

Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová

Enrique Alcalde Rodríguez

Profesor de Derecho Civil

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

“Ciencia sin conciencia es la ruina del alma”.

François Rabelais

1. Planteamiento del tema

El tema propuesto en estas notas, qué duda cabe, toca los aspectos más sensibles y profundos de nuestra propia y personal existencia. Por lo mismo, a nadie escapará la relevancia que reviste analizar las posibles colisiones que, en determinadas hipótesis, pueden producirse entre la vida, como sustrato que sirve de sustento a los demás derechos del ser humano, y la libertad religiosa, en tanto presupuesto que permite dar respuesta a su destino o dimensión trascendente. Tampoco huelga destacar que el tratamiento de tal materia enlaza no sólo con aquellos aspectos vinculados a un determinado pensamiento filosófico o toma de posición en ámbitos morales, sino que también, y de un modo especial, se intrinca con consideraciones que pueden calificarse de puramente jurídicas. Estas últimas, a su vez, absorben una amplísima gama de tópicos que abarcan desde la conceptualización de los derechos fundamentales y la forma de imbricarlos con la hermenéutica constitucional, hasta sus implicancias en particulares disciplinas como el derecho internacional, el derecho de menores, el derecho penal e, incluso, las modalidades bajo las cuales es factible abordar determinadas políticas públicas.

Con todo, y dado los amplísimos márgenes del asunto planteado, en las líneas que siguen optaremos por comentar únicamente aquellos aspectos que se relacionan con los posibles conflictos entre derecho a la vida y libertad religiosa desde la perspectiva de la interpretación constitucional (incluyendo en ésta los tratados internacionales), con especial referencia a nuestra propia Carta Fundamental y recurriendo, para efectos de nuestro análisis, al caso paradigmático que se ha suscitado con ocasión de la negativa, precisamente en razón de sus convicciones religiosas, a recibir transfusiones de sangre por parte de

los Testigos de Jehová. Por lo mismo, omitiremos –salvo por lo que respecta a ciertas imprescindibles referencias– un pronunciamiento respecto de aquellas otras consideraciones que sugiere el examen del tema. En este contexto, y en lo tocante a los aspectos morales que envuelve la materia, nos limitaremos a dar una breve noticia acerca de las argumentaciones que, a nuestro entender, refuerzan las conclusiones jurídicas a que se arribará en la conclusión.

2. Consideraciones generales y experiencia comparada. El caso español

La doctrina comparada parece hallarse conteste en la dificultad que entraña desvincular las cuestiones objeto de nuestro análisis –que ciertamente afectan al origen mismo de la existencia– de las convicciones éticas o morales de carácter personal y social, siendo por lo demás sabido que usualmente la hermenéutica jurídica busca sus argumentaciones más profundas en una determinada concepción política, filosófica y antropológica del hombre y del universo.¹ En el caso que nos ocupa, bien destaca *Alain Garay* –abogado de la Corte de París– que tanto el ejercicio de la libertad ideológica o de conciencia como de la libertad religiosa se traduce no sólo en el derecho a asumir determinados postulados éticos, sino que en actuar coherentemente de acuerdo con los mismos en la propia esfera personal. De ello se sigue que, en realidad, lo que protege la Constitución, más que estas libertades en sí mismas, es el derecho a manifestarlas o no, y a actuar de acuerdo con el credo de cada cual. De ahí que para el Tribunal Constitucional español “*el derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual*”, pero “*junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros*”; o, como afirma en otra ocasión, la libertad religiosa “*se concreta en la posibilidad jurídicamente garantizada de acomodar el sujeto su conducta religiosa y su forma de vida a sus propias convicciones*”. Tales reflexiones, según se advertirá desde ya, se traducen en la circunstancia de que el derecho a la libertad de conciencia y religiosa puede ser ejercido incluso frente a aquellas normas jurídicas que impongan una determinada obligación con carácter general a los ciudadanos. Dicho en otros términos, dichas libertades importan legitimar la objeción de

¹ Así lo han pretendido hacer, v.gr. DÍEZ RIPOLLÉS y MARTÍN (1997) y OLMEDO CARDENETE (2001); citados por SEGURA GARCÍA (2005). Otras consideraciones sobre el tema pueden verse, según cita de la misma autora, en CORCOY (1999) y KAUFMANN (1987).

conciencia frente a aquellos deberes jurídicos cuyo cumplimiento sea inmoral para un determinado sujeto por lesionar los requerimientos éticos de su propia religión.²

El mismo autor se ocupa de comentar dos decisiones importantes, ambas de fecha 9 de junio de 1998, adoptadas por el *Tribunal Administrativo de Apelación de París*, mediante las cuales se han trazado los límites materiales del respeto al consentimiento del paciente a quien se pretende realizar una transfusión de sangre que atenta contra sus convicciones religiosas. En este sentido, resalta el hecho que el tribunal haya reconocido el principio de la intangibilidad del consentimiento al acto transfusional, precisando, no obstante, cuatro condiciones copulativas que habilitan para desconocer efectos a la negativa del paciente, a saber: (i) Una situación de urgencia; (ii) Un pronóstico vital en tela de juicio; (iii) Ausencia de alternativas terapéuticas (está aquí envuelta la *obligación de medio* de los médicos y de los establecimientos hospitalarios concerniente hoy en día al desarrollo de las estrategias alternativas a la transfusión sanguínea);³ y (iv) Actos indispensables a la vida del paciente y proporcionados a su estado.

Los criterios reseñados en precedencia plantean, sin embargo, problemas particularmente relevantes por lo que se refiere a los adultos incapaces y a los menores. A este respecto, *Garay* hace ver que la doctrina se ha inclinado por admitir la posibilidad de sustitución de la voluntad del paciente en el caso de un adulto, rechazándola en cambio cuando se trata de un menor. A propósito de los adultos, hace ver que ha sido la jurisprudencia norteamericana la que ha elaborado la doctrina del “juicio de sustitución” o *substituted judgment*, según la cual –y como ha fallado la Corte Suprema de los Estados Unidos– “*el individuo incapaz tiene derecho a rechazar un tratamiento médico, que puede ser ejercido por la decisión de una persona subrogada si existe evidencia clara de que la persona incapaz lo habría ejercido*”. De este modo, y como puede apreciarse, el juicio de sustitución no consiste en reemplazar la voluntad del incapaz por la de sus representantes legales o en transferir a éstos el ejercicio de los derechos del representado, sino en indagar cuál habría sido la voluntad del incapaz en caso de que hubiera podido expresarla. El problema que se presenta es, entonces, la dificultad de reconstruir esa voluntad, pues –como afirma la misma Corte– “*no existe ninguna seguridad automática de que la opinión de los familiares cercanos será necesariamente la misma que la del paciente, si se hubiese enfrentado con la perspectiva de su situación siendo capaz*”.⁴

² GARAY (2000).

³ Sobre este particular se pueden consultar los trabajos del “Network for Advancement of Transfusion Alternatives”, publicados en su revista *Transfusion Alternatives in Transfusion Medicine*.

⁴ El mismo autor alude a un interesante estudio realizado el año 1991 por el doctor Jean-Louis Vincent, y que constituye de cierta manera una indicación demostrativa de las diferencias culturales y técnicas

Ahora bien, siempre dentro de esta visión general y aproximándonos al tema bajo la óptica de la doctrina española, *Satorrás Fioretti* –profesora titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Barcelona– contextualiza el problema desde la perspectiva de la “objeción de conciencia” que, según precisa, se halla envuelta en los casos en que ciertos pacientes, por razón de sus creencias religiosas, se niegan a recibir determinados tratamientos médicos que pueden ser necesarios para el mantenimiento de su vida o de su salud corporal. La colisión se produce, así, entre dos conciencias: la deontológica, que hace que el facultativo tenga que intervenir para salvar la vida o para preservar la salud, y la religiosa, vinculada a la decisión del paciente que rechaza el tratamiento. A su juicio, nos encontramos en presencia de una objeción de conciencia “impropia”,⁵ toda vez que el objetor no se opone a una obligación legal clara: no existe ninguna ley que compela a nadie a recibir los tratamientos médicos prescritos, aunque la jurisprudencia ha considerado –realizando una ficción jurídica– que el deber de solidaridad “in abstracto” provoca una obligación “in concreto” de imponer tratamientos médicos en determinados casos. Al igual como ocurre entre nosotros, el ordenamiento jurídico español, en efecto, carece de una norma expresa que regule esta clase de objeciones de conciencia. Ha sido fundamentalmente su jurisprudencia penal la que ha ido elaborando el tema, pero de forma incompleta, dado que sólo se han planteado situaciones que cuestionaban la responsabilidad del Juez al ordenar la realización de transfusiones de sangre en contra de la objeción, bien de adultos que lo habían expresado por sí, bien de padres que la negaban para sus hijos menores. Entre los casos que pueden citarse en tal sentido *Satorrás* menciona los siguientes:

a) Auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1978: Los padres (Testigos de Jehová) se querellan contra el Juez que ordenó transfundir sangre a su hija menor, en peligro de muerte, y en contra de su negativa a hacerlo. Se exonera al Juez de toda responsabilidad, pues se considera que la patria potestad de los padres no puede abarcar decisiones sobre la vida del hijo.

b) Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1983: Una mujer (Testigo de Jehová) tiene que ser operada. Firma previamente su negativa a recibir

en la manera de tratar a los pacientes que se niegan a recibir transfusiones de sangre: “Hay diferencias significativas entre los varios países europeos. Los médicos de Francia e Italia son más propensos a transfundir mientras que los de Holanda, Reino Unido y Escandinavia preferían evitar la transfusión”. GARAY (2000)

⁵ En todo caso, vale la pena advertir que las “convicciones” que habilitan para construir una “objeción de conciencia” no pueden consistir en simples creencias o aspiraciones del sujeto, sino que ha de tratarse, como precisa Silvio Ferrari, de un “conjunto complejo de ideas referidas a principios fundamentales de la existencia y sentido trascendente de la vida”. FERRARI (2008).

transfusiones de sangre; el equipo médico la acepta. En el postoperatorio la cuestión se complica, y los médicos piden al marido que firme un documento exonerándoles de toda responsabilidad. Él lo hace. Aun así, el Jefe de Servicio insta al Juez a que autorice la precisa transfusión: el Juez la otorga; la mujer, en pleno uso de sus facultades, se continúa negando. Finalmente es transfundida y se salva.

La mujer se querrela contra el Juez por delito contra su libertad religiosa. El Tribunal Supremo absuelve al juez, diciendo que si hubiera llegado a respetar el derecho de libertad religiosa por encima del derecho a la vida, entonces sí que sería penalmente responsable.

El fallo es recurrido de amparo ante el Tribunal Constitucional (Auto de 20-6-1984) y se declara por éste que la autorización judicial queda protegida por la normativa nacional, atendido el hecho que la libertad religiosa tiene por límite la salud de las personas.⁶

Sin embargo de los casos precedentemente citados, la sentencia del Tribunal Constitucional español N°154, de 18 de julio de 2002, constituye, sin dudas de clase alguna, el precedente más complejo y que mayores comentarios ha suscitado en la doctrina hispana:⁷ Un menor y sus padres (todos ellos Testigos de Jehová) se niegan a que el niño de trece años sea transfundido, por lo que peligrá su vida. Los médicos requieren autorización judicial, la que resulta otorgada, pero, al pretender realizar la transfusión, el paciente padece una crisis de pánico tal que el personal sanitario desiste de intervenir, pues temen por el éxito de la misma. Los médicos solicitan a los padres que convengan al muchacho, cosa a la que ellos se niegan; desean que su hijo salve la vida, pero no por medio de su condenación espiritual. No se oponen a que se haga efectiva la resolución judicial, pero no quieren intervenir en ella, y menos aún, convencer a su hijo de la bondad de un tratamiento que vulnera abiertamente sus principios religiosos y ante el que siempre se han opuesto. Tras varios cambios de hospital (a partir de altas voluntarias), buscando un tratamiento alternativo, el hijo fallece. El Ministerio Público insta su condena por homicidio en su modalidad de comisión por omisión, siendo condenados finalmente por el Tribunal Supremo tras su absolución en la Audiencia Provincial.

El caso llega en amparo al Tribunal Constitucional, cuya resolución se pronuncia sobre las siguientes cuestiones relevantes:

⁶ SATORRÁS (2004).

⁷ No obstante el hecho que prácticamente todos los autores españoles que abordan el tema aluden a ella, para una reseña de la misma continuaremos basándonos en la exposición de SATORRÁS (2004).

a) Los menores de edad son titulares plenos del derecho de libertad religiosa como los mayores y, cuando poseen la suficiente discreción de juicio, pueden autodeterminarse en este sentido.

b) Los padres no pueden ser obligados a acotar su libertad religiosa convenciendo a sus hijos de que realicen algo contrario a sus convicciones, siempre que acaten las disposiciones judiciales que se dicten al respecto y que no interfieran en su ejecución.

c) Los jueces no vulneran la libertad religiosa autorizando las transfusiones en su intento de salvar la vida del menor.

d) El derecho a la vida es indisponible, pero en este caso no se produce un atentado directo contra la propia vida, sino que se ejerce *“el derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida– y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física”*. El menor no pretende morir, sino que trata de que respeten su integridad física no introduciendo sangre en su cuerpo, aun a riesgo de que eso ponga en peligro su vida.

e) La libertad religiosa posee como límite específico la salvaguardia del orden público, que en este terreno se concreta en la seguridad, la salud y la moral públicas, las que no quedan afectadas por la negativa de alguien a no recibir un tratamiento médico. La salud pública de la que se habla es la de la población en general, y no la de un individuo particular, que no pone en peligro a la comunidad.⁸

3. Jurisprudencia nacional

Para los fines de nuestro análisis, a continuación daremos cuenta del criterio jurisprudencial que se ha seguido en Chile en la materia con ocasión de pacientes, Testigos de Jehová, que se han negado a recibir transfusiones de sangre fundados en sus convicciones religiosas, relegando, para el acápite N° 6, los comentarios que nos merece la situación en el caso que se hallen involucrados menores de edad.

⁸ Otro caso jurisprudencial relevante es aquel de que da cuenta la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Penal, de fecha 27 de Junio de 1997. Atendido los límites de nuestro estudio, nos limitamos a recomendar la lectura de los comentarios formulados a su respecto por CETE-ALONSO y CALERA (1998). Asimismo, y para una profundización en torno a las implicancias penales que envuelve el tema –especialmente los delitos de comisión por omisión y la posición de “garante”– sugerimos consultar los trabajos de GARCÍA SEGURA (2005); de Toledano (1999) y de SILVA, CORCOY Y BALDÓ (1996).

Un examen atento de la jurisprudencia nacional susceptible de ser identificada en este ámbito, lleva a colegir que, salvo aisladas excepciones, nuestros tribunales de justicia, conociendo de los recursos de protección entablados a este efecto, han optado por desconocer la objeción de conciencia como causal que habilite para rechazar una transfusión sanguínea invocando el ejercicio de la libertad religiosa.⁹ Asimismo, el estudio de tales decisiones jurisdiccionales deja de manifiesto algunas cuestiones de hecho que son relevantes de considerar en la materia, cuyo es el caso de las situaciones en que no se solicita informe al recurrido; no se representan por los facultativos los riesgos que supone realizar la transfusión; no se indaga por la aplicación de tratamientos alternativos o simplemente se los rechaza; o, en fin, no se pondera suficientemente el éxito relativo que puede predicarse respecto de esta clase de procedimientos médicos, como tampoco se considera la tasa porcentual de pacientes que sobreviven sin practicar la transfusión de sangre.¹⁰

A modo ilustrativo, a continuación transcribimos un cuadro estadístico de los casos de pacientes adultos llevados a los tribunales solicitando "Se Ordene" efectuar transfusiones de sangre, en el período 1991-2003.¹¹

N° de casos	20
Ordenes judiciales sin escuchar al recurrido	61%
No se pronuncian hasta revisar los informes del recurrido	33%
Paciente que se hace parte; se ordena transfusión. Sobrevive sin transfusión.	5%
Transfundidos contra su voluntad; pacientes sobreviven	11%
Transfundidos contra su voluntad; pacientes mueren	16%
Pacientes sobreviven sin transfusión de sangre	61%
Urgencia desaparece. Se aplican tratamientos alternativos. Pacientes sobreviven. No se pronuncian en el fondo.	38%
Tribunales no solicitan la opinión de médicos expertos en medicina y cirugía sin transfusión de sangre o respetuosos de la voluntad de los pacientes	66%
Se niega la aplicación de tratamientos alternativos	27%
El recurrente no informa de los riesgos transfusionales	100%
Casos donde la sangre no fue salvadora de vidas	77%

⁹ Entre las más relevantes decisiones jurisdiccionales sobre este particular pueden verse en RDJ *Cara-bantes Cárcamo*, t. 88/1991, 2.5, pp. 340-343 y *Luz Hidalgo*, t. 89/1992, 2.5, pp. 219-224.

¹⁰ Sin embargo, de un tiempo a esta parte los médicos chilenos han comenzado a cuestionarse esta forma de proceder. Así, por ejemplo, y por todos, puede verse GOIC (2000).

¹¹ RETAMALES (2003), pp. 100 y 101.

Ahora bien, para los efectos de contar con una idea suficientemente clara acerca de los fundamentos esgrimidos por nuestros tribunales a fin de ordenar transfusiones de sangre contra la voluntad de los pacientes, a continuación transcribiremos la doctrina sentada por sendos fallos que, con más o menos matices, contienen las mismas argumentaciones que exhiben las demás sentencias que se han pronunciado acogiendo esta tesis.

A. Partes: Fundación de Salud El Teniente por Reyes Ibarra, Jorge (Recurso de Protección)

Tribunal: Corte de Apelaciones de Rancagua

Fecha: 22-ago-1995

Cita: RDJ2213, MJJ2213

Doctrina:

Constituye obligación de los médicos tratantes procurar por todos los medios y técnicas que integran la *lex artis* médica el mantener la vida de sus pacientes, utilizando la transfusión de sangre cuando ello fuere necesario, aun en contra de la voluntad del paciente y de sus familiares que se negaren a ello por razones de orden religioso. En tal situación debe primar la preservación de la salud y la vida de las personas sobre cualquiera otra consideración, aun cuando ésta sea de índole religiosa, que ponga en riesgo innecesariamente la vida del enfermo. Por imperativo constitucional consagrado en los artículos 1° incisos 4° y 5°, 5° inciso 2°, y 19 N° 9, es deber ineludible de las autoridades públicas velar por la salud y la vida de las personas que conforman la sociedad (sentencia confirmada por la Corte Suprema el 2.10.1995, Rol N° 32.651).

B. Partes: Director Servicio de Salud Metropolitano Sur por Salgado Zepeda, Osvaldo (Recurso de Protección)

Tribunal: Corte Suprema

Fecha: 13-jul-2004

Cita: RDJ9178, MJJ9178¹²

¹² Un recuento de casos al 2003 puede verse en *Ius Publicum* 11/2003, pp. 75-102. Para los primeros casos, vid. en RDJ, *Carabantes Cárcamo*, t. 88/1991, 2.5, pp. 340-343 (comentario en Primera Parte, Sección Derecho, pp. 55-60); y *Luz Hidalgo*, t. 89/1992, 2.5, 219-224 y nota de pp. 219-220.

Doctrina:

Encontrándose en juego el derecho a la vida de la persona en cuyo favor se deduce la acción de protección –bien que, sin lugar a dudas, constituye un derecho prioritario– al haberse adoptado la medida preventiva innovativa se ha remediado la situación que servía de base a la pretensión deducida. Acordada contra el voto de la Ministra Srta. Morales, quien estuvo por revocar la referida sentencia y hacer lugar al recurso de protección intentado, en atención a que, de acuerdo con los antecedentes, el menor aún se encuentra en situación de requerir la medida de atención médica impetrada, de modo que el agravio se mantiene en tanto dicho menor no supere la situación de riesgo en que se encuentra.

Hasta donde tenemos entendido, y en contra del parecer prácticamente uniforme de nuestros tribunales superiores de justicia, son sólo dos los fallos que han rechazado los recursos de protección que se han deducido ante la negativa de un paciente a ser transfundido en razón de atentarse con ello contra su libertad religiosa. Sin embargo, y como veremos enseguida, en ambos casos las sentencias omiten un desarrollo en torno a la cuestión de fondo que sirve de marco al conflicto.

Se trata, en primer lugar, de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con ocasión del Recurso de Protección Rol N° 805-96 (Recurrente: Norberto Muñoz Salazar, Director Hospital San José de Santiago. Recurrido: Jorge Cazorla).¹³ Los hechos se resumen como sigue: Paciente internado en el Hospital San José presenta una hemorragia digestiva alta, lo que lo conduce a una anemia aguda. El Comité de Enlace con los Hospitales para Testigos de Jehová se contacta con los médicos del hospital para analizar las alternativas disponibles. Dicho comité se comunica con los Servicios de Información sobre Hospitales para Testigos de Jehová, que dirige la Red Asistencial que tienen los Testigos de Jehová para cooperar con la comunidad médica. Se provee a los médicos de eritropoyetina y fierro endovenoso (fármacos para estimular la médula ósea y que se produzca sangre de manera más rápida), lo que es aplicado al paciente y es dado de alta satisfactoriamente sin necesidad de recurrir a la transfusión sanguínea. El Director del Hospital San José de Santiago había presentado un recurso de protección a favor de la transfusión de sangre privilegiando el derecho a la vida por sobre cualquier otra consideración. No obstante, y sin saber la Corte que el paciente estaba siendo atendido con tratamientos alternativos ni haber podido recabar informes del recurrido, falló en los siguientes términos: *“Que el recurso de protección invocado, tiene por objeto amparar la vida de una persona que se encuentre perturbada o amenazada*

¹³ *Ius Publicum* N° 11, 2003, p. 82.

por la acción de un tercero, pero no puede perseguir el amparo ante la omisión voluntaria de aquélla para conservarla, pues nadie puede ser forzado a defender su propio derecho”.

En la misma línea de la sentencia anterior se pronunció el año 2001 la Corte de Apelaciones de Talca (Recurso de Protección, Rol N° 60.069. Recurrente: Rafael Silva Orellana, Director del Hospital de Talca. Recurrido: Iván Ramos Vergara).¹⁴ Trátase aquí de un paciente operado en el Hospital de Curicó que presentó una complicación en la vena femoral superficial con shock hipovolémico agravada a un sangramiento importante. El paciente y sus familiares objetan la transfusión de sangre. Los médicos interponen un recurso de protección para transfundir, considerando que la vida era un bien superior que debe ser protegido. La Corte no hace lugar al recurso sobre la base de estimar: *“que del mérito de los antecedentes se desprende que la persona a favor y en contra de quien se recurre de protección es la misma”.*

A partir de la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales, resulta evidente que en las hipótesis que se comentan los jueces han advertido un conflicto entre dos derechos fundamentales, como lo son la vida y la libertad religiosa, optando por hacer prevalecer el primero y rechazando, por lo mismo, las argumentaciones que de contrario se pretenden apoyar en la objeción de conciencia o en la primacía de las convicciones religiosas frente a la conservación de la propia vida. Del examen de dichas resoluciones, es posible inferir, asimismo, que los magistrados no profundizan mayormente acerca del contenido de ambos derechos y tampoco desarrollan la metodología que les permite solucionar la colisión de derechos que identifican en tales supuestos. En definitiva, pareciera que la única fundamentación que esgrimen en apoyo de su decisión se limita a la simple afirmación de ser la vida y su conservación un *“principio”* o *“valor”* superior y que, por lo mismo, prevalece ante cualquier posible conflicto con otro derecho.

Teniendo presente lo dicho –y sin perjuicio de las consideraciones morales a las que nos referiremos al final de estas notas– la necesidad de abordar la temática con un mayor rigor intelectual y jurídico, nos lleva a tratar, en los apartados que siguen, tres aspectos que estimamos esenciales para responder a las inquietudes planteadas, cuales son: (i) El rol de los *“principios”* y *“valores”* en la hermenéutica constitucional; (ii) el tratamiento de la colisión de derechos fundamentales a la luz de nuestra Constitución; y (iii) la regulación contenida en los tratados internacionales atinentes a la materia en estudio.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 90.

4. Rol de los principios y valores en la interpretación constitucional

A modo de introducción, y desde una perspectiva general, suele afirmarse que en los modernos modelos de Constitución pueden distinguirse tres elementos fundamentales, a saber: (a) Un núcleo central de ideas que configuran verdaderos principios y valores del respectivo régimen constitucional; (b) Una ordenación de las instituciones de gobierno en sentido estricto, y en la que se define la atribución de poder a los órganos que la misma establece; y (c) Un determinado orden económico y social en que se basa el orden mismo de la comunidad (familia, propiedad, economía, grupos intermedios, etc.) mediante los cuales tales instituciones desenvuelven su vida propia.¹⁵ Para nuestro estudio interesa destacar, de manera especial, el primero de los grupos recién referidos, en cuanto algunos autores han pretendido alojar en él conceptos que, participando de la naturaleza de un “valor” o “principio”, tienen por primera virtud la de orientarnos en relación con aquello que constituye la base y fundamento del orden institucional de una determinada comunidad. En este sentido, se ha dicho que tales principios se nos presentan como verdaderos valores normativos que inspiran el conjunto del ordenamiento jurídico, aun cuando no se encuentren exteriorizados conforme al modo de ser habitual de las normas. Ocurre, pues, que para una tal opinión “la realidad no se halla regulada exclusivamente por mandatos o preceptos externos, sino por una serie de ideas de valor jurídico no formuladas exteriormente. El Estado, llamado a configurar la Sociedad con arreglo a la Constitución, no puede obrar en todo caso por medio de normas compiladas, sino que su actividad sólo cobra sentido a través de los Principios”.¹⁶ De esta suerte, los principios generales del derecho que, al decir de *Díez-Picazo*, otrora planeaban por encima del ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos, se encarnan y concretan en la Constitución y en ella obtienen el medio técnico y eficaz de su función informadora. Tanto es así, que ha llegado a sostenerse que, desde esta perspectiva, la Constitución hasta un cierto punto juega hoy como el *subrogado positivamente tecnificado del derecho natural*.¹⁷

¹⁵ *Sánchez Agesta*, citado por CASTEDO (1979) p. 434.

¹⁶ CARRETERO (1979) p. 395. Complementando tal razonamiento, agrega que “es preciso por lo tanto clarificar en qué sentido se acepta el concepto de Ordenamiento Jurídico para superar una concepción formalista del Derecho. La realización de la Justicia, que es la finalidad del Derecho, se garantiza por el Ordenamiento; las leyes como Derecho Escrito no contienen todos los valores jurídicos, pues entonces se autojustificarían por sí mismas; el Derecho supera la ley; el enlace de los valores superiores de justicia y las reglas de conducta deducidas de la interpretación de las normas escritas, son los Principios generales del Ordenamiento” (p. 393).

¹⁷ Citado por GORDILLO (1990) p. 64. Precizando algunas de las consecuencias que trae aparejada esta realidad, *Gordillo* manifiesta que, incorporados a la Constitución, tales principios adquieren el más alto rango normativo al servicio de su función informadora del ordenamiento, pero no por ello quedan convertidos en ley formal, del mismo modo que la versión escrita de la costumbre no priva a ésta de su peculiar carácter de norma consuetudinaria. (p. 84)

Relativamente a la doctrina nacional, un sector importante de la dogmática constitucional con frecuencia recurre a los conceptos de “valor” o “principio” como marco contextual para interpretar el contenido y alcance de los derechos fundamentales que, explícita o implícitamente, consulta nuestra Carta Política. En este sentido –y con todo lo arbitrario que de suyo pueda implicar una clasificación presentada con caracteres de plenitud– Ruiz-Tagle ha querido ver dos grandes concepciones acerca de la dogmática constitucional de los derechos fundamentales. Identifica, así, un primer grupo, al que denomina concepciones “jerarquizadas”, dotadas de un *carácter intuitivo y total*, conforme a las cuales el derecho constitucional “se concibe como encerrado en sí mismo o como inspirado en consideraciones extraconstitucionales que no se hacen del todo explícitas (...) intuitivo, es decir, no responde a un criterio de derecho positivo, sino que emana de una intuición; es lo opuesto a lo públicamente razonado” (...) y que “posee también la característica de responder a un criterio total porque supone que todos los conflictos se deben solucionar de una misma manera, y que todos los órganos deben resolver estos conflictos del mismo modo sin discriminar entre diversos tipos de procedimientos”. En oposición a esta corriente, postula su preferencia por aquel otro grupo de concepciones –que llama *de carácter razonado y parcial*– que suponen un rechazo del método intuitivo y de la adopción de jerarquías injustificadas respecto de los derechos, exigiendo que la inclusión de elementos morales, religiosos, políticos o económicos en los cuales se fundamenta la argumentación jurídica se mencionen en forma expresa. Dicha concepción propone, además, soluciones parciales y diferenciadas para los distintos casos, con especial atención al tipo de procedimiento o sede en la cual se discute la cuestión constitucional, reemplazando la idea de jerarquía por las de balance, delimitación y ponderación de los derechos.¹⁸

Quienes participan de la denominada visión “jerarquizada” o “intuitiva”, coinciden, a su vez, en el método hermenéutico que ellos mismos postulan debe seguirse preferentemente en el ámbito de la interpretación constitucional y que puede denominarse como “científico-espiritual” o “valorativo”.¹⁹ Entre

¹⁸ RUIZ-TAGLE (2001) pp. 183-188.

¹⁹ Según Zúñiga, dicho método se caracteriza: (i) por tener en cuenta “las bases de valoración (sistema de valores) subyacentes al texto constitucional” y (ii) porque “el sentido y realidad de la Constitución está dado como elemento del proceso de integración. El orden de valores obliga a una captación espiritual del contenido axiológico del orden constitucional. La interpretación del texto constitucional está destinada a desentrañar el sentido y realidad de una norma; articulando la norma a un integración espiritual real de la comunidad (valores, realidad existencial del Estado, etc.)”. Asimismo, expresa que este método “se basa en la obra del juspublicista alemán R. Smend. La Constitución –dice Smend– no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino, a la vez como una forma vital de los ciudadanos que participan en el Estado. Los valores comunes expresados y servidos por la Constitución operan, pues, como valores de integración colectiva de los ciudadanos y así deben sobre todo ser comprendidos y aplicados”. ZÚÑIGA (1992) p. 301. Algunos llaman a este método “teleológico”, v.gr. RAMÓN (1979) p. 65.

nosotros, podría decirse que adhieren a un sistema de interpretación constitucional basado en el método “valorativo” autores como Silva Bascuñán,²⁰ Cea,²¹ Zapata²² Barros²³ y Bustos.²⁴

Desde la perspectiva que se comenta, y en lo relacionado más explícitamente con la interpretación de los derechos fundamentales, Ferrada destaca que para las posiciones expuestas en precedencia si aquellos “ya no son considerados exclusivamente como derechos públicos subjetivos de libertad que protegen una esfera individual determinada, sino que además pasan a adquirir una dimensión objetiva valorativa que informa todo el ordenamiento jurídico, es claro que sus alcances son mucho mayores que cualquier otra norma del ordenamiento como parámetro de constitucionalidad. Ello se hace más extensivo aún al derivar de ese carácter valórico una *eficacia horizontal* de estos mismos derechos, generando el denominado “efecto irradiación” de éstos sobre todas las normas que conforman el ordenamiento. Así, los derechos fundamentales ya no se quedan en la norma constitucional misma y garantizando una posición jurídica concreta, sino además percolan todo el sistema jurídico, principalmente a través de los entresijos axiológicos que proclaman las propias normas. Esto da pie a que algún sector de la doctrina caracterice al Estado constitucional actual como una cultura o sociedad de los derechos fundamentales, destacando la función legitimadora del orden jurídico que ostentan éstos”.²⁵

Las ideas expuestas han sido en cierto modo recepcionadas en algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, aunque habitualmente son expresadas sin la claridad y elocuencia con la cual sus postuladores doctrinarios suelen enunciarlas.²⁶ Asimismo, y más allá de las referencias explícitas o implícitas a

²⁰ Refiriéndose a los “valores” como elemento de toda interpretación, *Silva Bascuñán*, incluso con anterioridad a la promulgación de la Constitución vigente, ya proclamaba la necesidad de que la Constitución se fundara en el rechazo de las doctrinas del positivismo jurídico, “en cuanto éste admite validez y vigencia a toda norma promulgada, cualquiera que sea su sustancia, aun a las que contradigan los requerimientos más evidentes de justicia. Un pluralismo aceptable en la sociedad democrática no puede reconocer, aunque cuenten con la adhesión mayoritaria y se sujeten a regularidad en su proceso formativo, la vigencia y validez de leyes o actos de autoridad que vulneren esos valores superiores y, al contrario, ha de establecer los resortes encaminados a que, si en el hecho se promulgan o decretan, queden privados de todo efecto en el campo jurídico. No basta la autolimitación del derecho por el mismo Estado propugnada por *Jellinek* y todavía seguida por *Marcel Waline*, ni admirar la lógica del normativismo de Kelsen sin completarla con el planteamiento de los problemas axiológicos que toda regla del derecho lleva envuelto”. SILVA (1979) p. 118.

²¹ CEA (1992) pp. 93, 94 y 97 y CEA (1984) p. 7.

²² ZAPATA (1994) p. 87.

²³ BARROS (1981) pp. 28, 29, 32 y 33.

²⁴ BUSTOS (1986) p. 167.

²⁵ FERRADA (2004) pp. 128 y 129. Para una aproximación al tema de la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento, puede verse FERNÁNDEZ (2002) y (2005). Para una crítica a esta doctrina, puede verse ALDUNATE (2008).

²⁶ Así, por ejemplo, en las siguientes causas: Rol N° 46-1987; Rol N° 146-1992; Rol N° 245-1996; Rol

un “valor” o “principio” de rango constitucional, en diversas ocasiones dicho tribunal pareciera argumentar en sus fallos no sobre la base de reconocer la procedencia de un método hermenéutico axiológico, sino que más bien a través de un procedimiento de interpretación *teleológico* o finalista bajo el cual, no obstante, entiende que subyace un determinado “valor” o “principio”.²⁷

Pensamos que es precisamente en el contexto que se reseña donde se cristalizan o aprecian los mayores riesgos o peligros que entraña una interpretación constitucional basada, de un modo exclusivo, en la noción de un “valor” o “principio” que se entiende subyacente en la configuración de un derecho fundamental, cualquiera fuere éste. En efecto, la argumentación que se estructure únicamente sobre una tal premisa, dando por supuesto aquello que no aparece en el texto o que pueda desprenderse de él sobre la base de un razonamiento objetivo, implica dejar librado al intérprete un margen de subjetividad que le habilita para traducir, como norma, sólo aquello que se conforme con su propia y personal opinión. Así las cosas, la invocación o llamamiento de un “valor” o “principio” que simplemente se estime ínsito en un cierto precepto, a más de prescindir del rol de acotamiento de la actividad interpretativa que cumplen los textos, podría implicar una suerte de “patente de corso”, ora para elevar a la categoría de derecho fundamental determinadas aspiraciones del mismo intérprete, ora para ponderar y jerarquizar derechos o libertades a su propio amaño y para las cuales la Constitución no ha contemplado reglas. Lo dicho se agrava, aun más, si se tiene presente tanto el origen del Tribunal Constitucional –diverso de la representación democrática que ostentan otros órganos constitucionales– como la circunstancia –por lo demás natural– de no responder ante una autoridad jerárquicamente superior.

Quienes propugnan una interpretación de la Constitución en general, o de los derechos fundamentales, en lo más específico, sobre la base de “principios” o “valores”, tal vez procurarán refutarnos fundándose en las observaciones de *Esser* en cuanto apunta que “el razonamiento jurídico no se realiza oficialmente en el plano de los principios, y se diría que los principios no son ni patrón ni objeto de la resolución judicial, *quoad auctoritatem iuris*. Pero aunque el juez “prudente” procura y sabe evitar las exposiciones y formulaciones de principios, no es menos cierto que para él y para sus críticos los principios están siempre en el fondo del caso. Ellos son los que determinan el tratamiento dado al caso particular, aunque en lugar de “principles” se citen “precedents”.²⁸

N° 325-2001; Rol N° 591-2006; Rol N° 634-2006; Roles N°s 608-609-610-611-612/2007; Rol N° 986-2007; Rol N° 739-2007; y Rol N° 740-2008.

²⁷ Adicionalmente, se advierte una cierta promiscuidad conceptual en el uso de estas nociones por parte del Tribunal Constitucional, en cuanto pareciera emplear indistintamente los términos “valor”, “principio”, e incluso en ocasiones “norma”, como si se tratara de conceptos sinónimos.

²⁸ ESSER (1961) p. 251. Por lo demás, la constatación de la que pretende dar cuenta *Esser*, en modo

Una observación como la expuesta y que, atendida su aparente correspondencia con la praxis judicial, a primera vista tendría la virtud de seducir, podría, a nuestro juicio, ser explicada mediante la distinción que algunos formularon entre el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación” de una teoría cualquiera. La primera expresión, para aludir al proceso en el que se descubre o formula una teoría; y, la segunda, en referencia al proceso o actividad de validarla o justificarla. A diferencia del “contexto de descubrimiento”, en este último aspecto sí habría una “lógica de la justificación” que vendría dada por lo que se conoce como el método científico y que es independiente de lo primero. “Esta distinción ha sido utilizada en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. En particular, en el caso de las decisiones judiciales, la transposición se ha hecho para distinguir entre lo que puedan ser los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas que puedan haber llevado a un juez a dictar una determinada resolución, por un lado; y, por otro, las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida. Mientras que respecto de lo primero cabrían estudios de tipo empírico, lo segundo vendría gobernado por lo que se llama el método jurídico. Del mismo modo, aquí se produciría también una independencia entre unas cuestiones y otras: la corrección de una decisión judicial vendría dada por la corrección de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en que se ha producido”. En definitiva, sucede que “los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones –mostrarlas como correctas–, pero no el de explicarlas”. Y es por ello que “el deber de independencia de los jueces tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al Derecho (...) El principio de independencia protege no sólo la aplicación del Derecho, esto es, el fallo y las razones que se aducen en favor del fallo, sino que además exige al juez que falle por las razones que el Derecho le suministra”.²⁹ Se sigue de lo dicho, la importancia de la argumentación en las pertinentes decisiones judiciales cuya finalidad, al decir de *Perelman*, es precisamente “fortalecer la adhesión del auditorio”, en cuanto es tal adhesión la que, en definitiva, otorga racionalidad al argumento en cuestión.³⁰

alguno implica dejar el tema librado a la arbitrariedad del juez o eximir del requisito de que las decisiones deban ser razonadas. En este sentido y “como ha sido puesto en evidencia por *Gadamer*, la presencia de una precomprensión es, por lo demás, algo completamente normal, general en los procesos hermenéuticos (no es cosa que sea propia únicamente de la interpretación jurídica). Así, las operaciones intelectuales para la aplicación del derecho constituyen medios para “extraer” del sistema jurídico-positivo determinadas pre-valoraciones (*Vorbewertungen*), unas valoraciones previas cuyo contenido es de política jurídica”. HABA (1999) p. 57.

²⁹ AGUILÓ (1997) pp. 71-73 y 76-77. En términos generales, “en materia decisoria judicial entendemos por justificar o fundamentar a la exposición de los argumentos o las razones suficientes y apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales”. VIGO (1998) p. 495.

³⁰ Citado por BAZÁN y MADRID (1991) p. 186. En igual predicamento, Dworkin apunta “la comunidad

Todo lo señalado en precedencia conduce, por tanto, una primera conclusión relevante para el asunto de que tratamos: Aproximarse al tema –como suelen hacerlo nuestras Cortes en la materia analizada– mediante la simple afirmación de que la vida constituye un “valor” preeminente ante cualquier otro, desde la perspectiva que exige la hermenéutica constitucional y respetando el rigor que exige una verdadera fundamentación o argumentación de naturaleza *jurídica*, no pasa de ser una verdadera “petición de principios”. Asimismo, una tal actitud entraña el riesgo cierto de quedar a merced de la subjetividad del intérprete, la cual, si bien en ocasiones coincidirá con nuestras propias aspiraciones, en muchas otras puede traducirse en una violación de aquellas, todo lo cual, a la postre, termina por configurar un atentado contra la seguridad jurídica que puede corroer los propios cimientos del sistema.

5. Colisión de derechos fundamentales

Siguiendo a *Aldunate*, podemos decir que la colisión o choque de derechos fundamentales tiene lugar cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental. El mismo autor advierte que no existe consenso sobre el modo de expresar la colisión de derechos, si bien los diferentes autores parecen compartir una misma noción de fondo. Así, recurriendo a un concepto muy amplio, podría hablarse de *colisión de derechos* cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesione, o ponga en peligro de lesión, el derecho de un tercero. De este modo, y desde un punto de vista normativo, ello implica un conflicto entre dos o más reglas de derecho fundamental, aplicables a un caso, y que conducen a resultados distintos, que se excluyen recíprocamente.³¹

Conforme a la opinión que transcribimos, tratándose de un conflicto entre derechos fundamentales existen dos posturas antitéticas. Una de ella acepta la

jurídica debe evaluar a los jueces con criterios intelectuales. Insistiremos en que elaboren los mejores argumentos que les sea posible, y luego nos preguntaremos si sus argumentos son lo suficientemente buenos. Por supuesto, no hay fórmula que garantice que los jueces no serán influidos por los malos argumentos (...). Todo lo que podemos hacer ante esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos o las convicciones inaceptables”. Citado por IGLESIAS (2000) p. 102. Similar opinión puede verse en VIEHWEG, p. 194; en CALSAMIGLIA, p. 129; y en BARRAGÁN (1990) p. 72.

³¹ *Aldunate* acota, asimismo, que esta precisión es necesaria para delimitar, de entrada, la figura de la colisión de derechos de aquella que se denomina concurrencia de derechos, donde la protección alegada por un sujeto puede fundarse en dos o más preceptos iusfundamentales, siendo el efecto jurídico el resultante de la elección del precepto o preceptos que se estiman aplicables, por un principio de especificidad en relación a la hipótesis de hecho, mas no por un enfrentamiento normativo. En la colisión, en cambio, las posiciones de dos o más titulares de derechos fundamentales se enfrentan de tal modo que el resultado adjudicado a uno (o unos) va a implicar negación o rechazo de la protección o amparo defendido por el otro (u otros). ALDUNATE (2008) p. 2.

posibilidad conceptual de colisión; la segunda, en cambio, la niega. Adscribiendo a la primera tesis se ubica la mayoría de los autores nacionales que se han ocupado del tema, para quienes, en términos generales, verificada que fuese una contradicción entre la protección otorgada a los derechos fundamentales de dos o más titulares, uno de ellos debe prevalecer, mientras que el otro debe considerarse desplazado. El punto fundamental, como se advertirá, consiste en encontrar un criterio o fórmula que permita establecer la prevalencia de unos derechos por sobre otros.³²

Dentro de la concepción que ahora exponemos, *Cea* parte por afirmar que la globalidad y cada uno de los derechos fundamentales son necesarios para la existencia digna de la persona individualmente o asociada, no obstante lo cual, y en la práctica, resulta imperativo reconocer que existen conflictos o colisiones en el ejercicio de dos o más de ellos. En este sentido, postula la tesis según la cual debe buscarse la conciliación entre esos derechos asumiendo, como regla general, que la colisión entre ellos es sólo aparente y resoluble. Con todo, estima que si, en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos. A continuación, expresa que en dicho orden de prelación debe comenzarse por el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo con la libertad de información y el derecho de reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies. En otras palabras, para efectos de establecer la prevalencia de unos derechos sobre otros, dicho autor se basa en el orden en que aquellos aparecen enunciados en nuestra Constitución.³³

³² Para el examen de una teoría acerca de la "ponderación" entre derechos fundamentales en conflicto, con especial referencia a la teoría de Alexy, puede también verse BERNAL (2003).

³³ CEA (1999) Citando a Bobbio, el mismo Cea transcribe su opinión en los siguientes términos: "Cuando digo que los derechos del hombre constituyen una categoría heterogénea, me refiero al hecho de que (...) contiene derechos incompatibles entre sí, es decir, derechos cuya protección no puede acordarse sin que resulte restringida o suprimida la protección de otros. Podemos entretenernos con fantasías sobre la sociedad al mismo tiempo libre y justa (...); las sociedades reales que tenemos ante los ojos, son menos justas en la medida en que son más libres y menos libres en la medida en que son más justas. (...) Pues bien, a menudo libertades y poderes no son, como se cree, complementarios, sino incompatibles. (...) Esta distinción entre dos tipos de derechos humanos queda consagrada incluso en el plano teórico, en que se contraponen dos concepciones diferentes de los derechos del hombre: La concepción liberal y la socialista. La diferencia entre ambas concepciones consiste, justamente, en la convicción de las dos de que entre los dos tipos de derechos es necesario hacer una elección o, al menos, establecer un orden de prioridad. (...) Lo que podemos esperar no es una síntesis definitiva sino, a lo sumo, un compromiso" (p. 173).

En una línea similar, en cuanto admite la jerarquización de los derechos, *Pfeffer* señala que si aceptamos que hay conflicto entre valores e intereses (constitucionales), para resolverlos hay que intentar primero la vía de la *cohabitación* entre ellos, y de no ser ello posible, la ruta de la preferencia de un valor o interés sobre otro (aunque sin destruir al vencido). A este último efecto, enuncia diversas pautas o criterios que a su juicio debieran seguirse para la solución de tal disputa. Así, menciona la prevalencia de aquellos derechos que estima *irrenunciables* sobre los que no poseen tal característica; los derechos que denomina *fundantes*, que priman frente a los que llama posteriores; y la aplicación del *índice de garantización* de los derechos para determinar su gradación de importancia. Agrega, asimismo, que existe una “regla de oro” que siempre el intérprete deberá tener en consideración cuando enfrente la problemática de solucionar un eventual conflicto de derechos. En efecto, debe éste en toda circunstancia preferir aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana, en tanto viene a ser el valor esencial, fundamento de todos los demás valores y, por ende, de todos los derechos individuales.³⁴

Nuestra jurisprudencia, por su parte, aunque más bien ocasional y aislada respecto del tema, parece inclinarse por la posición expuesta por *Cea*, según se colige de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 15 de junio del mismo año y que es comentada por el mismo autor. El referido pronunciamiento, dictado con ocasión de un conflicto entre el derecho a la vida privada y la libertad de información, en lo que interesa al aspecto que aquí analizamos, afirma que: “*Nadie discute que el Constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el número 4°, la honra, en circunstancias que la libertad de información está contemplada en el número 12° (...). Lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, siendo suficiente para esta Magistratura citar al efecto los artículos 17° y 19° números 2° y 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información (...). En consecuencia, no sólo la Constitución Política asigna indiscutiblemente mayor valor a la honra, sino que*

³⁴ PFEFFER (1998), pp. 226 y 227.

un instrumento internacional de carácter universal como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos coincide con ella". La Corte Suprema, por su parte, y al confirmar dicho fallo, declaró que: "El respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional".

Ahora bien, más allá de lo controvertible que resulta, en nuestra opinión, jerarquizar derechos fundamentales en razón de su orden de aparición en el Texto Político³⁵ o los peligros ya anotados que encierra dejar librado a la exclusiva subjetividad del intérprete una ponderación de los valores involucrados, lo que sí debe ser destacado es el hecho que todas las alternativas que postulan la posibilidad de establecer una prevalencia de algunos derechos fundamentales sobre otros, desde la perspectiva de la dogmática constitucional, son merecedoras de una misma crítica, la cual, en general, puede sintetizarse en dos argumentos. Por una parte, la inexistencia de criterios *objetivos* que permitan establecer una jerarquía entre derechos fundamentales, o bien que permitan justificar la ponderación en un caso concreto, o los elementos utilizados para sostener que, en cada caso, se ha logrado la máxima protección para cada uno de los derechos en colisión. Por otra, la ausencia, en los respectivos ordenamientos constitucionales para los cuales se han propuesto estas vías de solución, de puntos concretos que permitan fundarlas *positivamente*.³⁶

Es por lo dicho, que otro sector de la doctrina postula que la respuesta a esta cuestión debe buscarse en la solución propuesta en los orígenes del constitucionalismo clásico. Y así, por ejemplo, advertir que para el constituyente revolucionario francés de 1791, la cuestión encontraba una clara solución en el artículo 4° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.³⁷ Se precisa, en este sentido, que nuestra propia Constitución carece de disposiciones que permitan sostener la existencia de una jerarquía u orden de rango entre derechos constitucionales y que por lo tanto llegue a justificar alguna de las propuestas por autores como *Cea* o *Pfeffer*. De ahí la procedencia de formular la siguiente hipótesis: Sin perjuicio de la

³⁵ Bajo semejante criterio, no podría entenderse que la legítima defensa, en el caso de amenaza a la propiedad, pueda en ciertos casos especiales servir de causal de justificación si se produce la muerte del agresor.

³⁶ ALDUNATE (2008), p. 5.

³⁷ "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otros; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada otro hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley".

necesidad de determinar el ámbito normativo de cada derecho fundamental, o su tipicidad, a partir de una labor interpretativa, para llegar a establecer el contenido protegido de la respectiva libertad o derecho, parece más conveniente, desde un punto de vista dogmático, distinguir lo que es la protección constitucional de un derecho o libertad, del ejercicio de ese derecho o libertad, y apreciar las colisiones de derechos en ese nivel. Y si no hubiese respuesta en este orden, ello –entiéndase bien– en caso alguno significa dejar al afectado en la indefensión, sino solamente negar la protección constitucional y remitirlo a la tutela en la cual el juez deberá completar la correspondiente *laguna*, no a nivel constitucional, sino del ordenamiento legal.

En definitiva, pareciera que ésta (la solución de la colisión vía legislativa o por el juez *integrando* la laguna) parece ser el camino correcto en el marco normativo de nuestra Constitución. La antedicha conclusión, por lo demás, se vería confirmada por la solución que la propia Constitución da a uno de los casos mas frecuentemente citados como posibilidad de colisión, a saber: el choque entre libertad de expresión y derecho a la honra y a la vida privada. En tal caso, la Carta se encarga de encomendar específicamente a la *ley* penal en el caso de infracción a estos dos derechos por un medio de comunicación social (art. 19 N° 4 i. II). O sea, incluso allí donde la Constitución establece como ilícita la infracción a un precepto iusfundamental, remite, no obstante, las consecuencias específicas de aquella infracción a la regulación que la *ley* haga del respectivo delito.³⁸

6. Norma constitucional y tratados internacionales

Por de pronto, cabe recordar lo preceptuado por el inciso primero del artículo 19 N° 6 de nuestra Constitución, conforme al cual ésta asegura a todas las personas:

“La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

Comentando los límites explícitos (*moral, buenas costumbres y orden público*) que nuestra Constitución señala para la libertad religiosa y que, conforme se verá más adelante, con algunos matices también consulta la Convención Americana de Derechos Humanos, *Nogueira* precisa su contenido “jurídico” (y no filosófico) en los siguientes términos: La “moral” a que alude tal disposición

³⁸ ALDUNATE (2008) p. 8.

debe entenderse referida a la moral social o moralidad pública, entendiendo por tal el conjunto de reglas de conducta admitidas en un momento histórico determinado. A este mismo respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha determinado que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas y que, por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar las creencias o la religión con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. El concepto de "buenas costumbres", por su parte, se vincula con la moralidad en el ámbito específico de la dimensión sexual, también según los valores imperantes en la materia en una sociedad concreta. La noción de "orden público", por último, consiste en un concepto jurídicamente indeterminado, en la medida que ha sido entendido en diversos sentidos. Uno de ellos es el que lo define como el conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre un sistema de valores y principios jurídicos dentro de un Estado Constitucional Democrático, lo que se acerca al concepto de orden constitucional. En otra perspectiva, más estricta, se asimila a la tranquilidad y seguridad de las personas y cosas, lo que implica una regulación jurídica razonable que proteja dichos valores y principios. Dicho concepto –acota el mismo autor– también es histórico o diacrónico, por lo cual evoluciona al igual que los mencionados en precedencia.³⁹

Lo anterior, sin embargo, creemos que de manera alguna implica clausurar el análisis. En efecto, y sin perjuicio de las argumentaciones referidas a la dogmática constitucional que se han reseñado en los acápites N°s 4 y 5 anteriores, debe recordarse que a virtud de lo prevenido en el artículo 5° de nuestra Carta Política, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana quedan también regidos por la normativa contenida en los *tratados internacionales* ratificados por Chile. Desde esta perspectiva, se hace entonces necesario pasar revista a las consideraciones que, sobre este particular, cabe formular a la luz del tratamiento que recibe la *libertad religiosa* en los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país (y que recoge la legislación a nivel nacional), los cuales, independientemente de la discusión en torno a si poseen o no rango constitucional, constituyen "derecho vigente" entre nosotros.⁴⁰

Relativamente a los tratados internacionales que reglan la materia en análisis, cabe iniciar su referencia con el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas*, cuyo artículo 13 expresa:

³⁹ NOGUEIRA (2008).

⁴⁰ Para este efecto se transcribirá la opinión de NOGUEIRA (2008) y CETE-ALONSO y CALERA (1998).

“1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las naciones unidas en pro del mantenimiento de la paz” (...).

“3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones...”.

A su turno, la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, artículo II, determina:

“En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, racial o religioso...”.

Según el artículo 12 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, los contenidos del derecho a la libertad de conciencia y de religión implican que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado.

“2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

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

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas*, en su artículo 18, previene que:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas".

La Convención del *Estatuto de los Refugiados*, por último, previene en su artículo 4° que:

"Los Estados contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos".

Conforme a la opinión expuesta por *Nogueira*, el examen acerca del contenido iusnormativo de la libertad religiosa, a la luz de los preceptos de nuestra Constitución y de la regulación contenida en los tratados internacionales que se han comentado, exige distinguir, por una parte, entre libertad religiosa y, por otra, el derecho a la libertad religiosa. Con respecto a la primera, debe a su vez distinguirse una dimensión *subjetiva* de otra *objetiva*. Así, aquella implica la facultad de desarrollar o no una fe en un ser superior, asumiéndola individual y colectivamente, *practicándola* en público o en privado, mediante el culto, las enseñanzas, *el cumplimiento de sus preceptos* y ordenando su vida *según* sus exigencias, como asimismo, el derecho a no declarar la religión que se profesa, evitando así ser objeto de discriminación o perjuicios por asumir y ejercer un determinado credo o realizar actos religiosos. La libertad religiosa en su dimensión *objetiva*, en cambio, se traduce en la pertenencia o no a una comunidad de creyentes. Entendida, ahora, como *derecho*, éste marca los confines de la neutralidad del Estado, el cual junto con respetar las diversas expresiones religiosas que forman parte de la sociedad, *debe remover los obstáculos que se opongan a ello*.⁴¹ A guisa de lo anterior, a nadie se le puede imponer una creencia o una negación de creencias, puesto que ellas surgen de la libertad, constitucional y legalmente garantizada, de cada ser humano.

En el contexto que se comenta, también es oportuno recordar que conforme al criterio constitucional consagrado en la denominada "*garantía de las garantías*" que contempla el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Política, el contenido de

⁴¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "La última tentación de Cristo", precisó que el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite que las personas "*conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias*", agregando que tal derecho es un "*cimiento de la sociedad democrática*" que "*constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida*".

los derechos que nos ocupan –entre ellos la libertad religiosa– nunca puede ser afectado “*en su esencia*”, lo que estimamos acontecería, precisamente, si se impone de una manera forzada un procedimiento médico que violente la religión que profesa el paciente. A este respecto, se hace menester recordar que de acuerdo con lo fallado por nuestro Tribunal Constitucional, a propósito del referido precepto, “... *mucho podría decirse sobre la “esencia” de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible*”. (Rol N° 43, fallo de 24.02.87, Consid. 21°).⁴²

Sobre las bases expuestas, y considerando la normativa citada, se comprende, entonces, que el derecho fundamental a la libertad religiosa constitucionalmente garantizado justifique la negativa a recibir un determinado tratamiento médico cuando se fundamenta, precisamente, en el ejercicio de dicha libertad. En presencia de tal declaración, el médico no puede, por ende, aplicar el correspondiente procedimiento terapéutico. Si lo hace, estará vulnerando la libertad religiosa del paciente y en igual atentado incurriría la autoridad que autoriza u obliga practicarlo. No obstante, y como bien advierte un autor, la declaración de voluntad contraria al tratamiento ha de ser *expresa*, sin que pueda tácitamente inferirse de la pertenencia del paciente a una confesión religiosa que rechace determinada terapia. Si la voluntad del enfermo no puede ser consultada –p. ej. en razón de encontrarse inconsciente como consecuencia de un accidente–, y no existe constancia de una manifestación *explícita* contraria al tratamiento, el médico estaría obligado a utilizar los medios terapéuticos que estime convenientes para preservar la salud del paciente. Se sigue de ello que un tratamiento considerado normalmente adecuado sólo deja de ser legítimo cuando ha sido *expresamente* rechazado por el paciente con fundamento en sus convicciones morales, sin que sea posible reconstruir dicho rechazo cuando éste no se ha dado efectivamente. Entendemos, asimismo, que debe ser considerada eficaz para este efecto una declaración de voluntad antecedente y genérica, sin que sea indispensable que el paciente exprese su rechazo ante la concreta aplicación del tratamiento y en el momento en que se plantea

⁴² Para Varela, “el contenido esencial de los derechos fundamentales determina de esta forma una frontera que el legislador no puede traspasar y delimita un terreno que no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. La garantía del contenido esencial... *es límite de los límites* porque limita la posibilidad de limitar y señala un límite más allá del cual no es posible la función limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. VARELA (1999), p. 164 (la cursiva es nuestra).

de hecho la oportunidad del mismo –lo que en muchos casos, por ejemplo en los supuestos de urgencia, no será posible–, bastando que lo haya hecho previamente y de modo general.⁴³

En lo que atañe a los conflictos que pueden originarse entre, por un lado, la conciencia del paciente y, del otro, la conciencia del médico, de un modo todavía más concreto *Nogueira* expresa que si estamos en presencia de un paciente adulto capaz, el cual se opone a un tratamiento médico –y en el que ningún derecho fundamental de otra persona está en juego– salvo la eventual libertad de conciencia del propio facultativo médico tratante – nos encontramos ante un conflicto de dos derechos fundamentales idénticos. En este caso, agrega, la armonización se torna imposible, debiendo *ponderarse* los derechos. El principio general en la materia es que asegurado el principio de justicia y no maleficencia, debe respetarse el principio de *autonomía* de la persona afectada y de su dignidad humana, el cual exige el consentimiento del paciente para un determinado tratamiento médico. La dignidad humana impide transformar al paciente en un instrumento para otros fines, cualesquiera sean éstos. Así, puede sostenerse la regla general de respeto de la conciencia cuando se refiere a conductas autorreferentes que expresan un proyecto de vida y dignidad humana afirmado en la libertad y autonomía de la persona que no produce ningún daño a terceros.⁴⁴

Las consideraciones precedentes son aplicables, en nuestra opinión sin mayores tropiezos, tratándose de los pacientes adultos. Con respecto a los menores, pensamos que la respuesta al conflicto precisa una distinción fundamental que suele ser preterida por la doctrina. Creemos, en efecto, que tratándose de menores que carecen de suficiente juicio o discernimiento, y dado que no se halla comprometida, por lo mismo, su *propia* libertad religiosa, los médicos se hallan en el deber de practicar la transfusión aun si los padres se oponen a ella en virtud de su credo. Y no sólo por lo dicho, sino que debido a que ni la autoridad paterna ni la patria potestad se extienden naturalmente a este ámbito de cuestiones en que peligra la vida del hijo.

En nuestro concepto, es distinta la solución en los casos que la negativa a recibir el respectivo tratamiento provenga de un menor dotado de suficiente discernimiento. Para sostener este aserto, nos basamos en la circunstancia de que, concurriendo estas condiciones, pasa a ocupar el lugar relevante el consentimiento no ya de los padres, sino que del propio menor, y que se fundamenta en su *propia y personal* libertad religiosa, sin concurrir, por lo mismo,

⁴³ GARAY (2000).

⁴⁴ NOGUEIRA (2008).

razones sustanciales que aconsejen seguir un criterio diverso al propugnado en el caso de negativa proveniente de un adulto. Sucede, pues, que los menores también gozan de un reconocimiento normativo de su libertad religiosa. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño explicita que “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo a causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares*” (Art. 1.2.); agregando, su artículo 14.1, que “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*”.

A estas alturas de la exposición, a nadie escapará que el principal problema que presenta la respuesta planteada dice relación con la fijación de la edad a partir de la cual se tiene el discernimiento necesario para formular un juicio moral como aquel que nos ocupa, lo que naturalmente y a la postre constituye una “cuestión de hecho”. Por lo mismo, creemos que no es posible identificar *a priori* determinadas reglas generales, debiendo entregarse al órgano jurisdiccional la decisión acerca de si tal discernimiento concurre o no en el caso concreto. Este, por su parte, debe a nuestro juicio partir por reconocer que será suficiente si el menor posee la capacidad de formularse una convicción relativamente razonada –como aquella que podría tener un adulto– acerca de la violencia moral que le suscita el pertinente tratamiento, así como la expresión de una voluntad clara y definida en orden a rechazarlo.

De otro lado, y sin perjuicio de la necesidad de resolver en cada caso según sus particularidades específicas, estimamos que nuestro ordenamiento jurídico contempla algunos criterios que podríamos denominar “*indiciarios*” –aunque no necesariamente concluyentes– respecto de la posesión de dicha aptitud para discernir por parte de un menor. Así, por ejemplo, si se reconoce a quien ha cumplido los 16 años de edad la capacidad para contraer matrimonio o para delinquir civilmente, e incluso desde el punto de vista criminal, a los 14 años de edad, ello podría arrojar algunas luces respecto de la calificación que también podrá hacerse tratándose de la negativa a recibir transfusiones o, al menos, sostener que dichos parámetros dan cuenta del “*espíritu general de la legislación*” en la materia y que permite, por ende, integrar la pertinente laguna (art. 24 del C. Civil).

Sin perjuicio de las consideraciones *jurídicas* que se han desarrollado más arriba, pensamos que el análisis *moral* de nuestra respuesta también se conforma con dichas conclusiones de acuerdo a lo que se expondrá en el acápite que sigue.

7. Consideraciones morales

Desde un punto de vista moral –lo que ciertamente incide en la interpretación jurídica que se postule a estos respectos– la principal objeción que se plantea en relación con la posición que aquí defendemos, se basa en el hecho de que la vida constituye un “valor” superior, frente al cual ceden todos los demás derechos o libertades, incluso al punto de actuar contra la voluntad del titular de dicho bien jurídico.

Esta forma de razonar la hallamos presente en argumentaciones esgrimidas por autores cuya formación hunde sus raíces no sólo en la concepción cristiana occidental del Derecho, sino que también en una visión específicamente católica en torno al ser humano y sus circunstancias. Así, por ejemplo, *Soto Kloss*, si bien desarrolla su discurso a propósito de las cuestiones que suscita la “huelga de hambre”, tocando sólo tangencialmente el problema de la negativa a recibir transfusiones de sangre,⁴⁵ creemos que tal vez se opondría a la respuesta que propugnamos, arguyendo, para ello, la “indisponibilidad” del derecho a la vida por parte de su titular, lo que justificaría, por tanto, que se prescindiera de su consentimiento en los casos en que aquella peligre.

En este sentido, el citado autor expresa que así como ocurre con el suicidio, debe considerarse que cuando existe una violación del deber fundamental de respetar la propia vida, configurándose un atentado grave a la conservación de la misma, se olvida que su defensa constituye 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. Es por ello que, en su opinión, el deber de conservación de la propia vida implica el derecho de todo tercero de impedir, interviniendo, o mejor, de intervenir impidiendo, que se consuma ese atentado contra la vida que de propia mano pretende efectuar quien se autodestruye; el no impedir que se consuma ese suicidio es una forma –por omisión– de colaborar al suicidio. Y es que el derecho a la vida –continúa *Soto Kloss*– “no es un derecho de dominio como el de propiedad que se tiene sobre una cosa; es un derecho que puedo oponer a todo el que me agrede injustamente y que me habilita a la legítima defensa propia, pero que implica también el derecho que tengo para defender la integridad de la vida ajena, auxiliándola incluso con la legítima defensa ajena, cuando es víctima de agresión injusta por parte de un tercero; esa legítima defensa ajena del derecho a la vida –conservación de ella– de aquel que pretende o intenta autodestruirse, es también un ejercicio legítimo del derecho que me otorga el ordenamiento para salvaguardar la vida ajena, y que aun cuando no me lo

⁴⁵ SOTO KLOSS (1991) p. 57.

otorgare igual lo poseo por ley natural, pues del carácter de sociable arranca el hombre su sentido de solidaridad y de auxilio al que está en la necesidad, en el abandono o en peligro de muerte, aun a costa de la vida propia".⁴⁶

En la doctrina comparada, algunos han formulado una distinción que estiman esencial para abordar los problemas planteados. Así, por ejemplo, *Luzón Peña* diferencia entre aquellos sujetos que se encuentran en una situación de peligro –incluso de muerte– provocada por *causas externas*, de aquellos otros que actúan directamente o bien con dolo eventual para quitarse la vida. Respecto de los primeros indica que no se puede hablar de suicidio, ya que aun cuando exista voluntad de morir los sujetos en tal situación se limitan a someterse a un proceso natural que acaba o puede acabar en la muerte. En cambio, en los otros supuestos, el autor considera que ésta puede equivaler al suicidio, ya que no es un proceso externo natural el que va a provocar el resultado dañoso. Con todo, otros autores plantean que dicha distinción viene a ser una división artificial de la conducta del sujeto, fruto de la valoración de las circunstancias concurrentes en él. Lo criticable de esta postura, en su concepto, es que en ella pasa a un segundo plano la voluntad de morir que pueda tener el individuo (cuya concurrencia se admite en unos y otros casos) y pone el acento fundamental en la presencia o ausencia de elementos *externos* naturales, de forma que éstos condicionarán la valoración de la voluntad manifestada por el individuo. Con arreglo a ello lo decisivo, entonces, ya no será el que se manifieste o no una voluntad de morir, sino el contexto en el que se produce y cómo se ha llegado a él. De este modo –acotan– la cuestión central se desplaza de lo principal a lo accesorio, no teniendo en cuenta que tanto en unos casos como en otros estamos ante personas que admiten la muerte como fin probable o seguro de su momento vital. Al concederle relevancia a un proceso exógeno que la mayoría de las veces resultará accidental, pero que influirá en el proceso volitivo, se le está reconociendo un carácter esencial, difícilmente justificable, pues lo fundamental será siempre la voluntad manifestada por el sujeto.⁴⁷

Pensamos, por nuestra parte, que la distinción formulada por *Luzón Peña* no implica, como se sostiene de contrario, atribuir a lo accesorio un carácter esencial, sino que, muy por la inversa, coloca el acento en un aspecto fundamental para los efectos de emitir un juicio moral acerca de la cuestión. Creemos, asimismo, que una sólida respuesta en torno a esta materia exige recurrir a conceptos que desde antiguo se han propugnado por *iusnaturalistas* a objeto de resolver casos análogos al que ahora nos ocupa. Para tales fines, en lo que sigue expondremos la síntesis que sobre este particular formula *Javier Hervada*,

⁴⁶ SOTO KLOSS (1984) pp. 61-67.

⁴⁷ TOLEDANO (1999).

catedrático de Derecho Canónico de las Universidades del Estado Español y de la Universidad de Navarra y Doctor Honoris Causa por la Università della Santa Croce (Roma).⁴⁸

Relativamente a nuestro tema, creemos que la solución al problema exige recurrir a la denominada doctrina o principio del “*voluntario indirecto*” o “*acto de doble efecto*”, cuyo contenido bien nos recuerda el mencionado autor. En lo sustancial, dicho principio significa que el hombre no puede realizar actos cuyo efecto directo y propio sea su muerte, enfermedad o mutilación, es decir, no puede realizar sobre sí mismo un acto directamente (acto voluntario directo) occisivo, contra su salud o mutilador. Resulta lícito, en cambio, realizar actos que refleja e indirectamente pongan en peligro –aunque sea próximo e inminente– su vida, su salud o su integridad física.

La procedencia de la referida distinción radica en que la primera hipótesis (voluntario directo) contempla actos que tienen como efecto propio, inmediato y directo causarse la muerte. El acto es casual y directamente occisivo; a ello se ordena objetivamente y la muerte es lo que directamente quiere el agente, ora en sí misma, ora con la intención de obtener unos ulteriores objetivos, no para sí, como es evidente, sino para otros. En definitiva, en tales casos la muerte es *activamente* producida. La segunda hipótesis, en cambio, es distinta: se trata de actos con dos efectos, uno querido y otro no querido. El acto se ordena de suyo y principalmente a una acción que no es la muerte del agente; si ésta se produce, es un efecto secundario e indirecto del acto; o dicho en otros términos; la muerte es *pasivamente* aceptada o permitida. Y esta conclusión permanece incluso en aquellos supuestos límites en los que el sujeto realiza una acción que consiste simple y llanamente en colocarse en situación de muerte, como es el caso del que se ofrece a morir en lugar de otro. ¿Cuál es la razón última de esta diferencia? El mismo *Hervada* responde: Obsérvese que en la segunda hipótesis la muerte *se padece* (este es el punto clave), lo que nos indica que el agente y su acción tienden directamente a *otro* objetivo. Un objetivo que, en todo caso, ha de estar dentro de lo moralmente lícito, esto es, debe consistir en el cumplimiento de los fines naturales del hombre, cumplimiento que puede ser un deber, un acto de amor o solidaridad o bien –agregamos nosotros– la fidelidad a sus propias creencias religiosas.

Ahora bien, para que pueda recibir aplicación el principio del “voluntario indirecto” es menester que se cumplan determinadas condiciones copulativas, a saber: (i) que la acción sea buena en sí misma o al menos indiferente; (ii) que el efecto inmediato o primero que se ha de producir sea el bueno y no

⁴⁸ HERVADA (1993), pp. 267-287.

el malo; (iii) que el fin del agente sea honesto, esto es, que el agente intente únicamente el efecto bueno y se limite a permitir el malo; y (iv) que el agente tenga causa proporcionada a la gravedad del daño que el efecto malo haya de producir.⁴⁹ Así, por ejemplo, la salvación de la patria es causa suficientemente grave para desencadenar una guerra justa, a pesar de los grandes daños que de ella se seguirán; pero el lucro que puede obtenerse por la venta de literatura pornográfica no es suficiente razón para venderla.

A nuestro juicio, la negativa a ser transfundido en razón de creencias religiosas satisface todos y cada uno de los requisitos que se han enunciado, opinión que la doctrina citada comparte en los siguientes términos: ¿Es éste un caso de suicidio por omisión o estamos ante un supuesto diferente? Ciertamente es que la terapia de que se trata (transfusión de sangre) no es inmoral, pero esto no significa un cambio en el supuesto de hecho, sino un *error* en el juicio moral del paciente acerca de esta terapia específica. Del mismo modo que quien cree lícito el suicidio, no cambia el hecho por su error, tampoco lo cambia en el supuesto que acabamos de enunciar, porque los hechos objetivos que configuran el supuesto (la conducta del paciente) no son alterados por el error en el juicio moral.

Ocurre, en definitiva, que aquel que está dispuesto a utilizar todas las medidas terapéuticas éticamente posibles, no es un suicida si detiene sus intentos de curación ante un medio que estima inmoral. La mujer embarazada, por ejemplo, que está dispuesta a recurrir a todos los medios posibles para curarse, y se encuentra con que sólo el aborto directamente provocado podría curarla, no es una suicida al negarse a permitirlo. En los casos que examinamos, el paciente posee el *animus* de curarse, e incluso permite en principio cuantos medios dispone la ciencia médica (incluso más dolorosos y lesionadores que la simple transfusión, como la histerectomía); sólo se detiene ante un medio que, aun sin serlo, cree inmoral. En síntesis, no existiendo el *animus suicidandi* y sí el *animus* de curarse, junto a la aceptación de la regla de no permitir la aplicación de una terapéutica inmoral, el error de hecho, sobre un procedimiento médico específico, no ataca a la moralidad pública, ya que la regla moral que el paciente sigue –aunque con una errónea valoración sobre un hecho concreto– es verdadera y correcta, a la vez que son públicos los motivos; es decir, es público que se trata del rechazo de un procedimiento médico que se entiende inmoral.

⁴⁹ En igual sentido puede verse UGARTE (2006) p. 64.

Conclusiones

1. El tratamiento de la materia analizada en estas notas enlaza no sólo con aquellos aspectos vinculados a un determinado pensamiento filosófico y moral, sino que también, y de un modo especial, se vincula con consideraciones que pueden calificarse de puramente jurídicas. Estas últimas, a su vez, absorben una amplísima gama de tópicos que abarcan desde la conceptualización de los derechos fundamentales y la forma de imbricarlos con la hermenéutica constitucional, hasta sus implicancias en particulares disciplinas tales como el derecho internacional, el derecho de menores y el derecho penal.

2. La experiencia del derecho y jurisprudencia comparada en el tema exhibe diferentes posiciones, advirtiéndose, principalmente en el concierto hispanoamericano, una cierta inclinación a favor de la tesis que hace prevalecer la conservación de la vida aun cuando para ello deba prescindirse del consentimiento de la persona afectada y no obstante que su propia voluntad asigne un valor superior al ejercicio de la libertad religiosa. En lo que atañe especialmente al caso chileno, nuestros tribunales superiores de justicia, salvo contadas excepciones, se pronuncian en el mismo sentido, optando por ordenar las transfusiones de sangre aun contra el consentimiento explícito del paciente que lo rechaza invocando sus convicciones religiosas o morales.

3. El examen de las decisiones adoptadas por la judicatura nacional deja de manifiesto una carencia de desarrollo en torno al conflicto envuelto en este ámbito, identificándose, prácticamente como único argumento, la simple afirmación en orden a que la vida –y su conservación– constituye un “principio” o “valor” superior cuya primacía resulta incontrarrestable.

4. Existe, a nuestro juicio, una necesidad evidente de abordar la temática con un mayor rigor jurídico. En el tema que comentamos, ello exige abordar al menos tres aspectos que se revelan esenciales para responder a las inquietudes planteadas, a saber: (i) El rol de los “principios” y “valores” en la hermenéutica constitucional; (ii) el tratamiento de la colisión de derechos fundamentales a la luz de nuestra Constitución; y (iii) la regulación contenida en los tratados internacionales atinentes a la materia en estudio.

5. El tratamiento de las tres cuestiones recién enunciadas lleva a concluir que la negativa –fundada en el ejercicio de la libertad religiosa– que manifieste un *adulto* frente a la opción de transfundirle sangre, en la medida que sea expresa, debe ser respetada aun si con ello pelagra su vida. Con respecto a los *menores*, pensamos que la respuesta al conflicto precisa una distinción fundamental que suele ser preterida por la doctrina. En efecto, en el caso de menores que carecen de suficiente juicio, y dado que no se halla comprometida, por lo mismo,

su *propia* libertad religiosa, los médicos se hallan en el deber de practicar la transfusión aun si los padres se oponen a ella en virtud de su credo. Distinta es la solución si el rechazo a recibir el respectivo tratamiento proviene de un menor dotado de suficiente discernimiento, atendido, entre otras cosas, el hecho de que en tales casos pasa a ocupar el lugar relevante el consentimiento no ya de los padres, sino que del propio menor, basado en su *propia y personal* libertad religiosa, de la cual también es titular.

Bibliografía citada

AGUILÓ, Josep (1997): "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica," en: *Isonomía*, N°6, pp. 71-79

ALDUNATE, Eduardo (2008): "Introducción al Estudio de los Derechos Fundamentales", Apuntes para un curso de Doctorado, 1er semestre 2008, Pontificia Universidad Católica de Chile.

BARRAGÁN, Julia (1990): "La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica", en: *Doxa* N° 8, pp. 63-72.

BARROS, Enrique: (1981): "La interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la Teoría del Derecho", en: *Revista de Derecho Público* N° 29-30: pp. 25-33.

BAZÁN, José Luis, y MADRID, Raúl (1991): "Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho", en: *Rev. chil. derecho*, vol. 18, N°2, pp. 179-188.

BERNAL PULIDO, Carlos (2003): "Estructura y Límites de la Ponderación", en: *Doxa* N° 26, 2003.

BUSTOS CONCHA, Ismael (1986): "La hermenéutica constitucional", en: *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. X: pp. 157-168.

CALSAMIGLIA, Albert (1988): *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Madrid, Ariel), 155 pp.

CASTEDO ÁLVAREZ, Fernando (1979): "La Constitución como Fuente de Derechos", en: *VVAA, La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 423-455.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo (1979): "El Concepto Constitucional de Fuentes del Derecho", en: *VV.AA, La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 385-419.

CEA, José Luis: (1984): "Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa", en: *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. XI, N° 1: pp. 7-16.

_____ (1992): "La interpretación axiológica de la Constitución," en: *VV.AA. Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Edit. U. de Chile y U. Adolfo Ibáñez): pp. 87-97.

_____ (1999): "El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica", en *Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*, pp. 171 a 175.

CETE-ALONSO Y CALERA, M.G del Carmen (1998): "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, Sala de lo penal, de 27 de junio de 1997)", *Id. vLex: VLEX-ND404*.

CORCOY BIDASOLO, M. (1999): "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", en: Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R.F.; Beristain Ipiña, A., y Romeo Casabona, C.M. (eds.): *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López, Granada, 1999, s/e.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y MARTÍN, Gracia (1997): *Comentarios al Código Penal*, Valencia, s/e.

ESSER, Josef (1961): *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado* (Barcelona, Bosch), 498 pp.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: (2002): "Fundamentos Constitucionales del Derecho de los Contratos: Intangibilidad, Autonomía de la Voluntad y Buena Fe", en *Cuadernos de Extensión Jurídica* N°6, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 17-46.

_____ (2005): "Constitución y Autonomía de la Voluntad", en: VVAA, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, t. II, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y LexisNexis, pp. 1245-1269.

FERRADA, Juan Carlos (2004): "Los derechos fundamentales y el control constitucional", en: *Revista de Derecho*, U. Austral, vol. XVII: pp. 113-137.

FERRARI, Silvio (2008): Clase impartida a alumnos del Doctorado de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, con fecha 24 de Abril de 2008.

GARAY, Alain (2000) "Libertad de conciencia y tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea". (Trabajo presentado en el Primer Congreso Latinoiberoamericano de Derecho a la salud-San José, Costa Rica, 26-29 de abril de 2000), en: www.cuadernos.bioetica.org.

GOIC, Alejandro (2000): "Es hora de pensar en los derechos de los pacientes: Una introducción". *Rev. Méd. Chile*, dic. 2000, vol. 128, N° 12, pp. 1371-1373.

GORDILLO CAÑAS, Antonio (1990): *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces), 144 pp.

HABA, Enrique P. (1999): "Precomprensiones, racionalidad y métodos en la resoluciones judiciales," *Doxa*, N° 22: pp. 49-78.

HERVADA, Javier (1993): *Escritos de Derecho Natural*, Colección Jurídica, Universidad de Navarra, Pamplona, 789 pp.

IGLESIAS VILA, Marisa (2000): "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", en: *Doxa*, N° 23, pp. 77-104.

KAUFMANN, A. (1987): "¿Relativización de la protección jurídica de la vida?", trad. de J. M. Silva Sánchez, en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 31.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno", *Ius et Praxis*. [online]. 2006, vol.12, no.2 [cited 22 May 2008], p.13-41. Available from World Wide Web:<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-001220060002200002&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

OLMEDO CARDENETE, M. (2001): "Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido", en: Roxin, C., Mantovani, F., Barquín, J. y Olmedo, M.: *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*, Granada, s/e.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1998): "Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos", en: *Revista Chilena de Derecho*, número especial, pp. 225 a 227.

RAMÓN LEAL, Alberto (1979): "Los Métodos de Interpretación Constitucional", en: *Revista de Derecho Público* N°s 25-26, pp. 57-69.

RETAMALES, Avelino (2003): "Lecciones que dejan los pacientes adultos que rechazan transfusiones de sangre a partir de la doctrina de nuestros tribunales", en: *Ius Publicum* N°11, pp. 75-102.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2001): "Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile", en: *Revista de Derecho Público*, N° 63, pp. 179-199.

SATORRÁS FIORETTI, Rosa María (2004), "Las otras objeciones de conciencia", en: *Lecciones de Derecho eclesiástico del Estado*, Id. vLex: VLEX-RE427.

SEGURA GARCÍA, María José (2005): "El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las últimas reformas legislativas", en: *VVAA, Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Id. vLex: VLEX-IF559.

SILVA, J. M.; CORCOY M., y BALDÓ, F. (1996): "Tipicidad. Omisión pura y comisión por omisión. Imputación objetiva e imputación subjetiva", Id. vLex: VLEX-AB484.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1979): "La Constitución Jurídica", en: *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. VI, N° 1-4: pp. 111-133.

SOTO KLOSS, Eduardo, (1984): "Derecho a la Vida y Recurso de Protección", en: *RDJ*, t. LXXXI, pp. 55-67.

_____ (1991): "El Derecho a la Vida y la noción de persona en la Constitución", en: *RDJ*, t. LXXXVIII, pp. 50-57.

TOLEDANO, Jesús (1999): "Consideraciones generales sobre el suicidio", en: *VVAA, Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Id. vLex: VLEX-IN408.

UGARTE GODOY, José Joaquín (2006): *El Derecho a la Vida* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 575 pp.

VARELA, Casimiro (1999): "Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal", Buenos Aires, edit. Ad-Hoc.

VIEHWEG, Theodor (1991): *Tópica y Filosofía del Derecho* (Barcelona, Gedisa), 201 pp.

VIGO, Rodolfo (1998): "Razonamiento judicial justificatorio", en: *Doxa*, N° 21: pp. 483-499.

ZAPATA, Patricio (1994): *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Imprenta Vis Ltda.), 286 pp.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1992): "Tendencias contemporáneas en la interpretación de la Constitución", en *VVAA, Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Edit. U. de Chile y U. Adolfo Ibáñez): pp. 285-303.