesis aditivas: cada una expresa una dimensión diferente del derecho a la vida. En la jurisprudencia, en cambio, las tesis a menudo se mezclan, incurriendo en distorsiones conceptuales. Esto ocurre habitualmente con las tesis (2.) sobre el valor absoluto del derecho a la vida y (4.) sobre su indisponibilidad, las que son empleadas como términos sinónimos para justificar a la vez el carácter ilícito de una conducta como la superioridad jerárquica del derecho.

Quinto, en ocasiones se emplea un uso de fuentes antojadizo, incurriendo en un ejercicio de cherry picking. Esto acontece sobre todo al emplear el DIDH, utilizando casos que no tienen relación directa con la materia discutida e ignorando todo el material que se ha producido en favor de la tesis rechazada por el tribunal.

Estas omisiones me permiten señalar que las sentencias de los tribunales de justicia no se encuentran bien fundamentadas en ninguna de las líneas jurisprudenciales analizadas.

Bibliografía

Alchourrón, Carlos (1991): Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas, en: Alchourrón, A. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Aldunate, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters.

Alexy, Robert (2016): *La doble naturaleza del derecho*. Madrid: Trotta.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996): *Las piezas del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

Bernal Pulido, Carlos (2015): La racionalidad de la ponderación, en: *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, pp. 409-431, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Calsamiglia, Albert (1993): Sobre la eutanasia, *Doxa*, núm. 14, pp. 337-358.

Casini, María (2011). La indisponibilidad de la vida humana en la perspectiva del Bioderecho. *Revista Medicina y Ética*, vol. 22, núm. 1, pp. 33-52.

Cea, José Luis (1980): *Derecho constitucional chileno. Tomo II*, Santiago: Ediciones UC.

Celano, Bruno (2019): *Los derechos en el Estado constitucional*. Lima: Palestra.

Chiassoni, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.

Dworkin, Ronald (1989): *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.

Dworkin, Ronald (1994): *El dominio de la vida*. Barcelona: Editorial Ariel.

Evans, Enrique (2004): *Derechos constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica.

Faúndez, Jorge y Díaz, Iván (2014): Examen de proporcionalidad de la huelga de hambre de personas privadas de libertad y de su alimentación a la luz de la jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, núm. 2, pp. 137-186.

Ferrajoli, Luigi (2010): *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del Siglo XX*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Figuroa, Gonzalo (2009): El derecho a la vida y el derecho a hacer la vida en colisión. *Revista chilena de derecho privado*, núm. 12, pp. 209-214.

Figuroa, Rodolfo (2008): Concepto de derecho a la vida, *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, pp. 261-300.

Figuroa, Rodolfo (2018): Jurisprudencia sobre transfusión de sangre y consentimiento informado de Testigos de Jehová. *Revista médica de Chile*, vol. 146, núm. 7, pp. 914-917.

García Amado, Juan (2012): *Sobre ponderaciones, debatiendo con Manuel Atienza*, en: *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, pp. 39-85.

Gómez, Gastón (2005): Derechos fundamentales y recurso de protección. Santiago: Universidad Diego Portales.

Guarinoni, Ricardo (2011): Razonamiento judicial e interpretación de la ley, en: Alarcón, C. y Vigo, R. (Coord.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales* (pp. 211-225). Buenos Aires: Marcial Pons.

Guastini, Riccardo (2011): Interpretar y argumentar. Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Guastini, Riccardo (2018): Aplicar principios constitucionales, en: *Ensayos escépticos sobre la interpretación* (pp. 139-158). Puno: Editorial Zela.

Hohfeld, Wesley (1968): Conceptos jurídicos fundamentales. México D.F: Fontamara.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (1999): El costo de los derechos. Buenos Aires: Siglo XXI.

Jiménez de Asúa, Luis (1950): Tratado de derecho penal. Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Losada.

Kaufmann, Rodrigo y Vivaldi, Lieta (2020): Derecho a la vida, en: Contreras, Pablo (edit.) *Curso de derechos fundamentales*, pp. 63-98.

Laporta, Francisco (1987): Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa*, núm. 4, pp. 23-46.

Marshall, Pablo (2005): ¿Nuestros derechos nos obligan? Una revisión de la teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho y Humanidades*, núm. 11, pp. 195-212.

Martínez Zorrilla, David (2007): Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Madrid: Marcial Pons.

Miranda, Alejandro (2019): Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Consideraciones acerca de los artículos 14 y 16 de la ley 20.584. En: Milos, Paulina y Corral, Hernán (Editores), *Derechos y deberes de los pacientes*. Universidad de los Andes, pp. 49-55.

Nogueira, Humberto (2006): La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 2, pp. 13-41.

Pérez Luño, Antonio (1987): Concepto y concepción de los derechos humanos. *Doxa*, núm. 4, pp. 47-66.

Pino, Giorgio (2013): Derechos fundamentales, conflictos y ponderación. Lima: Palestra.

Precht, Jorge y Faundes, Jorge (2013): Legitimidad de la huelga de hambre. Un debate sobre el derecho a la vida y la dignidad humana. *Estudios constitucionales*, Vol. 11, núm. 2, pp. 333-368.

Prieto Sanchís, Luis (2013): El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Editorial Trotta.

Revesz, Richard (2010): Análisis costo-beneficio en el derecho ambiental de los Estados Unidos. *Revista de Estudios Públicos (CEP)*, núm. 117, pp. 87-123.

Rose Ackerman, Susan (2010): Putting Cost-Benefit Analysis in Its Place: Rethinking Regulatory Review. *University of Miami Law Review*, vol. 65, pp. 335-356.

Ruiz Miguel, Alfonso (2010): Autonomía individual y derecho a la propia muerte. *Revista española de derecho constitucional*, núm. 89, pp. 11-43.

Salas, Sofía; Arriagada, Ana María; Bernier, Lionel; Besio, Mauricio; Micolich, Constanza; Misseroni, Adelio; Novoa, Fernando; Salinas, Rodrigo; Valenzuela, Carlos; y Bórquez, Gladys (2018). Aspectos éticos de la conducta del médico ante personas en huelga de hambre: opinión del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile. *Revista médica de Chile*, vol. 146, núm. 9, pp. 1059-1063.

Salgado, Constanza (2017): Límites y restricciones a los derechos fundamentales, en: Contreras Pablo y Salgado Constanza (editores), *Manual sobre derechos fundamentales*, pp. 206-257, Santiago: Lom.

Schauer, Frederick (2016): Positivismo constitucional. Lima: Palestra.

Soto Kloss, Eduardo (1985): Comentario al caso "Párroco de San Roque" (o de los ayunantes. Revista chilena de derecho, vol. 12, núm. 1, pp. 147-162.

Soto Kloss, Eduardo (2010): Derecho a la vida y recurso de protección, en: Talovari, Raúl (edit.), *Doctrinas esenciales. Derecho constitucional*, pp. 625-642, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Sunstein, Cass (2006): Riesgo y razón. Buenos Aires: Katz Editores.

Thomson, Judith (1971): *A Defense of Abortion*. Philosophy & Public Affairs, vol. 1, núm. 1, pp. 47-66.

Tórtora, Hugo (2011): El derecho a la vida en la jurisprudencia. Santiago: Editorial Metropolitana.

Ugarte, José (2006): El derecho a la vida y la constitución. Revista chilena de derecho, vol. 33, núm. 3, pp. 509-527.

Valenzuela, Sergio; Aliaga, Verónica; Burdiles, Patricio; Carvallo, Aurelio; Díaz, Eduardo; Guerrero, Manuel; Rueda, Laura; y Valenzuela, Carlos (2015): Reflexiones en torno a la ley N°20.584 y sus implicancias para la investigación biomédica en Chile. Revista médica de Chile, vol. 143, núm. 1, pp. 96-100.

Vermeule, Adrian (2018): La abdicación del derecho. Valencia: Tirant lo blanch.

Vivaldi, Lieta y Kaufmann, Rodrigo (2020): Derecho a la vida. En: Contreras, Pablo y Salgado Constanza (editores), *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo blanch, pp. 63-98.

Vivanco, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo II, Santiago: Ediciones UC.

Von Wright, Georg (1970): Norma y acción. Una investigación lógica. Madrid: Tecnos.

Waldron, Jeremy (2018): *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Zagrebelsky, Gustavo (1995): El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta.

Zúñiga, Alejandra (2011): El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria. Estudios Constitucionales, vol. 9, núm. 1, pp. 37-64.

Anexo I. Sentencias sobre transfusiones sanguíneas

Sentencias sobre transfusiones sanguíneas	
Corte de Apelaciones de Concepción	6735 - 2015
Corte de Apelaciones de La Serena	126 - 2015
Corte de Apelaciones de La Serena	1551 - 2020
Corte de Apelaciones de Rancagua	4841 - 2016
Corte de Apelaciones de Rancagua	1278 - 2018
Corte de Apelaciones de San Miguel	435 - 2008
Corte de Apelaciones de San Miguel	1864 - 2016
Corte de Apelaciones de San Miguel	862 - 2019
Corte de Apelaciones de Santiago	12930 - 2014
Corte de Apelaciones de Santiago	17397 - 2014
Corte de Apelaciones de Santiago	127300 - 2016
Corte de Apelaciones de Santiago	43412 - 2018
Corte de Apelaciones de Santiago	10893 - 2019
Corte de Apelaciones de Santiago	14837 - 2019
Corte de Apelaciones de Santiago	15754 - 2020
Corte de Apelaciones de Talca	935 - 2010
Corte de Apelaciones de Talca	2026 - 2018
Corte de Apelaciones de Valparaíso	654 - 2007
Corte de Apelaciones de Valparaíso	554 - 2008
Corte de Apelaciones de Valparaíso	6773 - 2013
Corte de Apelaciones de Valparaíso	977 - 2015
Corte de Apelaciones de Valparaíso	16842 - 2020
Corte Suprema	1764 - 2017

Corte Suprema	12618 - 2018
Corte Suprema	39208 - 2018
Corte Suprema	39208 - 2019

Anexo II. Sentencias sobre huelgas de hambre

Sentencias sobre huelgas de hambre	
Corte de Apelaciones de Antofagasta	142-2010
Corte de Apelaciones de Concepción	368-2010
Corte de Apelaciones de Concepción	8159-2016
Corte de Apelaciones de Concepción	19487-2019
Corte de Apelaciones de Concepción	15816-2020
Corte de Apelaciones de Copiapó	196-2019
Corte de Apelaciones de Copiapó	368-2020
Corte de Apelaciones de Copiapó	378-2020
Corte de Apelaciones de Coyhaique	23-2014
Corte de Apelaciones de Iquique	51-2013
Corte de Apelaciones de Iquique	310-2015
Corte de Apelaciones de La Serena	920-2010
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	149-2011
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	192-2011
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	215-2011
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	309-2011
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	17-2013
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	77-2013
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	533-2013
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	196-2015
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	786-2015
Corte de Apelaciones de Punta Arenas	62-2012
Corte de Apelaciones de Punta Arenas	285-2015

Corte de Apelaciones de Rancagua	110-2013
Corte de Apelaciones de Rancagua	114-2015
Corte de Apelaciones de Santiago	38653-2016
Corte de Apelaciones de Santiago	50903-2017
Corte de Apelaciones de Talca	216-2011
Corte de Apelaciones de Temuco	1154-2010
Corte de Apelaciones de Temuco	2146-2012
Corte de Apelaciones de Temuco	2289-2012
Corte de Apelaciones de Temuco	82-2013
Corte de Apelaciones de Temuco	724-2013
Corte de Apelaciones de Temuco	1400-2013
Corte de Apelaciones de Temuco	1101-2014
Corte de Apelaciones de Temuco	1491-2015
Corte de Apelaciones de Temuco	1885-2015
Corte de Apelaciones de Temuco	4482-2017
Corte de Apelaciones de Temuco	4647-2017
Corte de Apelaciones de Temuco	5313-2017
Corte de Apelaciones de Temuco	205-2018
Corte de Apelaciones de Temuco	913-2018
Corte de Apelaciones de Temuco	3496-2018
Corte de Apelaciones de Temuco	4432-2018
Corte de Apelaciones de Temuco	4807-2020
Corte de Apelaciones de Temuco	6213-2020
Corte de Apelaciones de Temuco	7699-2020
Corte de Apelaciones de Temuco	7728-2020

Corte de Apelaciones de Temuco	7789-2020
Corte de Apelaciones de Valdivia	450-2015
Corte de Apelaciones de Valdivia	1207-2017
Corte Suprema	6748-2015
Corte Suprema	95030-2020
Corte Suprema	95034-2020

Anexo III. Sentencias sobre medicamentos de alto costo

Sentencias sobre medicamentos de alto costo	
Corte de Apelaciones de Antofagasta	452-2014
Corte de Apelaciones de Antofagasta	685-2019
Corte de Apelaciones de Concepción	31-2010
Corte de Apelaciones de Concepción	3459-2018
Corte de Apelaciones de Concepción	3822-2018
Corte de Apelaciones de Concepción	9778-2018
Corte de Apelaciones de Concepción	10421-2018
Corte de Apelaciones de Concepción	11450-2018
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	25-2019
Corte de Apelaciones de Puerto Montt	26-2019
Corte de Apelaciones de Rancagua	511-2019
Corte de Apelaciones de San Miguel	5846-2017
Corte de Apelaciones de San Miguel	7820-2018
Corte de Apelaciones de San Miguel	1500-2019
Corte de Apelaciones de San Miguel	3306-2019
Corte de Apelaciones de Santiago	21961-2011
Corte de Apelaciones de Santiago	23576-2011
Corte de Apelaciones de Santiago	54356-2014
Corte de Apelaciones de Santiago	76932-2014
Corte de Apelaciones de Santiago	99928-2015
Corte de Apelaciones de Santiago	5137-2017
Corte de Apelaciones de Santiago	58355-2017
Corte de Apelaciones de Santiago	58379-2017

Corte de Apelaciones de Santiago	16116-2018
Corte de Apelaciones de Santiago	48964-2019
Corte de Apelaciones de Santiago	79939-2019
Corte de Apelaciones de Santiago	177066-2019
Corte de Apelaciones de Santiago	22090-2020
Corte de Apelaciones de Temuco	6380-2018
Corte de Apelaciones de Valdivia	1355-2018
Corte de Apelaciones de Valdivia	447-2020
Corte de Apelaciones de Valparaíso	1898-2019
Corte de Apelaciones de Valparaíso	10104-2020
Corte Suprema	43250-2017
Corte Suprema	25-2018
Corte Suprema	27-2018
Corte Suprema	2494-2018
Corte Suprema	8523-2018
Corte Suprema	17043-2018
Corte Suprema	22960-2018
Corte Suprema	25009-2018
Corte Suprema	2588-2019
Corte Suprema	2702-2019
Corte Suprema	3874-2019
Corte Suprema	5183-2019
Corte Suprema	7484-2019
Corte Suprema	7667-2019
Corte Suprema	7710-2019

Corte Suprema	8319-2019
Corte Suprema	11093-2019
Corte Suprema	11489-2019
Corte Suprema	12323-2019
Corte Suprema	16976-1019
Corte Suprema	19092-2019
Corte Suprema	30287-2020
Corte Suprema	69806-2020