

LA PROTECCION DE LA VIDA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS

Manuel Antonio Núñez
Universidad de Católica del Norte

SUMARIO

PRIMERA PARTE. INTRODUCCION Y ANALISIS DOGMATICO

(1) Sujetos y objetos del llamado “derecho a la vida y a la integridad”. 1.1. Los titulares del derecho. 1.2. La identidad del *nasciturus* y el fallo sobre la “Píldora del día después”. **(2) Vida e integridad de la persona como objetos del derecho.** 2.1. El significado del derecho a la vida. 2.2. La inviolabilidad de la integridad corporal y psíquica. 2.3. La integridad moral. 2.4. Las tres inviolabilidades fundamentales y los derechos sociales y de última generación. **(3) La protección de la vida del *nasciturus*.** 3.1. Alcance de la norma. 3.2. La condición de persona del no nacido. Breve pero necesario *excursus* histórico. 3.3. El sentido del inciso 3° dentro de la Comisión Ortúzar. **(4) Las excepciones al deber estatal de proteger la vida y la integridad.** 4.1. Régimen constitucional de la pena de muerte. 4.1.2. La pena de muerte y el Pacto de San José de Costa Rica. Efectos de la Ley N° 19.734 del año 2.001. 4.2. El deber constitucional de defender la patria

SEGUNDA PARTE. REVISION Y COMENTARIO DE CASOS. (1) Los límites tolerables: actos irrelevantes para la integridad de las personas. 1.1 *Lea Carrasco* (Corte de Valparaíso, 1994). 1.2. *Mena Donoso* (Corte de Valparaíso, 1994), o el caso del Hospital de enfermos de S.I.D.A. **(2) La irrenunciabilidad de este derecho. Las huelgas de hambre y las transfusiones de sangre obligatorias.** 2.1. *Rozas Vial* (Corte de Santiago, 1984) y las huelgas de hambre. 2.2. La hemo transfusión forzada, la libertad religiosa y problema constitucional de los tratamientos médicos obligatorios. 2.2.1. La invocación de la libertad religiosa hace una diferencia respecto de la huelga de hambre. 2.2.2. El Estado, sólo por excepción, puede obligar a los individuos a practicarse tratamientos médicos. **(3) Derecho a la vida y derecho a la protección de la salud (4, 5, 12).** 3.1. Casos en que la negación o el condicionamiento de las atenciones médicas pone en riesgo la vida de las personas. 3.2. *Sepúlveda Fariás* o el caso de los dializados (Corte de Santiago, 1987). **(4) La agresión psicológica y física.** 4.1. *Yévenes Ibáñez* (Corte Suprema, 1986) o “el inquilino”. 4.2. *Salgado Cancino*. 4.3. El recurso de protección es compatible con el procedimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar. **(5) Las amenazas a la integridad física y psíquica. (6) La integridad física de los conscriptos y de los condenados.** 6.1. El caso de los conscriptos, *Asencio Mancilla y otros* (Corte de Puerto Montt, 1998). 6.2. El caso del General Contreras y los derechos de los presos (Corte Suprema, 1995). **(7) La muerte cerebral y el fin de la existencia. (8) La constitucionalidad de la pena de muerte**

Índice de casos citados

I. PRIMERA PARTE

INTRODUCCION Y ANALISIS DOGMATICO

(1) Sujetos y objetos del llamado “derecho a la vida y a la integridad”

Como ya se ha escrito en otra parte, la vida y la integridad de la persona, antes que el objeto de un derecho, constituyen primeramente el objeto de un deber¹. No obstante ello, y siguiendo la tendencia de las modernas declaraciones de derechos², la Constitución chilena

¹ Vid. mi lección “El derecho a la vida o el deber de respetar la vida” en GARCIA HUIDOBRO, J., MARTINEZ, J.I. y NUÑEZ, M.: *Lecciones de Derechos Humanos* (Edeval, Valparaíso, 1997), pp. 48-51. La asunción de esta simple proposición contribuiría a desenredar buena parte de las discusiones en torno al “derecho” a vivir, al “derecho” a morir, a disponer del propio cuerpo o de la vida de los demás.

² En particular la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Art. 3. Todo individuo [*Everyone*, en la ed. inglesa] tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (“Art.1 Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad

optó por utilizar el lenguaje de los derechos para proteger la condición biológica del ser humano que lo hace reconocible como tal y sin la cual no es posible ni tiene sentido predicar el resto de los derechos y libertades constitucionales. Por esta razón (y sólo por esta razón) el análisis que a continuación se propone sigue el esquema o estructura clásica de los derechos, donde se pueden distinguir los titulares (o sujetos activos) del objeto de aquellos.

1.1. Los titulares del derecho

El artículo 19, el más largo de la Constitución, comienza diciendo: “La Constitución asegura a todas las personas: 1.º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. De este modo se reconoce a las *personas naturales*³ -por primera vez en nuestro constitucionalismo escrito- la inmunidad del cuerpo y de la mente frente al Estado y los particulares, condición que se traduce en la imposición de tres deberes primarios para la vida en sociedad: no matar ni infligir sin justa causa daño al cuerpo o la mente de la persona. El significado de esta norma es complementado por los arts. 6.1. PDCP. y 4.1. CADH., norma esta última que agrega que este derecho, en general, estará protegido *a partir del momento de la concepción*⁴.

Siendo entonces la vida humana el valor protegido a través de esta norma, resulta lógico concluir que los sujetos beneficiados con este derecho (cuyo alcance se explicará más adelante), y sobre todo con el reconocimiento del deber correlativo, *son todos los individuos que pertenecen a la especie humana, incluyendo al que está por nacer*. Nada importa aquí si el individuo no puede expresar su voluntad (como por definición es la condición del que está por nacer) o carece, de acuerdo al Código Civil, de existencia legal⁵.

1.2. La identidad del *nasciturus* y el fallo sobre la “Píldora del día después”

A propósito de la titularidad del *no nato* para invocar el derecho a la vida, viene al caso citar una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (28 de mayo del año 2.001), en la cual dicho tribunal se vio en el deber de resolver si acaso la autorización para comercializar una droga llamada *Levonorgestrel*, a través del fármaco *Postinal* (que administrada bajo ciertas dosis y después de la concepción puede provocar efectos abortivos) atentaba contra el derecho a la vida del que estaba por nacer.

Resolviendo la petición de los actores, la sentencia de primera instancia⁶ declaró que para el éxito un recurso de protección “*debe existir un sujeto pasivo perturbado, privado o amenazado en el*

de su persona”) y la Ley Fundamental de Bonn (cuyo art. 2.3. establece que “Todos tienen derecho a la vida [Jeder hat das Recht auf Leben] y a la integridad corporal” [und körperliche Unversehrtheit]).

³ Las personas jurídicas y las simplemente morales, al no tener vida, ni cuerpo ni mente, carecen de este derecho fundamental. Así lo ha resuelto nuestra jurisprudencia en un fallo de la Corte de Santiago de 29 de julio de 1986 (cit. en VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA: *Derecho Constitucional*, Jurídica de Chile, 1994, p. 197 y DIEZ, Sergio: *Persona y Valores. Su protección constitucional*, Jurídica de Chile, 1999, p. 285).

⁴ Para la CADH., de acuerdo al art. 1.2., “persona es todo ser humano”. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (D.Of. 27 de septiembre de 1990, la que, en su art. 6.1, reconoce a todo niño “el derecho intrínseco a la vida”) entiende por niño a “todo ser humano menor de dieciocho años” (art.1 CDN.).

⁵ El inciso 1º del art; 74 CC. dispone que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Debe recordarse que lo que esta norma define es la condición para la adquirir derechos de orden patrimonial, fuera de los cuales se encuentran los constitucionales.

legítimo ejercicio de sus derechos, que por sí o por tercera persona, requiera la correspondiente actividad judicial” (cons. 8°). Luego, puesto que el recurso se había interpuesto en favor de “*sujetos todos indefinidos y faltos de la concreción indispensable que la ley exige para ser titulares de la acción de protección de que se trata*” (cons. 9°), la acción debía ser rechazada. Para reforzar esa conclusión, la Corte agregó que la discusión planteada en los escritos, además de los informes que se adjuntaron, “*son ajenos [sic] a esta acción de protección, desde que requerirían una instancia de lato conocimiento además de una prueba diversa y compleja, procedimiento que no se aviene con su objetivo de ser un remedio pronto y eficaz que preste inmediato amparo a un eventual afectado*” (cons. 11°).

Recurriendo entonces a dos criterios procesales nada nuevos en la jurisprudencia sobre el recurso de protección⁷, la Corte opta por *resolver sin resolver*, esto es, evitar el pronunciamiento de fondo y rechazar la acción por razones de forma. Ahora bien, nada grave habría que reprochar a este modo de obrar (bastante formalista en cuanto a la definición del beneficiado) sino fuera porque desliza la idea que no existía un “sujeto pasivo perturbado, privado o amenazado en el legítimo ejercicio de sus derechos” (cons. 8°) o que de haberlo no se encontraba definido, individualizado o concretizado (9°). Y es claro que esta definición no es posible pedirla del mismo modo en que se lo hace para los nacidos, que usualmente cuentan con un nombre que permite identificarlos. Por otra parte, a través de tal formulismo la Corte parece negar una verdad evidente y públicamente notoria, cual es la existencia de, al menos, una persona por nacer en todo el territorio de su jurisdicción, para la cual la circulación libre de un fármaco abortivo representaba una amenaza. ¿Acaso no es eso renunciar al deber estatal de dar protección a la persona? (art. 1° CPR.).

Afortunadamente el criterio de la Corte de Santiago fue enmendado por la Corte Suprema. En sentencia de 30 de agosto de 2001, transcrita en este libro bajo el Caso N° 16, la Corte revocó la sentencia de primera instancia estimando que los recurrentes se encontraban legitimados activamente para recurrir en favor quien está por nacer (sujetos que la Corte no considera ni indefinidos ni faltos de concreción, cons. 7°). Adicionalmente, la Corte se pronunció sobre el fondo del asunto, resolviendo que “cualquiera que hayan sido los fundamentos y consideraciones que tuvieran en vista las autoridades recurridas para autorizar la fabricación y comercialización del medicamento denominado “Postinal” (...) han incurrido en una ilegalidad puesto que tal efecto es a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y convencionales analizadas precedentemente, sinónimo de aborto” (cons. 20°). Con esta decisión, se puso fin a la polémica respecto del Postinal, quedando para algunos pendiente el problema de otros fármacos de diverso nombre y similar composición.

(2) Vida e integridad de la persona como objetos del derecho

2.1. El significado del derecho a la vida

Como se adelantó, la vida no es tanto el objeto de un derecho como el objeto de un deber. Esto significa que ella representa un objeto inviolable e indisponible tanto para la persona como para el Estado y terceros. En cuanto tal, el deber constitucional de respetar la vida impone las siguientes obligaciones fundamentales:

⁷ Posibles de resumir en dos proposiciones: (i) la acción de protección no es una acción popular y (ii) la acción de protección no es idónea para resolver cuestiones de lato conocimiento.

a) *No matar a otro sin una justa causa.* En esta última categoría se encuentran la incontrovertida figura de la *legítima defensa* y la discutida *pena de muerte* (que a pesar de la controversia, se encuentra admitida en sede constitucional)⁸. Entre las *causas injustas* se encuentran aquellas conductas tipificadas por la ley penal como infanticidio, homicidio (que incluye a la llamada eutanasia pasiva), el auxilio al suicidio y el aborto (que, curiosamente, en nuestra legislación penal es un delito contra el *orden de las familias* y no *contra las personas*).

b) *No generar condiciones que impliquen una amenaza, riesgo o interferencia ilegítima para la vida de las personas.* Como se verá más abajo, esta obligación alcanza al propio individuo, quien no puede atentar ni poner, sin una justa causa, en riesgo su propia vida. A título ejemplar, nuestros tribunales han considerado que mantener excavaciones en la vía pública, sin los debidos resguardos en favor de la integridad de las personas, constituye una perturbación a los derechos reconocidos en el art. 19.1. de la Constitución⁹.

c) *Excepcionalmente, el deber de respetar la vida conlleva la obligación de ejecutar acciones de asistencia o protección.* No se trata de la protección a nivel de redes sociales públicas (vid infra §II.3.2) sino del deber de ciertas personas -que se encuentran en la posición o condición de garantes para prestar auxilio a otras en situaciones de riesgo o peligro.

Aunque no representan el ejemplo típico del garante -como el policía o el salvavidas- en esta posición también quedan, en la práctica, las llamadas Instituciones de Salud Previsional. En efecto, nuestros tribunales han estimado que el no pago de una licencia médica¹⁰ o el incumplimiento del deber de reembolsar una prestación médica¹¹ constituyen una agresión ilegítima al derecho a la vida de los beneficiarios del sistema de salud previsual privada. En situación similar pueden llegar a encontrarse los cotizantes respecto de sus cargas obligatorias, a quienes no pueden desafiliarse del sistema sin desconocer el “deber de protección” que les incumbe de acuerdo a la ley¹².

d) *Para el Estado genera la obligación positiva de proteger a las personas mediante la garantía del orden público* (el deber de dispensar seguridad es la primera consecuencia lógica del deber

⁸ La Comisión de Estudios para la Nueva Constitución dejó constancia (s. 89^a) que las salvaguardias previstas en el art. 2.2. del Tratado de Roma sobre Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales: “2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;

b) para detener a una persona conforme a derecho o para evitar la evasión de un preso o detenido legalmente;

c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o una insurrección”. Una comparación entre la Convención Europea y la Americana, en GROS, Héctor: *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo* (Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991), especialmente pp. 82-88.

⁹ Corte Suprema, 18 ed enero de 1999, *Araya Aravena*, en RDJ. 96.2.5^a, pp. 21-24. Un caso similar, aunque resuelto desde la perspectiva del derecho de propiedad: Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de abril de 1992, *Le Fort Campos*, en RDJ. 99.2.5^a, pp. 178-181.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Temuco, 22 de abril de 1999, *Maynard Osorio*, en RDJ. 91.2.5^a, pp. 157-162.

¹¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de septiembre de 1991, *Vivaldi Queirolo*, en RDJ. 88.2.5^a, pp. 369-373.

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 1992, en GJ. 144. El caso era el de un individuo que había excluido a su cónyuge de su plan de salud. Similar, en relación al deber de protección de los padres hacia los hijos: *Aguirte Díaz*, cit. nota 47.

constitucional de dar protección a la población) y el castigo penal de aquellos que dejan de cumplir con ese deber fundamental.

2.2. La inviolabilidad de la integridad corporal y psíquica

El derecho a la integridad física y psíquica no representa otra cosa que la imposición de otro deber: el respeto por la inviolabilidad del cuerpo y por la estabilidad emocional del individuo. Este deber conlleva la sujeción a una serie de obligaciones, que comparten con los anteriores la condición de ser fundamentales y de satisfacerse por la vía de omisiones:

a) *La prohibición de producir lesiones o mutilaciones ilegítimas a la integridad corporal del individuo.* Desde luego, no se comprenden en esta categoría aquellas lesiones o mutilaciones que se producen con ocasión de tratamientos médicos o a causa de actividades legítimas consentidas por el individuo (por ejemplo, la práctica de un deporte o la donación de un órgano)¹³ o impuestas por la ley (por ejemplo, un procedimiento policial de detención).

b) *Si bien constituye una especie de lesión o mutilación, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha ganado un lugar especial dentro de las normas de protección de la integridad.* Para la *Convención de Naciones Unidas* contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁴, se entiende por tortura “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas”¹⁵. Otra definición de tortura, vigente en Chile, es la que se encuentra en el art. 2 de la *Convención Interamericana* para prevenir y sancionar la tortura¹⁶: “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. Este tratado agrega que “No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

¹³ Para la donación de órganos, vid. la Ley N° 19.451 (D.Of. de 16 de abril de 1996), para el aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo vid. el Libro IX del Código Sanitario (art. 145 y ss.).

¹⁴ DS. (RR.EE.) N° 808, de 7 de octubre de 1988 (D.Of. de 26 de noviembre de 1988).

¹⁵ Parte de estas conductas se encuentran hoy tipificadas como delito en los arts. 150A y 150B del Código Penal. Esta última norma extiende las sanciones penales a quienes no poseen la calidad de funcionarios públicos.

¹⁶ DS. (RR.EE.) N° 809, de 7 de octubre de 1988 (D.Of. de 26 de noviembre de 1988)

c) *La Constitución prohíbe expresamente la aplicación de todo apremio ilegítimo*, esto es, de cualquier presión o acto de fuerza sobre el individuo que, no estando amparado por el Derecho, atente contra la integridad corporal o la estabilidad emocional del individuo. Naturalmente si existen apremios ilegítimos es porque los hay de carácter legítimo, tales como el derecho de los padres para corregir moderadamente a los hijos (art. 234 CC.) o la incomunicación de una persona detenida (autorizada por la Constitución en el art. 19 n.3).

d) *Las prohibiciones señaladas se extienden también a las amenazas que razonablemente producen el temor de verse vulnerado en la integridad.*

“El tema de la integridad psíquica ofrece un interesante campo para el análisis doctrinal y judicial. En efecto, muchos casos habrá en que la estabilidad emocional de las personas se vea injusta, directa y principalmente afectada por actos de terceros. Tal es el caso, por poner algunos ejemplos, de la llamada tortura psicológica, de los mensajes sub liminales, del maltrato de palabra o los efectos ocasionados por ciertos tipos de contaminación acústica. Por el contrario, en otros casos el desmedro de la integridad psíquica no se aprecia sino de un modo tangencial, indirecto y remoto. En efecto, hay muchas circunstancias y experiencias naturales de la vida que turban nuestra tranquilidad mental -así por ejemplo, la pérdida de un amor o del empleo, el estudiar para una prueba o el sacarnos una mala nota a fin de año-, pero el factor común a todas ellas es su *normalidad*, nota de la que se deriva el deber de soportarlas sin derecho a reclamar y la imposibilidad del Estado para remover las causas que las originan. Aunque cierto tribunal lo pudo ordenar alguna vez, la verdad es que resultaría totalmente absurdo imponer judicialmente al padre la obligación de brindar cariño al hijo postergado o al que alguna vez fue empleador la de recontractar al obrero que sufre con su cesantía sólo por que dichas situaciones generan una alteración en el alma de las personas”¹⁷.

2.3. La integridad moral

La Convención Americana reconoce, además del derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la integridad moral. Este último representa una extensión del principio de la dignidad de la persona y reconoce el valor de ese patrimonio “moral” del individuo denominado “honra”. La protección de este último valor se encuentra en el número 4 del artículo 19, por lo que será objeto de un estudio separado.

2.4. Las tres inviolabilidades fundamentales y los derechos sociales y de última generación

Como se podrá advertir, salvo escasas excepciones, el deber de respetar la vida y la integridad de la persona impone principalmente obligaciones negativas, esto es, *deberes de abstención*. Esto se explica por la condición de inmunidad o inviolabilidad con que el Derecho protege estos bienes o valores, y que inserta el derecho a exigir su respeto dentro de la categoría de los *derechos clásicos de defensa*¹⁸.

Una progresión en la escala de protección de los mismos bienes, bajo técnicas diversas, se encuentra en los *derechos sociales* que nuestra Constitución reconoce bajo las fórmulas del “derecho a la protección de la salud” (art. 19 n. 9) y el “derecho a la seguridad social” (art. 19 n. 18). Como se sabe, a diferencia de las libertades clásicas, los derechos sociales se

¹⁷ NUÑEZ, M.: *Lecciones de Derechos Humanos* (Edeval, Valparaíso, 1997), “Lección IV El derecho a la vida o el deber de respetar la vida”, p. 77-78.

¹⁸ Cf. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (Tr. E. Garzón, C. Estudios Constitucionales, Madrid, 1993), p. 188

satisfacen con prestaciones, de las cuales normalmente es el Estado el deudor, que persiguen eliminar o disminuir las desigualdades materiales y mejorar las condiciones de vida de las personas¹⁹.

Algo similar sucede con la dimensión personal del “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. Este derecho, relativamente nuevo para el constitucionalismo, no tiene por objeto proteger el medio ambiente por que sí, sino en cuanto un medio ambiente sano o contaminado incide positiva o negativamente en nuestra calidad de vida. Tanto así, que nuestros tribunales han resuelto que el art. 19.8 constitucional protege a las personas y no a otros seres vivos, como lo son los animales²⁰.

(3) La protección de la vida del *nasciturus*

“Algunos intentan justificar el aborto sosteniendo que el fruto de la concepción, al menos hasta un cierto número de días, no puede ser todavía considerado una vida humana personal. En realidad desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces”.

SS. Juan Pablo II, Evangelium Vitae, 60.

“El feto, y antes el embrión, no son persona humana sino mera ‘spes hominis’, por lo que el embrión y el feto no son titulares de derechos fundamentales”.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia N° 75/1984, voto particular.

3.1. Alcance de la norma

La Constitución dispone que “la ley protege la vida del que está por nacer”. Con este texto, aparentemente descriptivo antes que prescriptivo, se ordena al legislador proteger la vida del ser humano no nacido. Lo anterior significa al menos dos cosas: (i) que el legislador se encuentra obligado a extender la protección del Estado al que está por nacer²¹ y (ii) que toda ley que abdique de tal obligación es inconstitucional.

3.2. La condición de persona del no nacido. Breve pero necesario *excursus* histórico

Hay dos fuertes razones para entender que el no nacido es persona. La primera de ellas es de orden filosófico y se expresa en la convicción de que no se puede ser hombre o persona sino se lo es desde un principio, con la consecuente resistencia a reconocer que sea el Estado o el arbitrio de la voluntad los que concedan la condición de persona a un ser humano vivo. La segunda razón yace, con entera independencia de la intención o convicciones morales y religiosas de sus redactores, en el mismo texto de la Constitución. En efecto, la protección del no nacido -a quien la Carta llama, por lo demás, “el que” y no “lo que”- arranca del seno del derecho a la vida que la Constitución reconoce a *todas* las personas. En ello se fundamenta la propia Convención Americana, en cuanto protege la vida en general a partir de la concepción y prohíbe la ejecución de la pena capital a las mujeres embarazadas. En fin,

¹⁹ Cf. MARTINEZ, J.I.: *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales* (Cedecs, Madrid, 1997), p. 90-91.

²⁰ Era el caso de una población de lobos marinos. Se trata de la sentencia de la Corte de Valparaíso de 22 de diciembre de 1998, *Aída Rerequeo*, cit. en RDJ. 96.2.5ª, pp. 21-22.

²¹ Vid. especialmente los arts. 75 CC., 35 CP. y 369 COT.

y a menos que se crea que la vida que protege el citado inciso tercero no es humana, es la vida humana lo que da la condición de persona y no viceversa.

No hace mucho, un privatista escribió que, en parte, *es el impulso de las constituciones lo que ha permitido reencontrar y proyectar al hombre, recomponiendo la fractura entre las nociones de hombre y persona que el dogma de la capacidad jurídica introdujo en los códigos civiles modernos*²². En efecto -sigo aquí los eruditos estudios de P. CATALANO²³- es sólo a partir del siglo XVI que comienzan a escindirse las nociones de persona y de hombre, para asentarse la diferencia durante el siglo XIX con las obras de Heise, Savigny y Windscheid. Para estos autores (de la llamada Pandectística germana), persona venía a ser quien tenía capacidad jurídica, la cual -al ser otorgada por el Estado- hacía posible que seres humanos no fueran considerados personas y entes colectivos sí lo fueran. De esta forma se pasaba de la noción clásica y unitaria, propia del Derecho Romano, a una noción moderna, abstracta y positivista que sólo por ficción podía entender que el no nacido fuera persona²⁴.

Quizá sea el peso de esa herencia lo que ha llevado a algún profesor chileno a afirmar que “antes de la separación completa de la criatura y de su sobrevivencia por ‘un momento siquiera’, esa criatura [el que está por nacer, M.N.] *no es persona aún*. La Constitución Política y el Código Civil la denominan ‘el que está por nacer’. El primer cuerpo legal le otorga un amparo menor que el que concedió a ‘las personas’ puesto que delega en disposiciones de rango legal la protección de su vida”²⁵.

En fin, puede discutirse si Andrés Bello (de quien los redactores de la Constitución tomaron la frase) siguió la pandectística o la vertiente justiniana de sus pares codificadores latinoamericanos (especialmente Teixeira de Freitas), pero lo cierto es que el lenguaje de la Constitución puede navegar libre del lastre ideológico que supuso para el derecho civil la teoría alemana de la personalidad y de la capacidad.

En nuestro país, la Contraloría General de la República dictaminó -a propósito de la condición de beneficiario de pensiones y bonificaciones en favor de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos u otros actos de violencia política- que “como quiera que acorde con el artículo 5° de la Carta Fundamental es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes -cuyo es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- el nonato debe ser considerado para los fines en comento, de modo, entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la ley N° 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula”²⁶. Una proposición similar puede encontrarse en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 220 (caso 15), donde se lee que “puede concluirse que la Constitución regula la vida desde antes del nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural”.

3.3. El sentido del inciso 3° dentro de la Comisión Ortúzar

²² BUSNELLI, F.: “‘Persona’ e sistemi giuridici contemporanei”, en *Roma e America* 1/1996, p. 139.

²³ “Alle radici del problema delle persone giuridiche” y “Osservazioni sulla ‘persona’ dei nascituri alla luce del Diritto Romano”, ambos en *Diritto e Persone* (Giappichelli, Torino, 1990), pp. 163-188 y pp. 195-221.

²⁴ O algo así como una “persona futura”.

²⁵ FIGUEROA, G.: *Persona, pareja y familia* (Jurídica de Chile, 1995), p. 43. En contra: CORRAL, H.: “Notas sobre el status jurídico del concebido”, en *Semana Jurídica* 35 (2001), pp.5-6.

²⁶ Dict. N° 25.403 de 21 de agosto de 1995.

La inclusión del inciso en cuestión se justificó en la Comisión Ortúzar por dos órdenes de razones, ninguna de ellas -adelantamos- asociada a una presunta condición de *no persona* o *cosa* del que está por nacer.

El precepto es introducido en la sesión N° 90 (de 25 de noviembre de 1974) como una forma de evitar una declaración explícita que legitimara el aborto llamado terapéutico, pero que al mismo tiempo no pudiera interpretarse como una carta blanca en favor del legislador. Contra el voto de Jaime Guzmán, la Comisión acordó aprobar esta norma en el entendido que ella constituía un mandato flexible al legislador para no sancionar penalmente formas de aborto terapéutico, sin constituir una puerta abierta para la legalización del aborto en general.

(4) Las excepciones al deber estatal de proteger la vida y la integridad

4.1. Régimen constitucional de la pena de muerte

La Constitución manda que “la pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”. A su turno, la primera de las disposiciones transitorias, establece que “mientras se dictan las disposiciones que den cumplimiento a lo prescrito en el inciso tercero del número 1.º del artículo 19 de esta Constitución, continuarán rigiendo los preceptos legales actualmente en vigor”.

Los dos pasajes citados evidencian que, a diferencia de otros textos constitucionales contemporáneos²⁷, la Carta chilena opta por tolerar la pena capital sujetándola solamente a requisitos de forma (quórum legislativo especial e imposición a través de un debido proceso).

4.1.2. La pena de muerte y el Pacto de San José de Costa Rica. Efectos de la Ley N° 19.734 del año 2.001

“La pena de muerte no es útil por el ejemplo de atrocidad que da a los hombres. Si las pasiones o la necesidad de la guerra han enseñado a derramar la sangre humana, las leyes moderadoras de la conducta de los hombres no deberían aumentar el fiero ejemplo, tanto más funesto cuanto que la muerte legal se da con estudio y con formalidad. Me parece un absurdo que las leyes, que son expresión de la pública voluntad, que detestan y castigan el homicidio, cometan ellas mismas uno y, para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen un asesinato público”.

Cesare Beccaria, De los delitos y las penas, XXVIII

El artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁸ señala que:

“2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. *Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.*

3. *No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.*

²⁷ Véanse por ejemplo los art. 85 C.Pol. Austria, 15 C.Pol. España (que la mantiene para las leyes militares en tiempo de guerra), 18 C.Pol. Argentina (que la prohíbe para las causas políticas) o 5.XLVII C.Pol. Brasil (ídem. al caso español).

²⁸ Algo similar dispone el art. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Con todo, las reglas del 4.2 CADH le son completamente originales.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente” (cursivas agregadas).

Como puede verse, este tratado obliga a los Estados suscriptores a “congelar” la legislación penal capital a partir la fecha en que el convenio es ratificado (lo que implica no poder imponer esta pena para nuevos delitos) y a no reestablecer la pena de muerte en los casos en que ella fuera abrogada. Esta última es la obligación que genera el Pacto frente a la dictación de la Ley N° 19.734 (D.Of. de 5 de junio de 2.001) la cual, si bien no eliminó plenamente la pena de muerte de nuestro ordenamiento jurídico, la redujo considerablemente.

Los efectos de las obligaciones adquiridas por el Estado de Chile en virtud del Pacto de San José, dependen de la posición que se adopte frente al problema de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos. Sin entrar al detalle de esta polémica²⁹ -a mi juicio ya resuelta por nuestra justicia³⁰ y práctica constitucionales³¹- el problema puede resumirse del siguiente modo: Si es cierto que los tratados tiene jerarquía constitucional, entonces la ley que reponga la pena capital será inconstitucional por contravenir las obligaciones que ellos imponen. Por el contrario, si los tratados carecen de dicho rango, la ley podrá, sin contravenir la Constitución, reestablecer la pena de muerte. En este último evento, el único efecto del tratado sería el servir de fuente para la responsabilidad internacional del Estado infractor³².

4.2. El deber constitucional de defender la patria

Aunque la mayoría la repudia (es una pena no poder escribir “todos” en lugar de “la mayoría”), la guerra es una realidad de la política asumida por nuestra Constitución³³. Y aunque es un deber que no sólo se cumple en caso de guerra, la Constitución obliga a todos los chilenos a defender la soberanía de la patria, siendo obligatorios el servicio militar y demás cargas que imponga la ley.

²⁹ La extensa bibliografía sobre el punto puede consultarse en mi: *Integración y Constitución* (Edeval, Valparaíso, 2.000), pp. 109-110.

³⁰ Vid. las recientes sentencias de nuestro Tribunal Constitucional roles N° 282 (28 de enero de 1999), 309 (4 de agosto de 2.000), 312 (3 de octubre de 2.000) y, muy especialmente (puesto que es la que –hasta nueva reforma de la constitución– sepulta la teoría del rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos), 346 (8 de abril de 2.002)

³¹ Vid. el *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en la consulta de la Sala acerca de si existen, en nuestra normativa, proyectos de acuerdo con quórum calificado; proyectos de acuerdo orgánico constitucionales y proyectos de acuerdo modificatorios de la Constitución Política de la República, 19 de octubre de 1993*, Boletín S 139-10, *passim*.

³² Sobre el alcance de esta responsabilidad, en particular bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vid. AGUIAR, A.: “La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos”, y FAUNDEZ, H.: “El Derecho Internacional y la pena de muerte”, ambos en *Revista de Derecho Público* (Venezuela) 53/54 (1993), pp. 5-31, y 55/56 (1993), respectivamente. De la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vid. el documento sobre responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención”, Opinión Consultiva OC-14/94, C.I.D.H. (Ser.A) N° 14 (1994), de 9 de diciembre de 1994, y la opinión sobre las restricciones a la pena de muerte, Opinión Consultiva OC-3/83, C.I.D.H. (Ser. A) N° 3 (1983), de 8 de septiembre de 1983.

³³ Vid. arts. 11.2, 32.20-22, 40, 41, 56, 60.15, 79, 82, 90, 98, entre los principales.

La amenaza de la guerra para la vida se explica por sí sola. Lo que no corresponde explicar aquí es el régimen constitucional de las excepciones al deber militar, entre las cuales ocupa un lugar destacado la llamada “objeción de conciencia”³⁴.

II. SEGUNDA PARTE REVISION Y COMENTARIO DE CASOS

(1) Los límites tolerables: actos irrelevantes para la integridad de las personas

1.1 *Lea Carrasco* (Corte de Valparaíso, 1994). Caso 1.

El sentido común permite constatar que hay actos que por su escasa envergadura no pueden constituir un agravio ilegítimo para la estabilidad emocional o para la integridad física de las personas. Heroísmo y exagerada pusilanimidad son dos extremos que no entran dentro del derecho estudiado: el Derecho ni puede exigir actos de heroísmo, ni dispensar protección judicial a la pusilanimidad injustificada. Lo anterior explica la decisión de la Corte de Valparaíso, en *Lea Carrasco* (caso N°1), cuando resuelve que “la exigencia de un corte de pelo acorde con lo estipulado en el Reglamento Interno y de Higiene y Seguridad del establecimiento educacional recurrido, no puede significar una privación, perturbación o amenaza, arbitraria e ilegal por añadidura, a ninguna garantía o derecho constitucional del recurrente”.

De otra parte, hay tratos que por el carácter legítimo con el que se imponen tampoco constituyen un agravio contrario a la Constitución. “Entiende el Tribunal que para que una pena sea ‘degradante’ e infrinja el artículo 3 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], la humillación o el envilecimiento que implica tiene que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento habitual de humillación que se ha mencionado en el párrafo anterior [el Tribunal había dicho que ‘sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario y casi inevitablemente, tiene una *naturaleza degradante*’]. Esta diferenciación es forzosamente relativa, depende del conjunto de circunstancias del caso, y especialmente de la naturaleza y del contexto de la pena, así como de la manera que se ejecute” (Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 25 de abril de 1978, caso Tyrer).

1.2. *Mena Donoso* (Corte de Valparaíso, 1994), o el caso del Hospital de enfermos de S.I.D.A. (caso 6)

En *Mena Donoso*, nuevamente la Corte define el límite de lo tolerable en materia de peligros para la integridad de las personas. En esta oportunidad, la acción se intenta por una persona natural en contra los servicios públicos que autorizaron la instalación de un hospital para enfermos terminales de Sida en uno de los tantos cerros de Valparaíso. La Corte desestima el recurso puesto que el peligro existiría solamente “si se tienen relaciones sexuales con los infectados, o se comparten jeringas en una drogadicción endovenosa, de forma tal que por el contrario, al estar perfectamente individualizados y albergados los enfermos, el riesgo es aún menor” (cons. 3°).

³⁴ Vid. los arts. 8.3.c.iii) PDCP. y 6.3.b. CADH (equivalentes al art. 4.3.b. de la Convención Europea de Derechos Humanos). Este es un tema sobre el cual no hay jurisprudencia relevante en nuestro país. Para el tema en general, vid.: SERRANO A.: “Meditaciones viejas sobre un derecho nuevo”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (Civitas, Madrid, 1991), vol. 2, pp. 1213 y ss.

En relación a la condición de los enfermos, no puede dejar de destacarse el Derecho declarado por la Corte en el cons. 8º, especialmente en cuanto prohíbe la discriminación de los enfermos y su tratamiento como animales “peligrosos y contagiosos”.

(2) La irrenunciabilidad de este derecho. Las huelgas de hambre y las transfusiones de sangre obligatorias

El carácter irrenunciable del derecho a la vida y su condición preferente frente a otras libertades, son dos notas de este derecho que no están escritas en la Constitución pero que han sido reiteradamente afirmadas por nuestra jurisprudencia judicial. Esto es un indicio, para la teoría constitucional, de que la voz de la Constitución es también la voz de los tribunales.

1.1. Rozas Vial (Corte de Santiago, 1984) y las huelgas de hambre. Caso 2.

Sobre esta materia el *leading case*, sin lugar a dudas, es el *fallo Rozas Vial*³⁵. En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago decidió que el hecho de tratarse de una conducta no penada por la ley no transformaba en legítimo el ayuno de seis huelguistas. Para el tribunal de protección, una conducta de esta naturaleza “infringe todo nuestro sistema social y jurídico” (cons. 9º), “contrariando a la razón y a la justicia, pues es de derecho natural que el derecho a la vida es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra, pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos, sino en la facultad de exigir de los otros la inviolabilidad de ella” (cons. 10º).

No deja de llamar la atención la abierta apelación a la razón, la justicia y al derecho natural como criterios fundantes de la declaración de arbitrariedad, *modus operandi* que probablemente sería censurado por el positivismo ortodoxo. En todo caso, la línea trazada por nuestra judicatura es muy cercana al criterio defendido por otros jueces, tales como los del Tribunal Constitucional Español. Este último tribunal ha señalado que “tiene el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esta disposición constituye una manifestación del ‘agere licere’, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la libertad de morir”³⁶.

Con todo, el criterio de *Rozas Vial* no significa que el Estado tiene, a todo evento, el deber de intervenir frente a las huelgas de hambre. Esto último resulta procedente sólo cuando la evolución del ayuno pone en grave riesgo la vida de los huelguistas. La Corte Suprema ha

³⁵ En el mismo sentido, vid. Corte de Apelaciones de Copiapó, 3 de julio de 1986, *Intendente de la Región de Atacama* (RDJ). 83.2.5ª, pp. 108-111) y Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 1994, *Director Nacional de Gendarmería* (GJ. 165, pp. 77-79).

³⁶ Sentencia de 27 de junio de 1990, en en MARTINEZ PEREDA J. M. *et al.: Constitución Española*, Colex, Madrid, 1999, p. 74-75.

fallado en otro caso resuelto en 1992 que intervenir frente a un riesgo inexistente “*equivale (...) aplicar la fuerza, en nombre del derecho, para impedir un comportamiento libre y voluntario que no tiene en sí mismo relevancia jurídica -ayuno- y que, por lo mismo, menos puede ser considerado ilegal*”³⁷.

2.2. La hemo transfusión forzada, la libertad religiosa y problema constitucional de los tratamientos médicos obligatorios

Es sabido que, fundados en algunos pasajes del Antiguo y del Nuevo Testamento, los Testigos de Jehová no aceptan las transfusiones de sangre³⁸. Ello ha originado conflictos, puesto que los servicios de atención de salud, y luego los tribunales, entienden que sobre el deber de respetar los mandamientos de la propia religión se encuentra el deber de proteger la propia vida. En el fallo *Director del Hospital de Copiapó* (Corte de Copiapó, 1992, caso 3)³⁹, la Corte de esa ciudad estimó que el derecho a la vida debía *prevalecer* sobre la libertad de conciencia y de manifestación de todas las creencias, derechos que también cedían ante la obligación -fundada en un juramento y en un rol profesional- del médico de preservar la vida de sus pacientes (cons. 6º).

“Se considera así, que el consentimiento de la víctima, reflejado en la máxima ‘*volenti non fit iniuria*’, nunca ha tenido un carácter absoluto, de modo que sólo excluirá el injusto de una conducta cuando en la definición de ciertos delitos se haya tenido en cuenta dicha voluntad y el sujeto tenga libre disposición del bien jurídico afectado, lo que no ocurre con el derecho a la vida” (GIL, M. Angel: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995).

Este caso invita a reflexionar sobre dos temas conexos: la libertad religiosa y el deber de soportar tratamientos médicos forzados. A propósito de ello, pueden avanzarse estas dos tesis: (i) *La invocación de la libertad religiosa marca una diferencia importante respecto de la huelga de hambre*, y (ii) *el Estado, sólo por excepción, puede obligar a los individuos a practicarse tratamientos médicos*.

2.2.1. La invocación de la libertad religiosa hace una diferencia respecto de la huelga de hambre

Comparando *Rozas Vial* con *Director del Hospital de Copiapó*, el lector podrá advertir que en el primer caso la vida del individuo (y con ello, él mismo) se instrumentaliza como una forma

³⁷ Corte Suprema, 29 de octubre de 1992, *Director Nacional de Gendarmería* (GJ. 165, pp. 845-846). Sobre este punto, H. NOGUEIRA escribe: “el criterio o parámetro de constitucionalidad que debe ser utilizado en la materia es que, el ayuno voluntario (huelga de hambre) sólo puede ser interrumpido, sin afectar la dignidad de la persona y su derecho a expresarse libremente, cuando existen antecedentes que acrediten objetivamente un riesgo serio y efectivo de la vida de las personas, coercibilidad de trato que no debe nunca llevar más allá de lo proporcionado y adecuado para la preservación de la vida humana, no debiendo desarrollarse medidas vejatorias o de innecesario rigor, evitando que la medida adoptada en sede jurisdiccional constituya un sometimiento a juicio de la reivindicación misma perseguida por los huelguistas de hambre” (“El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico chileno”, en GJ. 207, p. 16).

³⁸ Génesis 9, 3-4 y Hechos 15, 29. Para esta interpretación, vid. *Jehovah's Witnesses and the Question of Blood* y *How can blood save your life*, ambos de la Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, 1977 y 1990, respectivamente.

³⁹ Vid. entre otros, Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de noviembre de 1991, *Director del Servicio de Salud Metropolitano* (en RDJ. 88.2.5ª, pp. 340-343), Corte de Apelaciones de Rancagua, 22 de agosto de 1995, *Director de la Fundación de Salud El Teniente* (RDJ. 92.2.5ª, pp. 233-236), Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de octubre de 1999, *Director del Hospital Luis Calvo Mackenna* (GJ. 232, pp. 107-108).

de presionar a la autoridad pública. En el segundo caso, no hay tal intención sino sólo el deseo voluntario de aceptar la muerte o sustituir un tratamiento médico por otro. Luego, en *Director del Hospital de Copiapó* no sólo se prescinde de la libertad religiosa del individuo⁴⁰, sino que además se pretere la libertad de la persona para elegir el tratamiento médico que considere adecuado. Desde luego, esta perspectiva cambia en el caso de quienes no se encuentran en condiciones de expresar su voluntad (como los niños menores de edad o los que están por nacer). En este último caso, y por extensa que sea la libertad que algunos tratados reconocen al “niño”⁴¹, no cabe duda que una decisión de esa naturaleza requiere no sólo de una voluntad expresa (lo que hace que el representante carezca de poder para sustituir la voluntad del infante) sino también madura de la persona. Y es el Derecho objetivo, quien define a partir de qué momento se presume esa madurez.

2.2.2. El Estado, sólo por excepción, puede obligar a los individuos a practicarse tratamientos médicos.

A diferencia de lo que sucede en otras partes del mundo⁴², en Chile no existe una norma que expresamente diga que el individuo no puede ser obligado a un tratamiento médico determinado. No obstante, el que no lo diga no quiere decir que carezcamos de ese derecho. Baste recordar que la primera oración de toda la Constitución nos reconoce como personas “libres”. En ese sentido, y partiendo de la base que el primer inciso de la Constitución no puede ser una fórmula vacía⁴³, el derecho a elegir nace de conjugar el deber de respetar la vida (que, como se vio, incluye la propia) con la libertad para decidir el cómo hacerlo.

Desde luego, como casi todas las reglas, *la libertad para optar por los tratamientos tiene al menos dos limitaciones*: (i) *la prohibición implícita de la eutanasia* y (ii) *la salud de los demás*. Respecto de la primera y ante la ausencia de una sentencia nacional que expresamente se pronuncie sobre el tema, por el momento sólo podemos extender los argumentos expuestos por la Corte de Santiago en el caso *Rozas Via*⁴⁴. En cuanto a la segunda, hay que recordar que es deber del Estado dar protección a la población (art. 1 CPR.), lo que no sólo implica resguardar la integridad de los individuos (art. 19.1) sino también su salud (art. 19.9). En razón de lo anterior, es que la ley puede obligar a los individuos a controlar sus enfermedades contagiosas⁴⁵.

“La vacunación (...) constituye uno de los tratamientos sanitarios obligatorios a los cuales se refiere el art. 32 de la Constitución (...) De donde se deduce que la ley que imponga un tratamiento sanitario no es incompatible

⁴⁰ La *Declaración de N.U. sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o creencias* (25 de noviembre de 1981), señala que la libertad para manifestar la propia religión o creencia puede ser sujeta sólo a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad pública, el orden, salud, moral o los derechos y libertades fundamentales de los otros (art. 1.3.).

⁴¹ Vid. Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente sus arts. 13 y 14.

⁴² “Ninguno puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario si no es por disposición de la ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana” (art. 32, inciso 2º, de la Constitución italiana).

⁴³ Esta libertad general, residual respecto de los derechos llamados “típicos”, debe conectarse con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sobre el particular, vid. el capítulo VII de la obra de Robert ALEXY (El derecho general de libertad) *Teoría de los Derechos Fundamentales* (cit.), pp. 331-380 y KOMMERS, D.: *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany* (Duke University Press, Durham, 1997), pp. 313-326.

⁴⁴ Véase mi lección “El derecho a la vida o el deber de respetar la vida” (cit.), pp. 86-91.

⁴⁵ Véase sobre este tema, el Tit. II del Código Sanitario, arts. 20 y ss.

con el art. 32 si el tratamiento se dirige no sólo a mejorar o preservar el estado de salud del individuo, sino también a preservar el estado de salud de los otros, puesto que es propiamente aquel fin ulterior, atingente a la salud de la colectividad, lo que justifica la reducción de aquella autodeterminación del hombre inherente al derecho a la salud como derecho fundamental” (Corte Constitucional de Italia, sentencia N° 307, de 22 de junio de 1990).

“La disciplina constitucional de la salud comprende dos aspectos, uno individual y subjetivo (la salud como derecho fundamental del individuo) y otro social y objetivo (la salud como interés de la colectividad). A veces el uno puede entrar en conflicto con el otro, según la eventualidad presente en las relaciones entre el todo y las partes. En particular (...) puede suceder que la persecución del interés por la salud de la comunidad, a través de tratamientos sanitarios como la vacunación obligatoria, perjudiquen los derechos individuales a la salud, cuando tales tratamientos involucren -para la salud de quienes deben someterse a ellos - consecuencias indeseables, perjudiciales o que vayan más allá del límite de lo tolerable. Tales tratamientos son lícitos, por textual previsión del art. 32 de la Constitución, el cual exige una reserva de ley, cualificada por el necesario respeto de la persona humana (...). La coexistencia entre la dimensión individual y aquella colectiva de la disciplina constitucional de la salud, así como el deber de solidaridad que liga al individuo con la colectividad, como también la colectividad al individuo, imponen que se predisponga, para aquellos que hayan sufrido un daño a su salud, por haber accedido a la obligación del tratamiento sanitario, una medida específica de apoyo consistente en una reparación equitativa del daño. Una indemnización (...) debida por el simple hecho objetivo e inculpable de haber sufrido un perjuicio no evitable, en una ocasión en la cual la colectividad en su complejo obtiene un beneficio” (Corte Constitucional de Italia, sentencia N° 18, 18 de abril de 1996)⁴⁶.

(3) Derecho a la vida y derecho a la protección de la salud

Entre el clásico derecho-defensa a la vida y el derecho social a la protección de la salud, se interpone una frontera que no siempre es fácil de determinar. Este último ha sido el desafío al que se han visto enfrentadas las Cortes al resolver litigios constitucionales causados por la falta de atención por parte de los servicios estatales o particulares de salud.

3.1. Casos en que la negación o el condicionamiento de las atenciones médicas pone en riesgo la vida de las personas.

Montero Núñez del Prado (Corte Suprema, 1996, caso 4) y *Zañartu Valenzuela* (Corte de Santiago, 1997, caso 12)

En *Montero Núñez del Prado*, la Corte Suprema consideró que el desalojo del paciente de un hospital (que no tenía convenio para que el médico pudiera operarlo en dicho recinto) justificaba acoger el recurso de protección intentado contra el centro asistencial. Algo similar ocurre en *Zañartu Valenzuela*, caso en el cual la Corte de Santiago estimó que el acto de exigir un cheque en garantía, como condición para atender a una paciente embarazada de cuatrillizos con riesgo de pérdida, no era razonable ni legal (cons. 3°) y consistía en “una situación de afectación al derecho a la vida consagrado en el 19 N° 1 de nuestra Carta Fundamental”.

Según se estudia en los cursos de Derecho Civil y Procesal, las sentencias sólo tienen efectos relativos. Por lo mismo, es muy propio de la tradición excesivamente “legalista” de los países del *civil law* el considerar insuficiente el poder de las sentencias. Esta pesada tradición hizo que el fallo *Zañartu Valenzuela* (profusamente publicitado en la prensa nacional) no fuera remedio suficiente y que se estimara necesaria una ley para corregir el problema. Esta Ley, publicada casi tres años después de *Zañartu Valenzuela*, llevó el número 19.650 (D.Of. de 24 de diciembre de 1999) y el título “perfecciona normas del área de la salud”. Este cuerpo legal, modificó la

⁴⁶ Ambas en FINOCCHIARO, A. e M.: *Costituzione della Repubblica Italiana* (Maggioli Ed., Rimini, 1997), pp. 26-28.

Ley n° 18.469 (que regula el ejercicio del derecho constitucional de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud), prohibiendo expresamente a los prestadores de servicios de salud el exigir a los beneficiarios de dicha ley “dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier forma dicha atención” (art. 2.1.).

3.2. *Sepúlveda Farías* o el caso de los dializados (Corte de Santiago, 1987, caso 5)

Aunque parezca una contradicción, el derecho a la protección de la salud no puede ser tutelado por la vía del recurso de protección. Esta última acción sólo tutela el derecho de cada persona para elegir entre el sistema de salud estatal o privado (19.9, inciso final). De ahí que la Corte Suprema haya resuelto en 1987, en el caso *Sepúlveda Farías*, que los problemas derivados de la falta de tratamiento de hemodiálisis, por parte de un hospital público hacia una persona con deficiencias renales, no importaba una infracción al 19.1 “sino al derecho de protección a la salud” (cons. 9°), situación “que no queda comprendida en el artículo 20 del mismo cuerpo constitucional” (cons. 12°), lo que hace improcedente la acción de protección (ibíd.).

La línea argumental de *Sepúlveda Farías* es sencilla y puede resumirse del siguiente modo:

- a) El art. 19.1 obliga a no hacer, mandando al legislador a castigar como delitos las acciones contrarias a ese mandato (homicidio, aborto, etc.) (cons. 3°-4°).
- b) Las infracciones al art. 19.1 se darán cada vez que entre la falta de atención médica y el resultado (muerte u otra privación o amenaza a la vida) exista una relación de causa-efecto (cons.5°). El médico sólo puede responder por su asistencia profesional al paciente, y no por los defectos del sistema de salud o la legislación (cons. 7°)
- c) Luego, si un paciente fallece o su integridad se deteriora a causa de una enfermedad, y no a causa del actuar del hombre, obliga al juez a dar un salto dentro del art. 19 hasta llegar al n° 9, sobre protección de la salud (cons. 9°), norma no tutelada (salvo su inciso final) por la acción de protección.

Ante los argumentos citados debió ceder el fallo de primera instancia, que -acogiendo la acción- había resuelto que “carecería de sentido concluir que nada podría hacer este tribunal si el organismo administrativo de salud se excusara en dificultades económicas o materiales para dejar de cumplir la solemne declaración de la Constitución que llama al Estado un servidor de la persona humana” (cons. 13°).

A pesar de las críticas, *Sepúlveda Farías* no es una carta blanca en favor de la Administración. Cabe recordar que dicho fallo resguarda la licitud de la conducta a condición que la autoridad médica proporcione al enfermo los auxilios médicos necesarios “de acuerdo a los elementos de que dispone” (cons. 5°, *in fine*), incurriendo “en un acto u omisión arbitrario sólo cuando contando con los recursos materiales y humanos se niegue injustificadamente a proporcionar atención a los enfermos” (cons. 12°)⁴⁷.

⁴⁷ Se esboza aquí el concepto de “falta de servicio”, a que se refiere el art. 44 LOC. 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado, y el art. 141 LOC. 18.695, Orgánica de Municipalidades. Un criterio similar se encuentra en *Marambio Leiva*, Corte de Santiago (13 de noviembre de 1992) en relación a una cirugía cardiovascular no ejecutada por un centro de salud, en. *RDJ*. 89.2.5ª, pp. 341-342. Vid, el comentario del Prof. Soto Kloss (ibíd., pp. 342-344), donde se sostiene la tesis que al Estado le es siempre posible recurrir a los

Un criterio distinto lo rescata la Corte Suprema en *Agurto Díaz* (1998)⁴⁸, al revocar una sentencia de la Corte de Punta Arenas. En este fallo el máximo Tribunal declaró que, no obstante la acreditada falta de recursos del padre para financiar un tratamiento a su hijo (se recurría contra el padre para que financiara la cura de la hija), el Estado debía hacerse responsable del tratamiento del menor. La parte resolutive de esta sentencia se reproduce a continuación:

“1º) Que constituye una obligación del Estado prestar atención médica a sus habitantes, si éstos no cuentan con los recursos económicos suficientes para procurárselos; evento en el cual deberá velar porque se satisfaga la atención, incluso en los sistemas de salud privados, si no cuenta con la infraestructura necesaria para prestarla, respaldándola o financiándola, según corresponda, sin perjuicio del derecho a repetir, en su caso”.

“2º) Que los tribunales, tratándose de personas sujetas a tratamiento de hemodiálisis, han declarado la obligación principal de los órganos de salud públicos, de proteger la vida de quienes se encuentran sujetos a tal procedimiento, lo que ocurre con el caso de autos respecto de la menor (...), quien padece de una falla renal crónica terminal, con necesidad de hemodiálisis tres veces por semana.

Por lo razonado precedentemente se resuelve:

El Hospital de Magallanes (...) prestará el tratamiento de hemodiálisis a la menor (...) en sus dependencias y en el evento que carezca de las instalaciones pertinentes, la procurará en el sistema de salud privado, garantizando o financiando directamente la prestación”.

Como puede verse, los extremos en que se mueve nuestra Corte Suprema no son otros que los definidos por el binomio *derechos de defensa vs. derechos sociales*. Los primeros, resultan sencillamente satisfechos por la vía de las prohibiciones, mientras que los segundos requieren de prestaciones para las cuales no siempre existen recursos materiales suficientes. Todos quisiéramos que el sistema diera abasto para universalizar el criterio de *Agurto Díaz*, qué duda cabe. El problema radica en que la cuestión no es sólo jurídica, sino más bien política. A los tribunales les corresponde impartir justicia, pero de la jurídica no de la social. Esta última entra en el campo de la política, no del Derecho. Vienen entonces a la memoria los pasajes de la obra de Michel Villey: “Hoy día los Derechos del Hombre han cambiado de contenido, han llegado a ser sustanciales, ‘sociales’ -derecho al Trabajo, a la Salud, al Bienestar, a la Cultura-; pero ellos no resultan menos ilusorios. Son -según decía Paul Claudel- como la mujer: ‘promesas que no pueden ser cumplidas’, o como según manifestaba nuestro economista Jacques Rueff de la moneda estadounidense, ‘falsos créditos’ que es imposible pagar. Las falsas promesas provocan -ha dicho Bentham, otro adversario de los Derechos del Hombre de 1789- la pena de la ‘esperanza engañada’; suscitan reivindicaciones sin salida. En buen lenguaje, es de la esencia de un derecho el poder ser reivindicado; pero tratándose de los Derechos del Hombre, la reivindicación no puede ser satisfecha. Ellos son espejismos, ‘palabras verbales’, pompas de jabón sin consistencia”⁴⁹.

convenios con las instituciones privadas de salud, para ejecutar aquellas prestaciones que no puede brindar directamente por la carencia de infraestructura.

⁴⁸ Corte Suprema, 16 de marzo de 1998, en *GJ*. 213, pp. 27-32.

⁴⁹ “Crítica de los Derechos del Hombre”, en *Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo* (Tr. A. Guzmán, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976). Sobre este interesante tema, vid. los trabajos del Prof. Alejandro GUZMAN BRITO: “La naturaleza de las garantías constitucionales examinadas a través de su protección judicial”, en *RDJ*. 45.2.1ª, pp. 105-112, “Sobre la naturaleza de la teoría de los derechos del hombre”, en *Revista de Derecho Público* (U. Chile) 41/42 (1987), pp. 77-93, “La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos”, en *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso) 41 (1996), pp. 245-267 y “Aspectos históricos de la teoría de los derechos del hombre”, en *Actas V Jornadas Chilenas de Derecho Natural, Moral y Derecho* (P. Univ. Católica de Chile, 1987), pp. 204-210.

En la misma línea de *Sepúlveda Fariás* se encuentra la sentencia de la Corte Suprema de 9 de octubre de 2001 (*Náyade Rojas Vera y otros*, rol N° 3.025-2.001). Esta sentencia -que, como otras de la presente recopilación, fue objeto de cierto debate en la prensa nacional- revoca otra de la Corte de Santiago recaída en un recurso de protección deducido por tres personas afectadas por el VIH contra el Ministerio de Salud y el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente. Frente a la petición de los tres recurrentes (cual era que las autoridades sanitarias fueran obligadas a dispensarles el tratamiento médico y medicamentos necesarios para el control de su enfermedad), la Corte Suprema argumentó que decretar judicialmente el tratamiento médico: “implica precisamente lo contrario de lo que pretende la ley [la Ley N° 18.569], ya que lleva a otorgar en condiciones de arbitrariedad las prestaciones reclamadas por los recurrentes, al preferírseles por la sola circunstancia de haber acudido a solicitar amparo constitucional por la presente vía” (cons. 5°), “ya que atañe a las autoridades de salud llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la Administración del Estado acorde con los medios de que disponga para ellos y con otros parámetros que no cabe dilucidar por esta vía” (cons. 6°). Como último argumento la Corte recuerda que “la protección estatal a la salud se encuentra contemplada como garantía constitucional en el artículo 19N°9 y de éste, lo único incluido en el recurso de protección es el inciso final, referido a que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado, lo que no es el caso de autos” (cons. 7°).

La médula de la sentencia revocada (Corte de Santiago, 28 de agosto de 2001), se concentra en los considerandos 6° al 13° que pasamos a reproducir

“6° Que analizados los antecedentes reunidos en autos, son hechos no controvertidos en estos recursos: a) los tres recurrentes son portadores del virus de inmunodeficiencia humana VIH, encontrándose su enfermedad en distintos grados de desarrollo; b) los tres recurrentes requieren, para sobrevivir, tratamiento antirretroviral; c) los tres recurrentes, (en la imposibilidad de adquirir personalmente los medicamentos indispensables para tratar la enfermedad que portan) han acudido a los Servicios de Salud recurridos en procura de éstos; d) los Servicios de Salud recurridos no han proporcionado a los recurrentes todos los medicamentos solicitados.

7° Que, precisada la situación fáctica, corresponde analizar en primer lugar, si la negativa de los recurridos a suministrar a los recurrentes todos los medicamentos que éstos han solicitado, pone en riesgo sus vidas; y, en segundo lugar, si la referida negativa de los recurridos constituye una omisión ilegal o arbitraria, o si por el contrario, tal negativa se encuentra justificada.

8° Que, en el primer orden de materias, no es competencia de esta Corte de Apelaciones realizar apreciaciones propias de carácter médico o científico por lo cual se atenderá sobre el particular a lo señalado por los profesionales de la salud. (...) De esta manera resulta evidente que los informes antes mencionados, son coincidentes con lo expresado por los recurrentes en el sentido de que si no reciben el tratamiento antirretroviral, fallecerán en breve plazo.

9° Que, para analizar si la inacción de los recurridos se encuentra ajustada derecho o si por el contrario es ilegal o arbitraria, se deben tener presentes los siguientes principios: a) de acuerdo a lo establecido por el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Por su parte, el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas el derecho a la vida; c) de acuerdo al artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es inherente a la persona humana; d) de conformidad a lo establecido por el artículo 4° numeral 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a que se respete su vida y, este derecho, estará protegido por la ley; e) de acuerdo al artículo 55 del Código Civil, son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición;

10° Que, siendo la vida un derecho inherente a la persona humana, es decir, un derecho de la personalidad que la doctrina ha reconocido existir por su propio valor moral, con independencia de que el legislador lo haya proclamado, (José Puig Brutau, Compendio de Derecho Civil, Tomo 1, pag.169); tal derecho, debe ser respetado por todos, y en particular, por quien ha declarado solemnemente garantizar o asegurar a todas las personas "el derecho a la vida".

11° Que, analizando la inminencia de la muerte de los recurrentes, (hecho anunciado por los profesionales de la salud), en caso de no recibir tratamiento antirretroviral no es posible aceptar que, quien está al servicio de la persona humana y ha asumido, entre muchas otras políticas de Estado, la obligación de combatir las enfermedades de transmisión sexual, -entre las que se encuentra expresamente considerado el SIDA- observe o contemple sin intervenir, cómo, precisamente, esas mismas personas a quienes asegura el derecho a la Vida, la pierden.

12° Que, las dos razones principales dadas por los recurridos para explicar su inacción, es decir: a) que la insuficiencia de recursos para abordar los tratamientos farmacológicos, ha determinado la necesidad de establecer normas técnicas que fijen la prioridad de acceso a ellos; y, b) que la ley 18.469, norma que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, establece en su artículo 11, que las prestaciones comprendidas en dicho régimen serán otorgadas por los organismos que dependen del Ministerio de Salud, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, no justifican su proceder según se pasa a exponer.

13° 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 posibilidad de negociación patrimonial (...)."

(4) La agresión psicológica y física

4.1. *Yévenes Ibáñez* (Corte Suprema, 1986) o “el inquilino”. Caso 13.

El compartir la vida cotidiana con alguien cuya conducta resulta desagradable, es una experiencia que muchos estudiantes universitarios conocen. Sin embargo, lo que para un pensionista pasajero no es más que una anécdota, puede transformarse en desgracia para quien no puede librarse de un perturbador inquilino. Esta última fue la experiencia de una mujer cuyo violento yerno, separado hacía tiempo de su hija, se negaba a abandonar el departamento que le pertenecía a su suegra.

La afectada, luego de interponer una acción de protección en contra del incómodo inquilino, obtuvo que la Corte Suprema reconociera el carácter arbitrario e ilegal de la conducta del yerno (que no sólo afectaba la integridad emocional de la actora, sino que además perturbaba sus derechos de propiedad e intimidad), obligando a éste a hacer abandono del inmueble. Para ello, la Corte consideró que la conducta del recurrido, “*ajustada a la ley en un comienzo, devino en el tiempo en diversos hechos que agravian a la actora, siendo todos y cada uno de ellos ilegales y arbitrarios, pues aquéllos configuran una situación permanente que es un ilícito continuado, exigiendo el ordenamiento jurídico dar protección a la afectada*” (cons. 6°). Por otra parte, al imponerle a la afectada su presencia, luego de las continuas dificultades con la hija de ésta, había provocado “*una neurosis de angustia*” que justificaba la medida cautelar decretada (cons. 9°). En síntesis, lo que para la actual legislación constituiría un acto de “*violencia intrafamiliar*”⁵⁰, configuró en *Yévenes Ibáñez* una vulneración a la integridad psíquica de la persona.

4.2. *Salgado Cancino* (Corte de Punta Arenas, 1992). Caso 13.

En *Salgado Cancino* (Corte de Punta Arenas, 1992) la Corte de Punta Arenas vuelve a conocer de un asunto que de acuerdo a la ley actual constituye un acto de violencia intrafamiliar. Esta vez se trata de una mujer, por quien recurre su hermano, que no sólo es golpeada por su cónyuge sino que además es vigilada por éste y sus familiares. La Corte, luego de enumerar los elementos constitutivos de la acción de protección (cons. 6°), resuelve que los hechos

⁵⁰ Cf. art. 1° Ley N° 19.325, establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar (D.Of. de 27 de agosto de 1994).

denunciados son “la resultante de una acción arbitraria e ilegal” (ibíd.), por lo que se decreta, como medida de protección, el traslado de la afectada a la ciudad de Santiago “con el objeto que sea sometida a los exámenes médicos psiquiátricos o de la especialidad que su estado de salud requiera y posterior tratamiento”.

4.3. El recurso de protección es compatible con el procedimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar

Tanto *Yévenes Ibáñez* como *Salgado Cancino*, sirven para ejemplarizar un problema de frecuente ocurrencia en lo que al recurso de protección se refiere. Se trata de la compatibilidad y acumulabilidad de la acción de protección con otros procedimientos legales. A pesar de ser un tema para el cual la Constitución dispensa una solución expresa (en efecto, se trata de una acción que procede “sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”), se ha pensado, y en ocasiones resuelto, que la protección no procede existiendo acciones especiales para reparar el mismo agravio. De haber existido, hacia los años 1986 o 1992, la actual Ley de Violencia Intrafamiliar, se podría haber sostenido entonces la inadmisibilidad de tales acciones.

Sin embargo, como ya se señaló, la acción procede “sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer”, por lo que la existencia de una ley especial no inhibe a las Cortes para ejercer la jurisdicción tutelar propia de la acción de protección. En este sentido, véase cómo la Corte de Punta Arenas, en *Salgado Cancino*, no declina su pronunciamiento en razón del potencial carácter delictivo de las conductas denunciadas. Por el contrario, acoge la acción ordenando expresamente que se remitan los antecedentes al juzgado del crimen de turno “para la investigación correspondiente”.

(5) Las amenazas a la integridad física y psíquica (casos 7 y 8)

En *Garretón Merino* (Corte de Santiago, 1985, caso 7) nuestros tribunales resolvieron que, para decretar medidas específicas de protección personal (como lo era la protección policial), las amenazas de agresión debían (i) ser acreditadas y (ii) provocar un justo temor en el afectado (cons. 8º). Hay que recordar que eran medidas de protección que solicitaban los abogados querellantes de varias causas en que se veían comprometidos los servicios de inteligencia del Gobierno de la época.

En *Burgos Mariángel* (Corte de Concepción, 1994, caso 8), a pesar de parecer extemporánea la interposición del recurso, la Corte decide acoger el recurso atendida “la naturaleza de los bienes jurídicamente protegidos”. Éstos eran, ni más ni menos, las vidas de los alumnos de un colegio colindante con un desvío ferroviario emplazado a cincuenta metros de cierta Escuela. Para la Corte (como se ha resuelto en los casos de excavaciones mal señalizadas, vid. supra §I.2.1), el levantamiento de dicho desvío era un acto irracional, y por ello arbitrario (cons. 11º) que amenazaba la vida e integridad de los menores de edad (cons. 8º). Termina la Corte por ordenar la ejecución de ciertas obras de seguridad, como condición para previa a la puesta en marcha del desvío.

(6) La integridad física de los conscriptos y de los condenados

6.1. El caso de los conscriptos, *Asencio Mancilla y otros* (Corte de Puerto Montt, 1998). Caso 10.

Arriba se vio como el servicio militar obligatorio, llevado a su máxima expresión que es la guerra, podía considerarse como una situación de amenaza inminente pero legítima para la vida de las personas (vid. supra .§I.4.2). Sin embargo, ni ello ni la rigidez propia y necesaria de la disciplina militar autorizan a las autoridades militares para maltratar arbitrariamente a quienes cumplen con ese deber cívico. Así lo resolvió la Corte de Puerto Montt en *Asencio Mancilla y otros* (1998), donde no hay duda en calificar los maltratos del Cabo Instructor como un “desprecio” al derecho a la integridad de las personas (cons. 4º), conductas ilegales “amén de arbitrarias”, “puesto que no estuvieron gobernadas por la razón sino únicamente por el capricho” (ibíd.).

En *Asencio Mancilla y otros*, la Corte se cuida en identificar al agente del agravio, a efectos de descartar la responsabilidad del Regimiento como institución. Y luego de constatar la oportunidad de las medidas adoptadas por el Comandante del Regimiento, y estimarlas adecuadas para reestablecer el imperio del Derecho, opta por rechazar la acción de protección (contra el voto de la Ministro Sra. Mora).

6.2. El caso del General Contreras y los derechos de los presos (Corte Suprema, 1995). Caso 11.

Los derechos de los condenados han sido un tema recurrente en la jurisprudencia comparada, de la cual surge un principio tan evidente como olvidado: el condenado a una pena privativa de libertad, por mandato de la ley sólo ha sido privado de su libertad de movimiento, manteniéndose más o menos intactas las otras esferas de su libertad. Como lo ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos⁵¹, no hay razón para que la justicia se detenga a las puertas de las prisiones. Así por ejemplo, en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional Alemán ha reconocido a los presos su derecho a la inviolabilidad de la correspondencia⁵² o la Corte Federal de los Estados Unidos el derecho a la igualdad de trato⁵³.

En ese contexto universal ha de ubicarse *Contreras Sepúlveda* (Corte Suprema, 1995) donde la Corte Suprema, revocando la sentencia de primera instancia que no había dado lugar a la acción de protección, resuelve acogerla, ordenando que una resolución de la Dirección Nacional de Gendarmería, no se llevara a efecto antes que el estado de salud del condenado fuera estable. La resolución cuestionada ordenaba el traslado del condenado, conocido dirigente de los servicios de seguridad del Gobierno de las Fuerzas Armadas, desde el Hospital Naval de Talcahuano hasta la llamada cárcel de “Punta Peuco”. Como se sabe, el

⁵¹ Caso Campbell & Fell, de 28 de junio de 1984.

⁵² Sentencia de 1976, cit. en KOMMERS (op. cit.), p. 395-396, caso en el cual el Tribunal Constitucional ordena levantar la confiscación de una carta en la cual un preso trataba de “payasos” a los jueces de su causa.

⁵³ Caso *Lee vs. Washington*, de 11 de marzo de 1998. (discriminación por motivos raciales) y *Hutto vs. Finney*, de 23 de junio de 1978 (a propósito de la constitucionalidad de ciertos castigos penitenciarios, como el aislamiento), ambas cit. en MIKULA. M. y MABUNDA, L.M. (eds.): *Great American Court Cases* (The Gale Group, Farmington Hills, 1999), vol. III, pp. 537-538 y 160-164, respectivamente. Llama la atención, en todo caso, la mayor severidad con que la jurisprudencia norteamericana ha resuelto el tema los derechos de los presos.

retirado General Contreras había sido sometido a una cirugía debido a una hernia abdominal, hecho que obligó a trasladarlo a un hospital con infraestructura adecuada.

La sentencia revocada había negado lugar a la acción (con el voto disidente del Ministro Carlos Cerda), en atención a la legalidad de la resolución y a la falta de una amenaza o riesgo inminente de vida para el recurrente (cons. 17º), que a la fecha de dictación de dicha sentencia todavía no era operado. Sobre este último factor, la Corte Suprema emitió un pronunciamiento expreso (cons. 6º), justificando en el principio de economía procesal la necesidad de considerar “hechos nuevos”, posteriores al fallo de primera instancia.

(7) La muerte cerebral y el fin de la existencia

Umberto Eco escribió que el definir qué es, y dónde empieza, la vida es una cuestión en la que *nos jugamos la vida*⁵⁴. Igual cosa sucede con la muerte, cuya definición legal abordó el Tribunal Constitucional en la sentencia de 13 de agosto de 1995, sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley de transplante de órganos.

“Hasta hace algunos años atrás, lo único que motivaba a las personas para asegurarse de que los muertos estaban bien muertos, era la precaución de no sepultar a una persona viva o de no pasar el susto de ver al muerto despertar durante el funeral. Hoy en día, en que las técnicas de la cirugía han avanzado tanto como para poner en un cuerpo órganos y tejidos que pertenecían a otro, la relevancia de la cuestión va mucho más lejos. Así, es bastante problemático determinar el momento a partir del cual una persona pasa a considerarse un cadáver”⁵⁵.

Los principales reparos que se le hacían a la técnica de la determinación de la muerte encefálica, del modo como era recogida en el que entonces todavía era un proyecto de ley, consistían en (i) la infracción a las normas relacionadas con el derecho a la vida (en cuanto autorizaba a declarar muerta a una persona que todavía tenía signos vitales) y (ii) la infracción al principio de igualdad ante la ley (por cuanto establecía al menos dos tipos de muerte, una general y otra especial, para los transplantes).

Después de dar varios giros por el significado constitucional del derecho a la vida, el Tribunal Constitucional derechamente (cons. 6º al 9º), resuelve el efecto jurídico de la disputa científica expresando que “examinados los informes científicos antes señalados y los indicados en lo expositivo se llega a la conclusión de que la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano” (cons. 15º).

(8) La constitucionalidad de la pena de muerte. *Sagredo Pizarro* y *Topp Collins* (Corte Suprema, ambos de 1984). Caso 14.

“Este juez no puede dejar de creer en el valor intrínseco que tiene la vida y no puede dejar de soñar que todo individuo, aún en las peores condiciones, siempre

⁵⁴ *¿En qué creen los que no creen?* (Tr. C. Gumpert, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1997), p. 39.

⁵⁵ NUÑEZ, M.: *Lecciones de Derechos Humanos* (cit.), p. 81.

tiene la posibilidad de encontrar el bien” (Ministro G. Morales, Corte de Valparaíso, sentencia de 15 de febrero del año 2.000)⁵⁶

¿Hay normas constitucionales inconstitucionales? Esta es la pregunta -que en los ‘50 respondía afirmativamente el conocido jurista alemán Otto Bachof⁵⁷- que debió contestar la Corte Suprema en los recursos de inaplicabilidad deducidos en favor de los condenados a muerte en el caso conocido como “los psicópatas de Viña del Mar”. Tanto en *Sagredo Pizarro* como en *Topp Collins*, la defensa se vio obligada a proponer la “absoluta contradicción” entre el inciso 3º y el inciso 1º del art. 19.1 (el cual se conectaba con el los 19.26 y 39 de la misma Constitución). Para los recurrentes, no había forma de conciliar o superar la contradicción entre el derecho a la vida y la pena de muerte que la misma Constitución autorizaba.

Para la Corte Suprema, sin embargo, no había tal contradicción.

En *Sagredo Pizarro* la Corte, “para disipar toda duda de la inexistencia de la contrariedad en que se basa el recurso”, invoca la disposición 1ª transitoria de la Constitución (cons. 4º), agregando que el derecho a la vida no hace inmune al individuo de perder la propia vida cuando la ley así lo establezca (ibíd.), constituyendo esta última hipótesis una excepción a tal derecho (id., cons. 5º).

En *Topp Collins* agrega la Corte que no es propio del recurso de inaplicabilidad “*resolver contradicciones entre las disposiciones de la propia Constitución, sino que persigue declarar la inaplicabilidad de un precepto legal*” (cons. 8º). La decisión termina con una dudosa proposición en cuanto a la forma de resolver esas contradicciones (o, en palabras de la Corte, “*estudiar si existe o no contrariedad entre dos textos constitucionales y resolver cuál es aplicable*”). Para nuestro máximo Tribunal ése es “*un problema de interpretación constitucional y no una cuestión que deba resolverse en un recurso de inaplicabilidad*” (cons. 9º).

Con posterioridad a la confirmación del carácter constitucional de la pena de muerte, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de resolver que dicha pena tampoco se encontraba derogada por la Constitución de 1980⁵⁸.

Indice de casos citados

⁵⁶ Sentencia rol N° 31.824, de 15 de febrero de 2.000, del Ministro de la Corte de Valparaíso en la causa *contra Carrasco Tapia*, cons. 16º.

⁵⁷ Es la conocida y polémica conferencia titulada *¿Normas constitucionales inconstitucionales? (Normas constitutionais inconstitutionais? -Verfassungsurdrige Verfassungsnormen?-1951*, tr. port., Livr. Almedina, Portugal, 1994). Bachof se basa, entre otros antecedentes, en una sentencia de un tribunal bávaro (1950) que sostuvo que no podía excluirse *a priori* la idea de que una norma de la Constitución (en ese caso de Baviera) pudiera declararse inconstitucional.

⁵⁸ Sentencia de 17 de enero de 1985: “La pena de muerte instituida en este último código, no ha sido derogada por la Constitución Política del Estado” (cons. 54º).

- Caso N° 1:** Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de agosto de 1994. *Lea Carrasco*. Integridad psíquica e igualdad ante la ley (en *GJ*. 163, pp. 60 y ss.)
- Caso N° 2:** Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de agosto de 1984. *Rozas Vial y otros*. Huelga de hambre, colaboración al suicidio, derecho a la vida y honra. (en *RDJ*. 81.2.5ª, pp. 161 y ss.)
- Caso N° 3:** Corte de Apelaciones de Copiapó, 24 de marzo de 1992. *Director del Hospital de Copiapó*. Derecho a la vida, negativa a transfusión de sangre y libertad de conciencia (en *RDJ*. 89.2.5ª, pp. 219 y ss.)
- Caso N° 4:** Corte de apelaciones de Copiapó, 28 de marzo de 1996. (revocada por sentencia de la Corte Suprema de 20 de junio de 1996) *Montero Núñez del Prado y otro*. Derecho a la vida y derecho a la protección de la salud (en *RDJ* 93.2. 5ª, pp. 153 y ss.)
- Caso N° 5:** Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de noviembre de 1987, *Sepúlveda Farías* (revocada por sentencia de la Corte Suprema de 28 de diciembre de 1987). Derecho a la vida y omisión atención médica (en *RDJ*. 84.2. 5ª, pp. 277 y ss.)
- Caso N° 6:** Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de diciembre de 1994, *Mena Donoso*. Amenaza integridad física y psíquica de vecino, autorización para instalar establecimiento de acogida a enfermos de Sida/ VIH (en *RDJ*. 92.2.5ª, pp. 35 y ss.)
- Caso N° 7:** Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de abril de 1985, *Garretón Merino*. Derecho a la vida e integridad física y síquica (en *GJ*. 59, pp. 46 y ss.)
- Caso N° 8:** Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de marzo de 1994, *Burgos Mariángel y otros*. Amenaza derecho a integridad física de alumnos, instalación de desvío ferroviario contiguo a una escuela (en *RDJ*. 91.2.5ª, pp. 77 y ss.)
- Caso N° 9:** Corte Suprema, 7 de enero de 1986, *Yévenes Ibañez*. Violencia física y psíquica. Derecho a la vida y propiedad (en *RDJ*. 83.2.5ª, pp. 5 y ss.)
- Caso N° 10:** Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 11 de noviembre de 1998 (confirmada por sentencia de la Corte Suprema de 16 de diciembre de 1998) *Asencio Mancilla y otros*. Integridad física de conscriptos (en *GJ*. 222, pp. 40 y ss.)
- Caso N° 11:** Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de julio de 1995. (confirmada por sentencia de la Corte Suprema de 10 de octubre de 1995) *Brigadier General (r) Manuel Contreras Sepúlveda*. Derecho a la vida e integridad física y síquica, resolución administrativa que dispone traslado a recinto carcelario (en *RDJ*. t. 92.3, 2, 5ª, pp. 174 y ss.)
- Caso N° 12:** Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de marzo de 1997. *Zañartu Valenzuela* Derecho a la vida, cheque en garantía (en *GJ*. 201, pp. 75 y ss.)
- Caso N° 13:** Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 12 de febrero de 1992, *Cancino Salgado*, recurre protección a favor de su hermana. Lesiones y malos tratos de marido, derecho a la vida e integridad física y psíquica (en *RDJ*. 89.2.5ª pp. 230 y ss.)
- Caso N° 14:** Corte Suprema, 14 de agosto de 1984, *Sagredo Pizarro y Topp Collins*. Inconstitucionalidad art. 433 N° 1 del Código Penal. Recurso de Inaplicabilidad. Normas constitucionales inconstitucionales (ambos en *GJ*. 50, pp. 89 y ss.)
- Caso N° 15:** Tribunal Constitucional , 13 de agosto de 1995, Rol N° 220, sentencia recaída en el requerimiento contra determinados artículos del proyecto de ley sobre transplantes de órganos.
- Caso N° 16:** Corte Suprema, 39 de agosto de 2001. *Píldora del día después*. Derecho a la vida y fármacos “anticonceptivos de emergencia”.