

Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 n° 1 de la Constitución:

**Reflexiones sobre la constitucionalidad
de la ley de despenalización del aborto
en tres causales**

**Compiladoras:
Lidia Casas Becerra
Gloria Maira Vargas**

Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N.º 1 de la Constitución Política:

**Reflexiones sobre la constitucionalidad
de la ley de despenalización del aborto
en tres causales**

Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N.º 1 de la Constitución Política:
Reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto
en tres causales

Lidia Casas Becerra
Gloria Maira Vargas
(Compiladoras)

1ª Edición: junio de 2018
500 ejemplares
ISBN 978-956-314-416-1
Inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual N.º 291244

Diseño y diagramación:
Gráfica LOM
Concha y Toro 29, Santiago Centro
Fono: (56 2) 2 860 6800
graficalom.cl

Impreso en los talleres de Gráfica LOM
Miguel de Atero 2888, Quinta Normal
Fono: (56 2) 2 716 9695
Santiago de Chile

© Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro, su recopilación en un sistema informático y su transmisión en cualquier forma o medida (ya sea electrónica, mecánica, por fotocopia, registro o por otros medios) sin el previo permiso y por escrito de los titulares del *copyright*.

Derecho a la vida, constitución y autonomía moral

Alejandra Zúñiga Fajuri*

RESUMEN

Probablemente uno de los derechos más polémicos, discutidos e interpretados por la jurisprudencia y la doctrina nacional es el derecho a la vida. Las reformas legislativas que en el último tiempo han tenido lugar en Chile –sobre derechos del paciente y aborto– permiten imaginar cómo una nueva Constitución podría concebir al derecho a la vida desde la perspectiva evolutiva que se le ha dado en el derecho comparado e internacional.

1. Posibilidades del derecho a la vida

La evolución que tiene el derecho a la vida en la legislación internacional y comparada nos invita a dejar atrás la arcaica concepción que de la misma tiene la actual Constitución chilena, que lo entiende como un derecho limitado en diversos aspectos. Si un derecho es la facultad o la potestad que el ordenamiento constitucional reconoce a una persona para exigir de otra una determinada conducta, vemos que la actual Constitución sanciona solo los actos arbitrarios destinados a privar a alguien de su vida, dejando sin sanción las omisiones que, también de manera arbitraria, generan el mismo efecto, según se revisa más adelante.

El derecho a la vida, al igual que cualquier otro derecho humano, requiere ser delimitado coherentemente en su extensión pues se trata de derechos que, por definición, se construyen con tal amplitud y abstracción, que precisan –por medio de elementos legítimos de interpretación constitucional– clarificar su núcleo de exigibilidad. La pregunta relevante es, entonces, ¿qué significa decir que se tiene “derecho a la vida”? A propósito de la discusión en torno al derecho al aborto que se generó en la década de los años setenta del siglo pasado en los Estados Unidos, Judith Jarvis Thomson sostuvo que el derecho a la vida puede entenderse fundamentalmente de tres maneras. En primer lugar, como un derecho que genera obligaciones tanto negativas como positivas a terceros, de modo que, por una parte, tendría derecho a no ser privado de la vida y, por otra parte, derecho a recibir al menos lo mínimo indispensable para sobrevivir¹.

* Doctora en Derecho. Académica de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Universidad de Valparaíso. alejandra.zuniga@uv.cl

¹ Thomson, J.J., “A defense of Abortion”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol 1, N.º 1, 1971, p. 55.

En segundo lugar, Thomson contempla la posibilidad de que el derecho a la vida se comprenda de modo más estricto, descartando las obligaciones positivas (el derecho a recibir algo). De ese modo, el derecho a la vida solo supondría el derecho a que nadie atente contra mi propia vida, es decir, únicamente obligaciones negativas. Por último, sostiene que la obligación negativa a la que obligaría el derecho –de abstención– admitiría, en verdad, excepciones como la legítima defensa o la pena de muerte, de manera que el “derecho a la vida” se reduciría tan sólo al derecho a que no se nos prive arbitraria o injustamente de la vida².

2. Derecho a la vida, aborto y tortura

El derecho a la vida comprende no solo el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, sino también el derecho a la integridad física y psíquica de las personas. Esta concepción es importante para la discusión sobre el aborto, la eutanasia y la tortura. En efecto, si la consagración del derecho a la vida se hace en términos tales que constituye un todo indivisible que incluye la protección del soporte biológico de la vida y también la protección de la integridad física y psíquica, entonces se viene abajo el mito argumental que en materia de aborto indica que los derechos a ponderar son, por una parte, el derecho a la vida del embrión y, por otra, el derecho a la autonomía de la mujer. Lo cierto es que una comprensión amplia del derecho a la vida (aceptada por nuestra doctrina sin problematización alguna) obliga a admitir que, en el caso de la mujer, el derecho en juego también es la vida pues detrás de un embarazo no deseado y de las sanciones penales derivadas de un aborto clandestino están su integridad física y psíquica (además de su vida, propiamente tal, en muchos casos).

Una nueva Constitución debe reconocer el derecho a la vida y a la integridad física y moral de todas las personas, sin que puedan ser sometidas a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se requiere abolir efectivamente la pena de muerte, prohibir el trabajo forzado y la trata de seres humanos. Tanto hombres como mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia física, psicológica, moral y sexual. La Constitución debiera resaltar el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género, en especial la ejercida contra las mujeres y niñas, y en particular la explotación sexual.

Por otra parte, el derecho a la vida que incorpora la integridad corporal engloba, también, el derecho a no ser mutilado ni torturado física o psicológicamente. La Convención contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes dispone en su artículo 1.º que: *“Se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a estas”*.

Como se puede apreciar, para que un acto constituya un apremio ilegítimo calificable como tortura en el contexto de la Convención, es necesario que sea obra de un funcionario público u otra

2 Thomson, J.J., Op. Cit.

persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. También constituye tortura un acto de apremio físico o psicológico que no tenga necesariamente como objetivo obtener información. Puede buscarse una confesión, castigo o cualquier otra razón de índole discriminatoria. Ahora, dentro de los apremios que son legítimos se incluyen las penas o sufrimientos que sean consecuencia de la privación legítima de libertad, siempre y cuando se respeten los demás derechos de los reclusos. Un ejemplo es la incomunicación, es decir, aquella medida que agrava la detención o la prisión y consiste en el aislamiento del detenido. También constituyen apremios legítimos el arresto, esto es, aquella orden de apremio que se ordena con el fin que el afectado cumpla alguna prestación, por ejemplo, pagar una pensión alimenticia.

El Comité contra la Tortura (órgano encargado de interpretar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Convención en comento) ha establecido que la penalización de toda forma de aborto es constitutiva de tortura, expresando su preocupación por la situación de los abortos clandestinos en Chile, en particular, *“el hecho de que se condicione la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de abortos clandestinos, a que las mismas proporcionen información sobre quienes practicaron dichos abortos. Esas confesiones se utilizarían posteriormente en causas instruidas contra ellas y terceras partes, contraviniendo así lo preceptuado por la Convención”*³.

El Comité, además, reunido en su 42.º periodo de sesiones y en el marco de las observaciones finales del Informe presentado por Nicaragua en virtud del artículo 19 de la Convención, destacó la incompatibilidad de la penalización total del aborto con el tratado, por lo que demandó flexibilidad en el tratamiento legal del aborto terapéutico y en los abortos producidos por causa de violación o incesto. En palabras del Comité: *“La prohibición del aborto en los casos de violación, incesto o cuando se amenaza la vida de la mujer, implica que las mujeres estén continuamente expuestas a las violaciones cometidas contra ellas lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos”*⁴. Aclara que la prohibición total del aborto adoptada por Nicaragua ha generado documentados casos de muertes de mujeres embarazadas asociadas a la falta de intervención médica oportuna, en clara violación de las numerosas normas éticas de la profesión médica. *“En cuanto a la participación de profesionales de salud en procedimientos de aborto, el Comité contra la Tortura señaló que el Estado debe evitar penalizar a los profesionales de la medicina en el ejercicio de sus responsabilidades profesionales”*⁵.

Una nueva Constitución debe enmarcarse en el contexto de una legislación que, con el objeto de proteger y garantizar los derechos humanos, esté en armonía con la normativa internacional. Por ello, resulta pertinente revisar aquí, someramente, las conclusiones de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶ *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, donde se interpreta el derecho a la vida reconocido en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, imponiendo a los países de América un piso mínimo en la materia que no debiera ser transgredido por una nueva Constitución en Chile.

3 Comité contra la Tortura, Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura, Chile, 32.º período de sesiones, CAT/C/CR/32/5, 14 de junio de 2004.

4 Comité contra la Tortura, Observaciones Finales del informe presentado por Nicaragua, 42.º período de sesiones, Ginebra, junio de 2009.

5 Human Rights Watch, “Por sobre sus cadáveres. Denegación de acceso a la atención obstétrica de emergencia y el aborto terapéutico en Nicaragua”, *Serie Reportes*, Vol. 19, N.º 2, (HRW), 2010.

6 En adelante, Corte IDH.

Recordemos que el artículo 4.1 de la Convención reza: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. Por su parte, el artículo 1.2 precisa: “*Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*”. Pues bien, en su análisis del significado de estos dos preceptos –y en particular en relación con las palabras *persona, ser humano, concepción y en general*–, la Corte IDH despliega varios criterios de interpretación que pueden sintetizarse en dos afirmaciones esenciales: Como afirmación más general, el ser concebido y no nacido, si bien no es persona o ser humano en el sentido de la Convención, debe ser legalmente protegido desde el momento de la concepción “*en general*”, es decir, con las excepciones que se derivan del posible conflicto entre el valor “*gradual e incremental*” de esa vida y los derechos a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada. Luego, “*el articulado de la Convención Americana sobre derechos humanos no hace procedente otorgar el estatus de persona al embrión*”⁷.

En segundo lugar, agrega que el objeto directo de protección del artículo. 4.1 de la Convención Americana es fundamentalmente la mujer embarazada pues, “*el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida del concebido como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos*”⁸. De este modo, a la luz del Pacto de San José de Costa Rica, la vida desde la concepción y antes del nacimiento es un derecho excepcionable o limitable en la medida en que entre en conflicto con otros derechos, en especial los derechos de autonomía de la mujer embarazada, que es el objeto directo de protección de la Convención.

Luego, no cabe sino concluir que “*la protección del no nacido es gradual e incremental según su desarrollo*”⁹, y por tanto, una interpretación de la normativa constitucional que incorpore la Convención Americana, para los efectos de interpretación, no puede sino reconocer la necesidad de un cambio radical en relación con el aborto y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. En este contexto, una nueva Constitución debiera garantizar que ninguna mujer sea puesta en peligro por causa de su embarazo o parto. Asimismo, debiera disponer que la ley garantice y regule la interrupción voluntaria del embarazo. Esto significa regular y restringir el aborto en situaciones distintas a las tres causales que el derecho internacional reconoce como mínimos no susceptibles de restricción, por su vinculación con el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la mujer: aborto terapéutico, aborto eugenésico y aborto en casos de violación¹⁰.

3. Derecho a la vida, derecho a la existencia y cuidado sanitario

El derecho a la vida está íntimamente asociado a una serie de otros derechos sin los cuales, evidentemente, aquel no puede subsistir. Por ello, una nueva Constitución debiera dar al derecho a la vida un sentido amplio que considerara, respecto de terceros, obligaciones tanto negativas como positivas. La jurisprudencia de los distintos órganos internacionales ha sido bastante clara. El Comité

7 Corte IDH, Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Fondo, sentencia del 28 de noviembre de 2012, considerando 223.

8 Ibid., considerando 258.

9 Ibid., considerandos 223, 257, 264, 265 y 316.

10 Ruiz Miguel, Alfonso. y Zúñiga Alejandra, “Derecho a la vida y Constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artavia Murillo v. Costa Rica”, en *Estudios constitucionales*, Vol. 12, N.º 1 Santiago, 2014.

de Derechos Humanos de la ONU, al interpretar el derecho a la vida (art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ha señalado que *“el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión “derecho a la vida inherente a la persona” no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados Parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias”*¹¹. Como se ve, el Comité sostiene que el derecho a la vida, contenido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, obliga al Estado tanto a omitir la conducta de matar, como a realizar acciones propias de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), como por ejemplo, el derecho a la protección de la salud.

El argumento principal a favor de los derechos sociales fundamentales, continúa el filósofo alemán, es el argumento de la libertad. *“La libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor. Considerar seriamente al valor de la libertad implica atender a los distintos grados de autonomía real de los individuos. No basta con reconocer en la Constitución que las personas son libres y deben ser tratadas con igual consideración y respeto, pues para ser libre y digno (aquí entenderemos, siguiendo a Kant, que el actuar digno es el actuar autónomo) se requiere asegurarles mínimamente la posibilidad de ejercitar, en los hechos, esas libertades. Un Estado que no asegura recursos mínimos para que los individuos ejerciten su tan preciada libertad, sólo les está concediendo una autonomía formal y no sustantiva, es decir, una autonomía de papel”*¹².

Ahora, ¿de qué naturaleza son estos derechos sociales? ¿Qué objeciones se invocan contra su reconocimiento? Las objeciones más importantes en contra de los derechos fundamentales sociales pueden ser agrupadas, según Robert Alexy, en dos argumentos complejos, uno formal y otro material. El primero aduce un dilema: si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, entonces, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional. Debido a los efectos financieros de los derechos fundamentales sociales, y a causa de los considerables costos vinculados a su cumplimiento, su existencia judicialmente imponible conduciría a que la política presupuestaria estaría determinada, en parte esencial, por los tribunales de justicia.

En la misma línea, el argumento material alega que estos derechos son irreconciliables, o al menos entran en colisión, con las normas constitucionales materiales, los llamados derechos de primera generación (Derechos Civiles y Políticos). Dado el alto costo de los derechos fundamentales sociales, continúa Alexy, para su cumplimiento el Estado puede distribuir sólo aquello que, bajo la forma de tasas e impuestos, saca de otros. Esto significaría que los límites de la capacidad de rendimiento del Estado resultan no sólo de los bienes distribuibles existentes, sino esencialmente de aquellos que puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines redistributivos sin lesionar sus derechos fundamentales¹³. Por ello, en la medida en que las normas constitucionales materiales confieren derechos de libertad, este sería un argumento de libertad en contra de los derechos fundamentales sociales.

Robert Alexy objeta estas afirmaciones sosteniendo que los derechos fundamentales son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, no pueden quedar libradas a la simple

11 Observación General N.º 6., Report of The Human Rights Committee. Official Records of The General Assembly, 37th Session, Supplement Nro. 40(A/39/40), 1982.

12 Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy, an Introduction*. (Gran Bretaña, Oxford University Press), 2002, pp. 494.

13 *Ibid.*, pp. 494-5.

mayoría parlamentaria. De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente sería una cuestión de ponderación entre principios. Un derecho a prestación está definitivamente garantizado *ius* fundamentalmente si: a) lo exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica; y b) el principio de la división de poderes y el de la democracia –que incluye la competencia presupuestaria del Parlamento–, y c) los principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros), son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía *ius* fundamental de la posición de prestaciones jurídicas y las decisiones del Tribunal Constitucional que las toman en cuenta. “*En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel mínimo de asistencia médica*”¹⁴.

Pues bien, nada obsta que una nueva Constitución incorpore una concepción amplia de derecho a la vida que incluya, al menos en cierto grado, obligaciones de prestación. Desde ya, parece evidente que enfrentados a situaciones en la cuales una omisión por parte del Estado a prestar servicios básicos necesarios para mantener la vida –como es el caso de los recursos sanitarios mínimos y urgentes– debiera ser considerada como una infracción del derecho a la vida por omisión, calificando moralmente entonces a la omisión de la misma forma que a la acción.

En la misma línea, una nueva Constitución debiera plantearse la posibilidad de reconocer el “*derecho a la existencia*” como parte del derecho a la vida y, en un sentido técnico, como fundamento de la obligación del Estado de entregar a todos sus ciudadanos recursos mínimos para sobrevivir por medio del llamado “*Ingreso Básico Universal*”.

4. Derecho a la vida y el derecho al consentimiento informado

Una nueva carta fundamental debiera abandonar el paternalismo moral con el que suele interpretarse el derecho a la vida (como un derecho-deber) y aceptar que puede ser compatible con una comprensión amplia de la autonomía moral. ¿El derecho a la vida incluye el derecho a disponer del propio cuerpo? Para responder a esto me parece útil recordar a John Stuart Mill que en su clásico ensayo “Sobre la Libertad” de 1859 sostuvo: “*El objeto de este ensayo es proclamar un principio muy sencillo encaminado a regir de modo absoluto la conducta de la sociedad en relación con el individuo en todo aquello que suponga imposición o control, bien se aplique la fuerza física en forma de penas legales, o la coacción moral de la opinión pública. Tal principio es el siguiente: el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección*”¹⁵.

Continúa Mill sosteniendo que “*la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar*

14 Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy, an Introduction*. (Gran Bretaña, Oxford University Press), 2002, pp. 495.

15 Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, (Madrid, Alianza Editorial), 1970, pp. 207-8.

y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle produce un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”¹⁶.

En principio, siguiendo a Mill, las personas debiéramos ser libres para disponer de nuestra vida y también de nuestro cuerpo. Sin embargo, existen razones morales de peso para oponerse a esto último. Por ejemplo, para la protección de las personas de escasos recursos y con el fin de evitar el tráfico de órganos, la legislación dispone que el aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo sólo está permitido cuando es voluntario, a título gratuito y con fines estrictamente terapéuticos¹⁷.

Pero ¿puedo disponer de mi vida? Aunque las cortes suelen considerar que el derecho a la vida supone una obligación tanto para terceros como para el propio titular, se trata de un error. Desde ya, sabemos que tanto el auxilio al suicidio como la eutanasia activa directa están prohibidos en casi todos los países del mundo, y Chile no es la excepción. Con todo, la legislación nacional sí permite la eutanasia pasiva y activa cuando ella es indirecta¹⁸ y ello nos lleva a la necesidad de analizar la institución del consentimiento informado, que supone la facultad de una persona para rechazar o suspender un tratamiento médico, aun cuando con ello peligre su vida.

Resulta fundamental, por ello, que una nueva Constitución aborde el derecho a la vida como lo que es, un derecho, y no como un deber del propio titular del derecho. Para comprender mejor eso sigamos la teoría analítica de Robert Alexy¹⁹ quien identifica tres tipos de posiciones jurídicas o derechos: 1) derechos a algo; 2) libertades; y 3) competencias. Los derechos a algo se subdividen en derechos de defensa y derechos a acciones positivas. Desde esta perspectiva, una comprensión completa del derecho a la vida debiera incorporar también el derecho de prestación de aquello indispensable para mantener la vida.

En línea con las obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida, una nueva Constitución debiera reconocer el derecho a la protección de la salud en tanto derecho universal, igualitario e integrado, y garantizar el acceso a un seguro universal de salud sin discriminación. El Estado debiera controlar el ejercicio de los servicios públicos y privados de salud, y regularlos por ley para garantizar prestaciones básicas uniformes de carácter universal con las garantías de acceso, oportunidad y calidad. Para ello, es necesario reponer la solidaridad en el financiamiento de la salud. Por cierto, las políticas públicas en salud deberán considerar un enfoque de género y promover acciones especiales para la atención de salud integral de las mujeres, niñas y adolescentes.

Siguiendo con Alexy, los derechos de defensa se subdividen en tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el segundo, por derecho a que el Estado no afecte determinadas situaciones del titular del derecho; y el tercer grupo, se compone por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ley N.º 19.451, “Establece normas sobre trasplante y donación de órganos” (modificada por la Ley N.º 20.673).

¹⁸ Zúñiga, Alejandra, “La nueva Ley de Derechos del Paciente: Cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez”, en *Anuario de Derecho Público 2013* (Santiago, Universidad Diego Portales), 2013.

¹⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), 2007.

jurídicas del titular del derecho. Por su parte, los derechos de acciones positivas se subdividen en dos: aquellos cuyo objeto es una acción fáctica, y aquellos en que el objeto es una acción normativa²⁰.

Respecto de las libertades –segundo grupo de derechos identificados por Alexy–, la libertad jurídica sólo existe si su objeto es una alternativa de acción (la posibilidad de hacer algo). Para esta *libertad negativa*, así denominada por el autor, se requiere sólo una omisión del Estado, es decir, una acción negativa. Para asegurar la libertad jurídica no es necesario ningún derecho a prestaciones, sino sólo un derecho de defensa.

La libertad jurídica puede estar “protegida” y “no protegida”. Esta última consiste simplemente en la permisión de hacer algo y en la permisión de omitirlo, y no incluye ningún aseguramiento a través de normas y derechos que la protejan. La libertad protegida, en cambio, está vinculada a un haz de derechos a algo y a normas objetivas que aseguren al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas. En este sentido, las libertades *ius* fundamentales son libertades protegidas. Finalmente, las competencias pueden ser designadas con expresiones como “autorización”, “facultad” o “capacidad jurídica”, entre otras²¹.

De este modo, el derecho a algo tiene como objeto la conducta de un tercero; nunca el derecho de un titular puede imponer deberes contra el mismo titular. Entonces, no existen los derechos-deberes pues los derechos fundamentales no pueden generar obligaciones para el titular. Por tanto, el derecho a la vida implica, primero, el deber del Estado de no matar arbitrariamente al titular (deber de respeto); y segundo, el deber de proteger el derecho (deber de garantía). El derecho a la vida no genera para el titular la obligación de no matarse o disponer de su vida²².

En este punto, vale la pena recordar cómo resuelve Laporta²³ la tensión entre el carácter irrenunciable o indisponible de los derechos humanos, sin caer en la caracterización de irrenunciables hasta para sus propios titulares. La forma de salir de este atolladero sería la siguiente: distinguir entre la titularidad de los derechos y su ejercicio. En general, entonces, la titularidad de los derechos humanos sería inalienable, pero su ejercicio podría ser voluntariamente limitado por el propio titular. Ejemplo: que la persona pueda disponer de su propia vida.

Con esta comprensión del derecho a la vida, una nueva Constitución debiera reconocer el derecho al consentimiento informado en un sentido amplio, esto es, como un derecho derivado del derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en todo lo que dice relación con nuestro cuerpo y salud, vida y también muerte con dignidad. De este modo, el paciente adulto, mentalmente competente, debiera ver reconocido en la Constitución su derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia, así como a suspender un tratamiento médico o el soporte vital, sin más límites que los que impone el respeto a los derechos de los demás.

En este contexto, la nueva ley N.º 20.584 que “Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud”²⁴ incorpora instituciones que,

20 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), 2007. p. 189-192.

21 Ibid., pp. 220-226.

22 Figueroa, Rodolfo, *Privacidad* (Santiago, Ediciones UDP), 2014.

23 Laporta, Francisco. “El concepto y fundamento de los derechos humanos”, *Doxa*, 1987, p. 44.

24 Publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 2012.

bien comprendidas, afectan el corazón de la concepción clásica del derecho a la vida²⁵. Para la legislación internacional el derecho al consentimiento informado funciona, al menos, como: a) Requisito previo a toda intervención médica; b) Parte del derecho a negarse o a detener una intervención médica. Las implicaciones de negarse a recibir o detener tal intervención deben ser cuidadosamente explicadas al paciente. Cuando este sea incapaz de expresar su voluntad y se necesite urgentemente llevar a cabo una intervención, se puede presumir su consentimiento, a menos que resulte obvio, por una declaración de voluntades anticipadas, que en dicha situación el consentimiento sería denegado²⁶.

La ley de derechos y deberes del paciente reconoce en su artículo 14 el derecho al consentimiento informado con el siguiente tenor: *“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar²⁷ su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16. Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10. En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”*.

A su turno, el artículo 15 señala: *“No se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones: a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona; b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda; c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”*.

Como se puede apreciar, la persona que pueda manifestar su voluntad podrá ejercer su derecho al consentimiento informado que le permite negarse a iniciar un tratamiento médico o suspender uno ya iniciado, aun cuando de ello pueda derivar su muerte²⁸. Dicho de otra manera, salvo que la persona esté incapacitada para expresar voluntad, tanto médicos como tribunales deberían respetar siempre su decisión, aun cuando ello signifique su muerte. Una nueva comprensión del derecho a la vida debe admitir que ya no será posible obligar a las personas a someterse a tratamientos médicos “para salvarles la vida”. Si admitimos con Alexy que no existen derechos-deberes y que el derecho a la vida sólo se dirige hacia terceros, entonces la protección del derecho a la vida no puede pretender forzar a determinadas personas a someterse a procedimientos médicos, como ha sido la tónica en nuestro país en los casos de Testigos de Jehová y de las personas que realizan huelgas de hambre.

25 Zúñiga, Alejandra, Op. Cit.

26 Organización Mundial de la Salud (Oficina Regional para Europa), Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa. Consulta europea sobre los Derechos de los Pacientes, Amsterdam, 28-30 de marzo de 1994.

27 El subrayado es nuestro.

28 Sobre las distinciones doctrinarias entre eutanasia activa, pasiva, directa o indirecta, véase Zúñiga, Alejandra, “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”, *Revista de derecho*, Vol. XXI, N.º 2, Valdivia, 2008.

Finalmente, aunque la reforma del año 2001 reemplazó la pena de muerte por la de presidio perpetuo para todos los delitos civiles que la contemplaban como posible, y la mantuvo para ciertos delitos militares. Con todo, por aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Chile se encuentra impedido de reestablecer la pena de muerte pues el tratado dispone en el artículo 4.3 que: “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”²⁹. Sin embargo, algunos han sostenido que la pena de muerte no está estrictamente abolida en Chile, por lo que esta disposición no sería aplicable. La respuesta a esto es bastante sencilla y viene de la mano del principio de no regresividad de los derechos, criterio de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Conclusión

El derecho a la vida es y será uno de los derechos que mayores cambios interpretativos tiene en todas las Constituciones occidentales del mundo pues los temas que le son asociados, relacionados con el aborto, la eutanasia, la tortura y, como no, el derecho a la protección de la salud, suelen tener una evolución constante que el intérprete constitucional debe tener en cuenta si no quiere que la carta fundamental pase a ser un documento carente de relevancia social.

En ese contexto, los recientes cambios que tanto la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, como la legislación nacional han incorporado en Chile, hacen imprescindible considerar ampliar la estrecha y fuertemente paternalista concepción que jueces y profesores poseen de este importante derecho. La aprobación de una ley que despenalice el aborto será otro desafío que el derecho constitucional deberá ser capaz de enfrentar considerando la importancia de una interpretación como la que se ha sugerido en este artículo.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La píldora del día después ante la jurisprudencia”. *Revista Estudios Públicos*, N.º 95, Santiago, 2004.
- Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. *Observaciones finales al informe de Nicaragua*. Ginebra, junio de 2009.
- Figueroa, Rodolfo. *Privacidad*. Ediciones UDP, Santiago, 2014.
- Human Rights Watch. “Por sobre sus cadáveres. Denegación de acceso a la atención obstétrica de emergencia y el aborto terapéutico en Nicaragua”. *Serie Reporte*, Vol. 19, N.º 2, Washington, 2010.
- Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy, an Introduction*. Oxford University Press, 2002.
- Laporta, Francisco. “El concepto y fundamento de los derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987.
- Organización Mundial de la Salud. *Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa. Consulta europea sobre los Derechos de los Pacientes*, Ámsterdam, 1994.

29 El inciso tercero del artículo 19 N.º 1 de la Constitución dispone que “La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”.

Ruiz Miguel, A. y Zúñiga Fajuri, Alejandra. “Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo v. Costa Rica*”. En *Estudios constitucionales*, Vol. 12, N.º 1, Santiago, 2014.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. “De los derechos humanos al derecho al aborto”, *Doxa*, 36. 2013.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. “Eutanasia y derechos del paciente ¿Hacia donde dirigirnos?”. En Clérico, L.; Ronconi, L.; Aldao, M.; *Tratado de Derecho a la Salud*. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2013.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”. *Revista de derecho*, Vol. XXI, N.º 2, Valdivia, 2008.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. “La nueva Ley de Derechos del Paciente: Cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez”. *Anuario de Derecho Público 2013*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2012.