

EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD DE LA HUELGA DE HAMBRE DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y DE SU ALIMENTACIÓN FORZADA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA*

PROPORTIONALITY EXAM OF INCARCERATED PEOPLE'S
HUNGER STRIKE AND THEIR FORCED FEEDING IN JUDICIAL DECISIONS

JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL**
Universidad Católica de Temuco
jfaundes@uct.cl.

L. IVÁN DÍAZ GARCÍA***
Universidad Católica de Temuco
ivandiaz@uct.cl.

RESUMEN: El presente trabajo evalúa la constitucionalidad de la huelga de hambre de personas que se encuentran privadas de libertad y de la alimentación forzada de las mismas, en diálogo con la jurisprudencia nacional que desde hace tres décadas se ha pronunciado sobre estos temas. La herramienta utilizada al efecto es el habitualmente denominado principio de proporcionalidad, examinando ambas medidas desde los criterios de adecuación, necesidad y ponderación que lo constituyen. Para estos efectos se desarrolla un marco conceptual que permite comprender la legitimidad de la huelga de hambre, como mecanismo mediante el cual se reclama el efectivo disfrute de determinados derechos fundamentales.

ABSTRACT: This work assess the constitutionality of hunger strikes taken by people who are incarcerated, and their forced feeding, in dialogue with national judicial decisions that have been taken from three decades up to now. We used the usually called proportionality principle, looking at both, hunger strike and forced feeding, starting from the criteria of suitability, necessity and weighting, that constitute the principle. For this purpose a conceptual framework is developed that allows understanding the legitimacy of hunger strike, as a way to demand the effective enjoyment of given fundamental rights.

* Trabajo recibido el 11 de marzo de 2014 y aceptado el 6 de agosto de 2014.

** Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica de Temuco, integra su Grupo de Investigaciones Jurídicas. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Doctor © en Procesos Sociales y Políticos en América Latina de la Universidad Arcis.

*** Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica de Temuco, integra su Grupo de Investigaciones Jurídicas. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España.

PALABRAS CLAVE: Huelga de hambre, Alimentación forzada, Personas privadas de libertad, Principio de proporcionalidad.

KEYWORDS: Hunger Strike, Forced diet, People deprive of freedom, Principle of proportionality.

INTRODUCCIÓN

Cíclicamente los medios de comunicación informan sobre personas que inician huelgas de hambre como forma de relevar sus demandas o reclamos, ante las más diversas pretensiones de justicia y de derechos, de orden social o político, ante denegaciones administrativas o fallos adversos. Un grupo relevante de estas huelgas de hambre son llevadas adelante por personas privadas de libertad, lo que en forma recurrente se ha resuelto mediante decisiones jurisdiccionales en sede de protección (y en algún caso por vía de amparo constitucional) a partir de la impugnación de estas acciones de ayuno o de las medidas adoptadas por Gendarmería para impedir la huelga, bajo diversos argumentos. El más frecuente de estos argumentos consiste en que la huelga de hambre sería una forma de afectación de la integridad física y psíquica del huelguista o que pondría en riesgo su vida. Esto obligaría a los organismos del estado, Gendarmería de Chile habitualmente, a adoptar medidas tendientes a poner término al ayuno alimentando a los internos en huelga de hambre, incluso forzosamente.

En ese contexto, el presente trabajo pretende evaluar la constitucionalidad de dos medidas lesivas o potencialmente lesivas de derechos fundamentales íntimamente vinculados entre sí: la huelga de hambre de personas que se encuentran privadas de libertad y la alimentación forzosa de estas mismas personas como medio para poner término a dicha huelga.

Para cumplir dicho objetivo la investigación se estructura en torno a tres apartados. En el primero de ellos se conceptualiza la huelga de hambre y se señalan sus requisitos, elementos que la configuran como una acción de protesta legítima que encuentra cabida dentro del ordenamiento jurídico constitucional en el marco del derecho a la vida y a la libertad, a la luz del tratamiento general que ha recibido en la doctrina y la jurisprudencia, abordando también los principales problemas debatidos en torno a esta medida.

En el segundo apartado se presenta el habitualmente denominado principio de proporcionalidad, que es el mecanismo que se utilizará para evaluar la constitucionalidad de las mencionadas medidas. Esta presentación incluirá la pertinente explicación de cada una de las tres etapas que constituyen el procedimiento a través del cual se efectúa dicho examen.

El tercer apartado se construye a partir de las explicaciones vertidas en los dos anteriores, aplicando el examen de proporcionalidad a la huelga de hambre de

las personas privadas de libertad y a la alimentación forzada ordenada contra los huelguistas. Este examen de proporcionalidad y ponderación, nos debe permitir, por una parte, confirmar si efectivamente existen colisiones en torno a los derechos fundamentales ejercidos en la huelga de hambre y las medidas de cautela que persiguen la protección de la vida y la integridad física. Y, por otra, establecer un marco de resolución razonada para este eventual conflicto que concilie la legitimidad de la huelga de hambre, con los deberes de resguardo de los órganos estatales encargados de la custodia de las personas privadas de libertad.

Este análisis se efectúa en diálogo con la jurisprudencia más relevante pronunciada en Chile sobre casos relativos a huelga de hambre y a alimentación forzada. Al respecto, desde ya, podemos plantear que el examen de proporcionalidad y ponderación ha sido escasamente aplicado por nuestros tribunales de justicia en esta materia, pese a existir a la fecha una amplia jurisprudencia en relación con la huelga de hambre.

Finalmente, a partir del examen de proporcionalidad y ponderación que realizamos, ofreceremos elementos de juicio para sostener razonadamente que la huelga de hambre es una acción fundada, precisamente, en los derechos constitucionales a la vida, en el sentido de la vida digna de ser vivida y de la libertad, ante los cuales debe ceder la obligación de cuidado de Gendarmería como órgano estatal. Por ello, que la interrupción de una huelga de hambre contra la voluntad de una persona privada de libertad, mediante la alimentación forzada, por sobre los fines invocados *a priori*, carece de licitud y no es procedente su protección constitucional.

En este sentido, las conclusiones con las que finalizará el presente trabajo, lejos de buscar resolver definitivamente un problema que tiene fuentes previas al derecho –filosóficas e incluso teológicas–, sí buscan, por una parte, abrir el diálogo sobre estas cuestiones generando una reflexión más amplia para un problema complejo, y por otra, ofrecer criterios concretos de razonamiento y decisión a los tribunales que deban resolverlas cuando se enfrentan a una huelga de hambre que cumple los requisitos que la tornan legítima.

I. LA HUELGA DE HAMBRE, UN CONCEPTO FUNDADO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Concepto de huelga de hambre

Para una adecuada definición de la huelga de hambre es necesario revisar los elementos que la configuran, como causas, fines y medios, los cuales –según se verá–, en diversos aspectos superan el campo del derecho, pero que sin duda tienen un impacto jurídico central. En este sentido, como veremos, el estudio

de la huelga de hambre no podrá prescindir de las demandas o exigencias de los huelguistas (sus causas), que frecuentemente interpelan al derecho, y del ayuno, medio empleado que por su naturaleza genera frecuentes resistencias éticas.

En primer lugar, la huelga de hambre es un medio de reclamo, tanto de orden personal, como un repertorio de protesta social¹ que se ejerce y ha ejercido en los más diversos contextos. Se ha empleado como medio para obtener mejoras carcelarias, como mecanismo en apoyo de demandas sociales o económicas, como medio de negociación política o búsqueda de paz social². Incluso se conocen casos de huelgas de hambre realizadas por obispos³ y presidentes⁴. Por ello, su concepto va unido a sus causas, contexto y motivaciones de quienes ayunan. Sin embargo, no todas las razones permiten construir un marco de legitimidad y, precisamente

¹ Para REVILLA (2010), pp. 57-61, el concepto de “repertorio” (“repertorios de la acción”), corresponde a lo que los participantes en las movilizaciones hacen cuando están inmersos en un conflicto contra otros. Sus acciones concretas, sus formas de protesta, como los cortes de camino, marchas, huelgas, etc.; pero también a lo que “saben hacer” y a lo que “los otros esperan que hagan”. Por ello se le entiende como un concepto “a la vez estructural y cultural”.

² M. Gandhi hizo dos famosas huelgas de hambre, primero para protestar y exigir la independencia de la India hasta entonces colonia británica y, la segunda, buscando construir la paz política, social y religiosa (del naciente estado dividido entre hindúes y musulmanes).

³ El obispo brasileño Luiz Flávio Cappio, obispo de Barra, localidad situada en el Estado de Bahía, al nordeste de Brasil, estuvo en huelga de hambre 11 días (26 de septiembre al 7 de octubre de 2005). Durante la huelga se refugió en una pequeña capilla de Caprobó, levantada por un campesino a 200 metros del río São Francisco y bebiendo solo agua este. Realizó esta huelga para protestar contra el proyecto de trasvase del río São Francisco, el segundo proyecto más importante de Brasil, que buscaba desviar 2.200 hectómetros cúbicos al año del río San Francisco para zonas de regadío a través de una red de canales de más de 700 kilómetros (U€ 1.646 millones). Según Cappio, el agua no será llevada hacia quienes más la necesitan, ya que el 70% servirá para irrigación de terratenientes, producción de camarón y para la industria, aumentando los costos del agua de consumo para los más pobres.

La movilización del Obispo Cappio recibió el apoyo de diversas organizaciones, entre muchas otras, la Comisión Pastoral de la Tierra (CPT), la Conferencia Nacional de Obispos de Brasil (CNBB) y Cáritas Brasileña, el Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST), el Foro Permanente de Defensa del São Francisco, la Asamblea de los Pueblos del Semiárido y el Concejo Indigenista Misionero. Cuatro integrantes de estas organizaciones adhirieron a la huelga de hambre junto al obispo.

El obispo había prometido continuar con su protesta hasta el fin de su vida, si el presidente Lula Da Silva no se comprometía por escrito a dar marcha atrás con el proyecto. Finalmente levantó la huelga a solicitud del presidente Lula y tras discutir el proyecto con el ministro de Relaciones Institucionales, Jacques Wagner, acordando nuevos estudios y debates sobre los trabajos de desvío de las aguas del Río San Francisco.

⁴ En abril de 2009 el presidente de Bolivia, Evo Morales, se declaró en huelga de hambre para exigir al Congreso Nacional la aprobación de una ley electoral contemplada en la nueva Constitución de su país y que significaba importantes cambios a la institucionalidad política, lo que finalmente ocurrió y significó el cese de dicha medida de ayuno presidencial.

por ello, la finalidad perseguida será determinante al momento de analizar esta medida en el marco del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, la huelga de hambre se caracteriza por su potencial irruptor, al mismo tiempo sencillo, de sentido sacrificial, que más allá de los derechos que puedan aparecer en disputa, releva la dignidad humana. Así, desde ya, para enmarcar este trabajo, podemos afirmar que “la huelga de hambre es una forma de protesta social pacífica y extrema al mismo tiempo, en la que se tensionan valores centrales del individuo, como la vida y la libertad, porque vida y libertad se contienen en la esencia de la dignidad humana”⁵.

Al mismo tiempo, la huelga de hambre no solo es un mecanismo disponible de demanda o reclamo, como cualquier otro repertorio de protesta, sino que es constitutiva en sí del ejercicio de derechos fundamentales. En efecto, este mecanismo se basa, precisamente, en el derecho constitucional a la vida, en el sentido del derecho a una vida digna y el derecho constitucional a la libertad (artículo 1º, incisos 1º y 4º de la Constitución, en relación con el artículo 19, N°s. 1, 3, 6 y 7, de la Constitución, principalmente). Así se evidenciará al realizar el examen de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia que se ofrece más abajo.

De este modo, y en un primer acercamiento, podemos decir que por medio de la huelga de hambre una persona o varias decide/n denunciar públicamente una injusticia social por medio de una protesta cuya característica es la de no ingerir alimentos, hasta las últimas consecuencias si fuera necesario, llamando la atención pública para ejercer y crear presión social sobre la autoridad (la que se aprecia o imputa como la fuente de las acciones injustas) y así obtener la acción demandada de parte de ella que permite en definitiva el cese de la injusticia que se reclama⁶.

2. Elementos constitutivos de la huelga de hambre

De acuerdo con lo que se viene exponiendo, la huelga de hambre comprende los siguientes elementos⁷:

a) *Una decisión voluntaria*. El huelguista de hambre actúa conscientemente, ejerce su voluntad de privarse de alimentación hasta la muerte, como resultado probable, pero no como objetivo propuesto e ineludible. El huelguista de hambre

⁵ PRECHT y FAUNDES (2013), p. 335. Se omiten cursivas del texto citado.

⁶ MIFSUD (1985), p. 451.

⁷ Seguimos el concepto y elementos constitutivos de la huelga de hambre –constitucionalmente legítima– que desarrollan PRECHT y FAUNDES (2013), pp. 337-339.

no busca su muerte, sino que la admite como posibilidad y último recurso, sujeto siempre a su permanente reversión ante la eventual aceptación de su demanda.

b) *La finalidad*. El huelguista de hambre persigue el objetivo de conseguir una prestación o que se reconozca en forma concreta un derecho juzgado, conculcado o no admitido. Esta finalidad recaída en demandas específicas, será el elemento sustantivo que acaecido permitirá el cese de la huelga y, al mismo tiempo, constituye la causa justa que legitima la huelga de hambre.

c) *Una Causa Justa*. No se trata necesariamente de un fundamento de derecho, sino de carácter ético, previo al derecho o que impugna el derecho establecido, que puede fundarse en derechos conculcados o en derechos no reconocidos. En este sentido, la causa justa refiere al consenso de quienes ponen en duda la legitimidad de un régimen determinado, de un sistema político, social, jurídico, religioso o que impugnan ciertas medidas de dicho régimen u ordenamiento, ya que las demandas que motivan la huelga de hambre pueden y muchas veces se sostienen en pseudo consensos impuestos por grupos de poder instituidos que pueden presentarse en la forma del Estado de Derecho formal, sin que sea sinónimo necesario de legitimidad en una perspectiva democrática material⁸. Por ello, para estos efectos, la huelga de hambre será legítima cuando el bien que se reivindica, además de justo en sí mismo (valor), sea compartido por un sector importante de la sociedad (represente un bien social), esto es, que considere un consenso general en demandar ese bien o bienes. En este sentido, la acción de los huelguistas contiene una demanda de reconocimiento que instala una dinámica de conflicto contra el poder establecido hegemónicamente que consolida su visión del deber político, social, cultural e incluso institucional⁹.

Entonces, en relación con la causa justa, la conclusión necesaria es que el estado de derecho no es siempre garantía de la plenitud del ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, que una causa justa de la huelga de hambre puede referir a cambios en el ordenamiento jurídico relativo a instituciones, leyes, fallos

⁸ TAPIA LUIS (2011), pp. 167-185, refiere al “estado de derecho como tiranía”. Con ello caracteriza como regímenes en que existiendo el Estado de Derecho formalmente, se institucionaliza la desigualdad, la legislación explícitamente favorece a ciertos grupos, se subordina el “poder judicial a los intereses dominantes”, manteniendo “la formalidad de la división de poderes, la vigencia del gobierno según la constitución”. Esto rige formalmente un régimen constitucional que produce nuevas leyes y “mantiene la vigencia diferenciada de derechos civiles y políticos según conveniencia, pero concentra el poder... en un núcleo reducido del poder ejecutivo”.

⁹ FORNET-BETANCOURT (2011), pp. 16, 31.

u otras situaciones que se consideran injustas y que pueden llegar a cambiar en la medida que se consolide un consenso social relativo a dicha situación de injusticia.

La existencia de una causa justa también plantea el problema de la huelga de hambre sostenida por imputados de terrorismo. Por ejemplo, para Fernández aquella medida es ilegítima cuando la llevan adelante terroristas¹⁰. Sin embargo, incluso en estos casos es necesario un examen de proporcionalidad identificando cuáles son los derechos conculcados o reclamados. Entre otros aspectos, será determinante que la calificación procesal de terrorista, tanto del huelguista de hambre, como del delito del que se le imputa, cumpla con los requisitos del debido proceso y no se base en afirmaciones *a priori*, arbitrarias o políticas, aunque haya proceso judicial que las justifique. Esto se debe a que existen casos de huelgas de hambre motivadas en reclamos de imputaciones infundadas de terrorismo. Por ejemplo, en 1991 presos acusados de terrorismo sostuvieron una publicitada huelga de hambre denunciando que sus causas llevaban años detenidas en la justicia militar de tal forma que la prisión preventiva decretada en estos juicios pasaba a constituir una condena arbitraria sin sentencia¹¹. Finalmente ésta y otras movilizaciones dieron paso a las reformas al sistema penal conocidas como las “Leyes Cumplido”¹². Como se puede advertir, en este caso la denuncia no se relaciona con la causa reivindicada por los presos, ni por las acciones ilícitas que se les imputaban, sino por el derecho al debido proceso vulnerado en su caso. En otro juicio, en 2003, Aniceto Norín y Pascual Pichún, autoridades tradicionales mapuche, sostuvieron una huelga de hambre que duró 52 días. Ellos denunciaban que habían sido condenados abusivamente con aplicación de la Ley N° 18.314 que sanciona conductas terroristas, vulnerando una serie de derechos correspondientes al debido proceso. La sentencia condenatoria se dictó en un segundo juicio, tras su total absolución en el primero, anulado por la Corte Suprema. En definitiva fueron condenados a cinco años y un día de prisión efectiva por “amenazas terroristas”, pese a la absolución de los delitos más graves que se les imputaban, como el de “incendio terrorista”¹³. Esta huelga de hambre solo se levantó con la intervención del entonces Obispo de Temuco, Manuel Camilo Vial. Este caso ha sido observado al Estado de Chile

¹⁰ FERNÁNDEZ (1996), p. 752.

¹¹ ZAPATA (2005), p. 159.

¹² Ley N° 19.055, 1991. Fue firmada por Patricio Aylwin Azócar, Presidente de la República, y Francisco Cumplido Cereceda, Ministro de Justicia. Recibe su nombre por este último, quien promovió un conjunto de reformas tendientes a mejorar los estándares de la legislación penal tras el retorno a la democracia en Chile.

¹³ Tribunal de Juicio Oral de Angol, R.I.T. N° 2-2003. Corte Suprema, Rol N° 1743-03, 3 de julio de 2003.

por diversos organismos internacionales de derechos humanos y actualmente se encuentra en juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴.

En consecuencia, en relación con los elementos constitutivos de la huelga de hambre ya planteados (derecho conculcado o no admitido y una causa justa), es posible que haya un derecho “conculcado” (ya juzgado) o “no admitido” cuya demanda pueda legitimar la huelga de hambre (causa justa). En particular, la legitimidad de la huelga de hambre no se supeditará siempre a la demostración de una conculcación o vulneración flagrante, porque podremos diferenciar la idea de un derecho “conculcado”, como vulneración explícita, de la demanda por un derecho ya juzgado o “no admitido”, en que se sostienen demandas que cuestionan en algún aspecto, o en el todo, el estado de derecho estatuido que por alguna deficiencia o ilegitimidad de origen no ampara o amparó el derecho reclamado por el huelguista. Como ha señalado la Corte de Apelaciones de Temuco:

“... parece posible sostener que su actuar [de los huelguistas hambre] no es caprichoso, contrario a la razón o al buen juicio, injusto o desproporcionado. Admitiendo la buena fe como principio de acción, cada uno de ellos entiende que el sistema de persecución penal o el sistema judicial se han comportado de manera ilícita o indebida con sus respectivos casos. Por tanto, desde una perspectiva subjetiva, su actuar no puede ser calificado de arbitrario, aun cuando impiden a Gendarmería cumplir con sus deberes legales”¹⁵.

d) *El procedimiento*. La huelga de hambre constituye un mecanismo de presión, de reclamo o de protesta, que se ejerce sobre o respecto de una persona o una institución a quien se imputa como causante de la injusticia reclamada y se exige la prestación o reconocimiento. Es decir, no basta solo el ayuno, ni que éste responda a razones de justicia más o menos compartidas socialmente, sino que la huelga de hambre se lleva adelante en relación con un sujeto o institución en quien recae en definitiva la potestad o la posibilidad de dictar las medidas reivindicadas o, a lo menos, de proponer emprender los cambios institucionales necesarios para reparar la situación de injusticia denunciada. Esas medidas, cambios o iniciativas serán la condición para el término del ayuno y de la progresión hacia el resultado posible de la muerte.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile”, 7 de agosto de 2011. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *caso N° 12.576, Segundo Aniceto Norín Catrimán*, Juan Patricio Marileo Saravía, Víctor Ancalaf Llaupé y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche, 5 de noviembre de 2010).

¹⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, 27 marzo 2013.

e) *Táctica, visibilización y seriedad.* La huelga de hambre comprende la táctica de dar amplia publicidad a la acción del huelguista¹⁶, en un marco de seriedad y visibilización razonable. Por ello debe ser asumida con especial seriedad. Este será un aspecto muy relevante en el juicio de ponderación, porque el motivo o causa que lleva a tomar la decisión de hacer una huelga de hambre y la necesidad de llamar la atención o de darle publicidad deben ser razonables en relación con otras motivaciones meramente utilitarias que restan legitimidad al hecho de dejar de comer y ofrecer la vida si fuere necesario. Así, se requiere distinguir entre la publicidad oportunista, en que el ayuno (frecuentemente breve y por tanto no sería) se instrumentaliza para un determinado fin poco trascendente, de aquella publicidad indispensable que los huelguistas o sus colaboradores dan a una huelga de hambre para que pueda ser conocida por la autoridad y para que se genere presión social. En este segundo caso la difusión de la medida en análisis sí se ajusta razonablemente al fin que se persigue con ella, porque si no se visibiliza públicamente no podrá cumplir el fin de persuadir a la autoridad para obtener la prestación o medida reclamada.

3. *La muerte como consecuencia no deseada*

Son conocidos diversos casos en que la huelga de hambre ha terminado, efectivamente, con la muerte del huelguista. Por ello ciertas huelgas de hambre pueden considerarse casos de entrega de la vida¹⁷ y de occisión indirecta¹⁸, no obstante no han sido objeto de reproche¹⁹. En una visión más radical hay quienes sostienen que la autonomía de la voluntad alcanzará incluso hasta la liberación del deber de

¹⁶ VIDAL (1984), pp. 256-257.

¹⁷ La entrega de la vida u oblación de la propia vida, corresponde a aquel sacrificio en que, por una causa superior, como la gloria de Dios, la salvación de las almas o el servicio por una causa lícita y superior, se pone en peligro o se ofrece la propia vida (Declaración sobre la Eutanasia de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, 1981).

¹⁸ La occisión indirecta refiere a acciones no cuestionadas social ni moralmente, lícitas y voluntarias, en que se pone en riesgo la vida. FERNÁNDEZ CONCHA (1988), p. 29. Ejemplos de occisión indirecta son las muertes ocurridas como consecuencia de investigación científica o deportes de alto riesgo, de rescatistas (alta montaña, navales o bomberos), el caso de los guarda espaldas y muchos otros. En todos ellos, no se busca la muerte, pero se acepta el riesgo de que ocurra porque existe un motivo justo y proporcional al referido riesgo, que corresponde al bien para sí mismo o para terceros.

¹⁹ Tales son, entre otros, los casos de Terence Mac Swiney, alcalde católico de la ciudad irlandesa de Cork, muerto después de 73 días sin ingerir alimentos en 1920, quien en la actualidad es considerado héroe nacional; y el del disidente cubano Orlando Zapata quien falleció tras 85 días en huelga de hambre.

conservar la vida. Para ellos el derecho a la vida comprende también la potestad de la persona de decidir el instante en que en forma voluntaria y consciente se pretenda poner fin a la propia vida²⁰.

Tal vez debido a que en algunos casos se ha producido el resultado de la muerte como consecuencia de una huelga de hambre, se ha planteado que la huelga de hambre sería una conducta suicida y por tanto reprochada²¹. De hecho desde 1984 a la fecha diversos recurrentes y fallos han argumentado que la huelga de hambre pone en riesgo el derecho a la vida de los huelguistas o bien derechamente que atenta contra ella (equiparándola al suicidio²²) y que afecta su integridad física y psíquica. Entre otras argumentaciones la Corte Suprema ha sostenido que:

“... el atentado contra la vida y la integridad física que están realizando los ayunantes es un hecho ilegal e ilegítimo que si bien no está penado por la ley, infringe todo nuestro sistema social y jurídico que impide y sanciona todo atentado contra la vida, ya sea bajo la forma del homicidio o de la colaboración al suicidio... Que en todo caso, los huelguistas... han procedido con arbitrariedad, esto es, contrariando a la razón y a la justicia, pues es de derecho natural que el derecho a la vida, es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra, pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos”²³.

Frente a este erróneo entendimiento, Gastón Gómez explica que la diferente naturaleza que existe entre la huelga de hambre y el suicidio radica en que el suicida

²⁰ GÓMEZ (2005), p. 268.

²¹ En este sentido, para FERNÁNDEZ CONCHA (1988), pp. 28-29: “El derecho a la vida es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra..., el derecho a la vida no es directo, sino indirecto; es decir, no consiste en dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual podemos destruirla si queremos, sino en la facultad de exigir de los otros inviolabilidad de ella”. El derecho a la vida “no consiste ni se funda en dominio directo sobre la vida, por cuanto tal dominio no lo tiene ni puede tenerlo ningún hombre respecto de la propia... Más ante las verdades primordiales de la Moral y del Derecho, el suicidio no puede menos de ser condenado como insigne crimen”.

²² Es la opinión de SOTO KLOSS (1985), p. 155. Para el autor, “en verdad, este atentado contra la vida del ser humano no es sino un tipo de suicidio, que se produce no en un instante..., sino lentamente a través de varios días y semanas, como producto de la falta de alimentos tomados por una persona, a los que renuncia voluntariamente. Así, como ocurre con el suicidio, en la llamada huelga de hambre se da de modo directo una violación del deber fundamental de respetar la propia vida, y un atentado grave a la conservación de esa vida, que es un derecho que emana de la propia naturaleza humana y que se impone a todos los demás, incluso, ya en su perspectiva del deber, a la persona misma de que se trata; es, en definitiva, un procurarse la muerte a sí mismo, por propia decisión”. En el mismo sentido véase UGARTE GODOY (2006), p. 518.

²³ Corte Suprema, Rol N° 167-84, 9 de agosto de 1984.

es quien decide voluntariamente privarse de la vida, para lo cual define un plan, “un curso de acción eficaz al fin que persigue, el que es deseado y querido”. Mientras, el huelguista de hambre desarrolla “un curso de acción también voluntario, pero donde el resultado no es querido ni deseado por el sujeto, pero sí aceptado”. Quien hace el ayuno acepta que su acción voluntaria conduce a la muerte, no obstante, “no desea, ni quiere, ni pretende que ese sea el resultado de su acción”. La voluntad del huelguista, en verdad se dirige a que la autoridad o el destinatario de la demanda del huelguista de hambre modifique la decisión que cuestiona y acceda a la reclamación. Lo querido y deseado es el cumplimiento de la demanda reclamada mediante el ayuno y no la muerte. No obstante, un aspecto es central, el huelguista “está dispuesto a aceptar como resultado inevitable y voluntario de su acción la muerte, si la decisión no es alterada”. Mientras el suicida tratará de lograr su muerte y evitar que terceros intervengan en la obtención del resultado querido de su acción, su propia muerte; el huelguista de hambre, en cambio, “pone su vida en manos de un tercero para que éste lo salve o no” cumpliendo la demanda reclamada mediante el ayuno²⁴.

Así, claramente, podemos afirmar que una huelga de hambre no configura una conducta suicida, porque quienes utilizan esta vía extrema de reclamo no buscan la muerte. Por el contrario, aprecian su vida, pero racionalmente asumen el riesgo de perder su vida en la búsqueda de aquel bien que constituye aquella causa justa por la que luchan. Concretamente, con la huelga de hambre no se busca la muerte necesaria ni automáticamente, solo se contempla el propósito lícito y decidido de ofrecer la propia vida.

Por su parte, quienes sean impelidos a otorgar la prestación o reconocimiento reclamados, tienen el tiempo y la oportunidad de evaluar la justicia de lo demandado, para tomar una decisión que permita al huelguista deponer el ayuno²⁵. Éste no toma la decisión ni de morir, ni menos de morir inmediatamente, sino que ofrece la posibilidad de morir como medio para avanzar en la solución de un grave problema o conflicto que afecta su dignidad (causa justa). Entonces la muerte es una posibilidad aceptada, pero no deseada ni esperada²⁶. Por lo tanto, no puede sostenerse *a priori* que la huelga de hambre afecta el derecho a la vida, lo que nos exige desarrollar un análisis más complejo que ofrecemos mediante un examen bajo el principio de proporcionalidad.

²⁴ GÓMEZ (2005), p. 268.

²⁵ VIDAL (1984).

²⁶ GÓMEZ (2005), p. 268.

II. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, también denominado examen de proporcionalidad, es un mecanismo a través del cual se evalúa la constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Esas medidas pueden consistir en actos que emanan de la función legislativa (proyectos de ley o leyes), de la Administración del Estado (normas infralegales o actos materiales de significación jurídica) e incluso de particulares (sean actos jurídicos o materiales). Se trata, por tanto, de una herramienta que se coloca a disposición de quien debe evaluar la constitucionalidad de una determinada medida que en algún sentido afecta el disfrute de los derechos fundamentales, por lo demás de amplia aceptación por los Tribunales Constitucionales de Alemania²⁷, España²⁸, Colombia²⁹ y Chile³⁰.

El examen de proporcionalidad se aplica sometiendo la medida restrictiva de derechos fundamentales a tres evaluaciones sucesivas: de idoneidad, de necesidad y de ponderación. En ese entendido, un paso preliminar será el de identificar los derechos fundamentales objeto de la medida restrictiva de derechos fundamentales, sobre cuya base se realizará el examen. Si la medida es admisible desde el punto de vista de estas tres evaluaciones, entonces es perfectamente constitucional. Por el contrario, si resulta reprobada en cualquiera de esos tres niveles debe ser declarada inconstitucional. En lo que sigue se explican brevemente cada una de estas tres evaluaciones, es decir, las de idoneidad, necesidad y ponderación.

1. *Evaluación de idoneidad*

Según se ha dicho, el punto de partida para la evaluación de constitucionalidad de una determinada medida restrictiva de derechos fundamentales es que aquella

²⁷ Ver, CLÉRICO (2009), especialmente pp. 25 y 26.

²⁸ Singularmente expresivo a este respecto es SARMIENTO cuando señala: “Desde hace aproximadamente quince años, el Derecho público español vive cada vez más pendiente de la evolución del principio de proporcionalidad. A pesar de la antigüedad de esta máxima y sus implicaciones filosóficas, que evidentemente van más allá de lo estrictamente jurídico, nuestro ordenamiento ha presenciado una preeminencia de la proporcionalidad hasta unos extremos sin duda desconocidos en nuestra historia legal. No sólo el Tribunal Constitucional ha incorporado a su arsenal jurisprudencial las virtualidades del principio, sino también la jurisdicción contencioso-administrativa, hasta hacer del mismo una norma que lo controla todo”. SARMIENTO (2003). p. 145.

²⁹ Al respecto puede revisarse BERNAL (2002), pp. 51 a 74.

³⁰ En un sentido crítico a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, Zúñiga Añasco estima que “este órgano no ha sido capaz de construir una dogmática en materia de proporcionalidad que satisfaga los requisitos de estabilidad, coherencia y refinamiento conceptual exigibles a un intérprete privilegiado de la Constitución” ZÚNIGA (2010), p. 270.

medida de alguna manera afecta el disfrute de uno o más de tales derechos. Si no existe dicha lesión, nada ha de ser analizado desde el punto de vista constitucional, por lo que no resulta aplicable el principio de proporcionalidad. Si existe afectación de un derecho fundamental, el primer paso concreto en la evaluación de constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales es su idoneidad. Bajo el examen de idoneidad se evalúan dos cosas: si la medida tiene una finalidad constitucionalmente legítima y, en caso afirmativo, si la medida promueve esa finalidad constitucionalmente legítima.

Para que la finalidad de una medida sea constitucionalmente legítima es necesario que cumpla con dos requisitos. En primer lugar no debe estar prohibida, como ocurriría en el caso de una medida que tiene por finalidad o por efecto establecer una discriminación por motivos de raza o sexo³¹. En segundo lugar, la medida debe estar constitucionalmente justificada, es decir, su finalidad declarada o implícita debe ser promover el disfrute de un derecho fundamental, de un bien de jerarquía constitucional³², o un bien declarado por el legislador previa autorización por una norma constitucional³³, como sería el caso de los derechos a la vida digna y la libertad envueltos en la huelga de hambre.

Si la finalidad de la medida cumple con los dos requisitos recién señalados es constitucionalmente legítima y, por tanto, corresponde evaluar si la medida es efectivamente adecuada para promover el disfrute del derecho fundamental, del bien jurídico de jerarquía constitucional o del bien declarado por el legislador previa autorización por una norma constitucional. En este caso se trata de analizar si la medida misma es eficaz, es decir, si su finalidad (ya declarada legítima) se alcanza en el caso concreto³⁴. No se trata, por tanto, de un juicio normativo, sino estricta-

³¹ CLÉRICO (2009), pp. 85 y 86.

³² Para efectos de este trabajo se entiende por bien de jerarquía constitucional a aquel elemento incluido en una norma constitucional que, sin atribuir derechos subjetivos, establece un interés o valor que debe ser alcanzado en el mayor grado posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

³³ De ahí que ALEXY exprese que: “Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional”. Asimismo precisa que, “las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son *directamente constitucionales*; las restricciones de rango inferior a la Constitución, *indirectamente constitucionales*”. Ver ALEXY (2001), p. 277.

³⁴ Así lo explica SAPAG (2008), p. 186. El autor sostiene que la regla de idoneidad constituye, “un juicio de eficacia, es decir, el medio de lograr de algún modo la finalidad propuesta”.

mente fáctico³⁵. Por cierto, no es necesario que la medida que se evalúa sea la que mejor promueve la finalidad perseguida, sino que basta que permita fomentarla³⁶.

Si la medida en definitiva persigue una finalidad constitucionalmente legítima y es adecuada para alcanzar dicha finalidad, entonces ha superado la evaluación de idoneidad y debe ser evaluada bajo el examen de necesidad. En caso contrario debe ser declarada inconstitucional, pues importa la restricción de un derecho fundamental sin ofrecer ninguna ganancia desde el punto de vista constitucional.

2. Evaluación de necesidad

El segundo nivel de análisis de una medida restrictiva de derechos fundamentales declarada idónea es el de necesidad. Este examen importa, en términos ideales, evaluar dos cosas respecto de la medida que ya ha sido declarada adecuada para alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima. Por una parte, si se trata de la única o de la mejor medida a través de la cual se puede favorecer aquella finalidad. Por otra parte, y en caso de responder negativamente la primera cuestión, si entre las medidas disponibles para alcanzar la finalidad es la que menos restringe el derecho fundamental afectado.

Para determinar si la medida es la única o la mejor de las disponibles para favorecer la finalidad constitucionalmente legítima, se debe analizar si existen otras medidas capaces de promover la misma finalidad con a lo menos igual eficacia que la sometida a evaluación³⁷. Se trata, por tanto, de una comparación entre la idoneidad de la medida propuesta y la idoneidad de sus alternativas³⁸. La medida

³⁵ Esta idea es coherente con lo expresado por ALEXY (2001), pp. 112-113, cuando afirma que, de lo que él llama máxima de la adecuación, se sigue que los principios (es decir, los derechos fundamentales) son mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.

³⁶ CLÉRICO (2009), pp. 59-60, distingue entre una versión fuerte y una versión débil de la relación positiva entre la medida evaluada y el fin perseguido. Al respecto, en lo esencial sostiene que exigir la elección del medio que mejor permite promover el fin (versión fuerte): “se acerca a un ideal. Como los ideales no pueden ser realizados en su completitud, quien aplica y controla el derecho, es decir el juzgador, no puede razonablemente exigir del actor la elección del medio más adecuado en todos los aspectos”. Sin embargo, añade la siguiente precisión: “Esa versión fortísima de la adecuación técnica, ideal, queda como idea regulativa: ésta debe servir de orientación al actor legislativo y en su caso al ejecutivo y a los órganos de control político y a la ciudadanía. Por consiguiente, si bien el operador jurídico debe controlar la adecuación técnica del medio en el marco de una versión débil del referido examen, la versión fortísima no deviene inútil”.

³⁷ En este sentido GONZÁLEZ BEILFUSS (2009), p. 18, afirma que la necesidad de la medida significa, en este primer nivel, la ausencia de alternativas para la consecución, con igual eficacia, de la medida perseguida.

³⁸ ROJAS (sin fecha), p. 8), sostiene que la regla de necesidad “puede ser considerado un principio comparativo debido a que, a diferencia de los principios de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto,

evaluada deberá ser preferida si no existen otras capaces de satisfacer con igual eficacia la finalidad constitucionalmente legítima que se persigue.

En caso que existan otras medidas a lo menos igualmente eficaces que la sometida al examen de proporcionalidad, se debe evaluar cuál de todas importa una menor afectación de derechos fundamentales³⁹. Nuevamente se trata de una comparación entre dicha medida y sus alternativas, pero ya no en lo relativo a la referida eficacia, sino en lo relativo a su grado de injerencia en los tales derechos. Si la medida sometida a evaluación es la más suave o moderada de entre las que permiten alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, ha superado el examen de necesidad⁴⁰. En caso contrario, habrá de ser declarada inconstitucional por existir alternativas que permitan alcanzar aquella finalidad con igual eficacia, pero con un menor costo en el disfrute de los derechos⁴¹.

De acuerdo con estas explicaciones, mientras la regla de idoneidad constituye un juicio relativo a la capacidad de la medida evaluada para alcanzar la finalidad, la regla de necesidad es un juicio relativo a la eficiencia de la misma (capacidad para generar el menor costo en la consecución de la finalidad)⁴².

En estos dos aspectos (idoneidad y necesidad) recaerá parte relevante del examen de la huelga de hambre y de la alimentación forzada que busca interrumpirla, realizado a la luz de la jurisprudencia. Como veremos, en la aplicación al caso concreto de la huelga de hambre de las personas privadas de libertad y dado el carácter extremo de la medida y que su finalidad recurrente es la de cambios al orden jurídico o la reversión de procesos institucionalizados, en general la huelga

no limita el examen de la admisibilidad de la medida únicamente al estudio de su contenido, efectos y fines, sino que induce al órgano actuante a la búsqueda de medidas alternativas idóneas". Aunque la autora atribuye esta característica a todo la regla de necesidad, lo que expresa sólo resulta aplicable a lo que aquí se ha denominado necesidad teleológica.

³⁹ CLÉRICO (2009), p. 101. La autora formula esta misma afirmación en los siguientes términos: "¿se puede evitar la restricción del derecho a través de otro medio, o por lo menos, reducir el grado de limitación?" Y añade: "La respuesta a este segundo interrogante presupone una *comparación* entre medios. Esta comparación constituye el núcleo del examen del medio alternativo menos gravoso".

⁴⁰ PERELLO (1997), p. 70, previene que la medida sometida a control "debe ser la más moderada entre todos los medios útiles", esto es, "no hay otra más suave o moderada".

⁴¹ ROJAS (sin fecha), p. 8, sostiene que la evaluación de necesidad, "tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales limitados porque obliga a rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas, mecanismo mediante el cual disminuye la lesividad de la intromisión en la esfera de derechos y libertades del individuo".

⁴² SAPAG (2008), p. 187.

de hambre en estos casos será la única medida a través de la cual se pueda favorecer la finalidad perseguida.

3. Ponderación

La tercera evaluación a la que debe ser sometida la medida restrictiva de derechos fundamentales declarada idónea y necesaria se denomina ponderación o examen de proporcionalidad en sentido estricto. En virtud de este examen se debe determinar cuál de los intereses en juego debe prevalecer por sobre el otro: los derechos fundamentales afectados por la medida que los restringe o bien los derechos fundamentales, bienes de jerarquía constitucional o bienes declarados por el legislador previa delegación constitucional cuyo favorecimiento pretende dicha medida.

Al respecto es necesario tener presente que no existen derechos fundamentales ni bienes de jerarquía constitucional absolutos, esto es, que prevalezcan sobre otros derechos o bienes sin excepción⁴³. En consecuencia, para determinar cuál de los intereses en colisión debe prevalecer, se debe atender al caso concreto. De acuerdo con las circunstancias del caso, se debe determinar cuánto se sacrifica el derecho fundamental afectado y cuánto gana el derecho fundamental, el bien constitucional o el bien determinado por el legislador, previa delegación constitucional como consecuencia de la aplicación de la medida evaluada. De este modo, “cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna”⁴⁴.

De acuerdo con lo que se viene diciendo, y siguiendo ahora a Rojas, el objetivo del examen de proporcionalidad en sentido estricto es determinar, mediante ponderación, “si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcional con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”⁴⁵. De este modo, si el grado de sacrificio del derecho fundamental afectado por la medida que lo restringe es superior a lo que se gana por parte de los intereses constitucionales que se promueven con la misma, entonces dicha medida es inconstitucional. En caso contrario, es perfectamente admisible desde el punto de vista constitucional.

⁴³ En este mismo sentido, ver ALEXY (2001), p. 106.

⁴⁴ PRIETO (2010), p. 136.

⁴⁵ ROJAS (sin fecha), p. 9.

Ahora bien, para determinar si se está frente a una u otra situación se debe atender a las razones dadas en el caso concreto⁴⁶. Por ejemplo, como veremos, tanto huelga de hambre como alimentación forzada se presentan bajo el interés de defender la vida de la persona. La labor por tanto de los jueces será, precisamente, ponderar los niveles o alcances de la afectación de estos derechos fundamentales conforme la acción o medida sometida a examen, debiendo definirse el contenido de estos derechos bajo los respectivos intereses en juego, qué otros derechos u obligaciones se ven afectados (como el consentimiento informado de los pacientes y la obligación de cuidado de Gendarmería), el contexto de la acción o medida y todos aquellos elementos que permitan al juez ponderar razonadamente y emitir su juicio de evaluación constitucional.

III. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD DE LA HUELGA DE HAMBRE DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Se ha explicado que la huelga de hambre es legítima bajo las condiciones específicas que se presentaron en el apartado I. También se ha expuesto el procedimiento de evaluación de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, denominado principio de proporcionalidad, en el apartado II. En lo que sigue se aplican esas precisiones para entregar criterios que permitan evaluar la constitucionalidad de la huelga de hambre desarrollada por personas privadas de libertad, quienes consideran que su privación de libertad es injusta⁴⁷. Previo a ello, se explicitará cuál es la medida a evaluar y los derechos fundamentales o intereses constitucionales en colisión.

1. Identificación de la medida y de los derechos fundamentales en colisión

La medida restrictiva de derechos fundamentales a evaluar es la huelga de hambre de personas privadas de libertad. Como se puede advertir, no se trata de una medida adoptada por un ente público, sino por un particular, lo que por cierto puede ser sometido al examen de proporcionalidad. Se trata de una medida restrictiva del derecho fundamental a la vida en su sentido más obvio, cual es el

⁴⁶ ALEXY (2001), p. 93.

⁴⁷ En un sentido genérico, también consideramos aquí las huelgas de hambre realizadas para exigir mejoras en las condiciones de reclusión, por la extensión excesiva que ha alcanzado la privación de libertad, por la negatoria arbitraria de beneficios intracarcelarios o incluso cuando la huelga ha sido sostenida en solidaridad con tales reclamaciones de otros detenidos.

derecho a subsistir biológicamente. Sin embargo, esta misma huelga de hambre se realiza con la finalidad de favorecer el derecho fundamental a la vida, en el sentido del derecho a disfrutar de una vida digna, lo que implica el derecho a optar por la vida que se desea vivir, el derecho a vivir una vida que merezca la pena ser vivida. En lo que sigue se revisan concisamente ambas ideas.

En cuanto al derecho fundamental lesionado, la doctrina constitucional más tradicional entiende al derecho fundamental a la vida como “el derecho a conservar la vida”⁴⁸, como “la prerrogativa para conservar la propia existencia”⁴⁹, y como el soporte biológico de la persona⁵⁰. De este modo, aparece de manifiesto que en su sentido más obvio el derecho fundamental a la vida consiste, según se ha dicho, en el derecho a la subsistencia biológica. Pues bien, es evidente que la huelga de hambre constituye una medida restrictiva de este derecho fundamental, en el sentido que se ha explicado, desde que la muerte del huelguista es un resultado posible, aunque no deseado. En este sentido, la injerencia en el derecho en análisis es eventual y no necesaria, aunque siempre posible.

Pero no sólo se puede afectar el derecho fundamental a la vida en el sentido del derecho a la subsistencia biológica. En efecto, la huelga de hambre, atendida la modalidad de la misma, la condición física del huelguista, el plazo por el cual se ha sostenido y otros elementos de contexto, en mayor o menor medida, produce un detrimento en la salud del huelguista que implica una lesión al derecho a la integridad física, incluso psicológica. Esta afectación es un resultado habitual de la medida en análisis, a diferencia de la muerte del huelguista.

En cuanto al derecho fundamental que se intenta promover o beneficiar, el derecho a la vida digna ha sido planteado por la doctrina⁵¹ en relación a personas que disputan su derecho a morir dignamente o que se niegan a tratamientos médicos invasivos como las transfusiones de sangre⁵² o quimioterapia. Acogiendo

⁴⁸ SILVA BASCUÑAN (2006), p. 52.

⁴⁹ MOLINA (2006), p. 198.

⁵⁰ VERDUGO et al., (2002), p. 198.

⁵¹ Referimos al “derecho a una vida digna, esto es, una vida que merezca la pena ser vivida”, como expresa DÍAZ (2011), p. 198. Como el derecho a la “vida digna”, en tanto “el derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de tales valores, a vivir la vida escogida e, incluso, al derecho a morir por esos valores” que se funda “en el concepto de dignidad aplicado a la vida biológica”. FIGUEROA YÁÑEZ (2009), p. 210.

⁵² En la materia, véase: Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 935-2010, 30 octubre 2010; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 805-96, marzo 1996; Juzgado del Crimen de Quillota, Rol N° 44941-3, 14 de enero de 2002. Además, una síntesis de la jurisprudencia nacional relativa a la negativa a transfusiones

esta tesis se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Valdivia, aludiendo al derecho a “hacer la vida”, es decir, a elegir la vida que se desea vivir, a vivir una vida que merezca la pena⁵³. En relación con la huelga de hambre, en el mismo sentido, se ha pronunciado también la Corte de Apelaciones de Temuco que ha aplicado esta doctrina a la huelga de hambre, al expresar lo siguiente:

“Que en este escenario la huelga de hambre aparece no sólo como un potencial atentado contra el derecho a la vida, sino también como un extremo y desesperado recurso tendente a obtener de terceros, habitualmente del Estado, un actuar que permita o remueva los obstáculos conducentes a una subsistencia biológica digna, que merezca la pena conservar, una subsistencia biológica que permita la ejecución de los propios planes de vida. En este sentido la huelga de hambre es también una acción conducente a generar condiciones que viabilicen el ejercicio del derecho a una vida digna”⁵⁴.

De este modo, el derecho fundamental a la vida incluye (o significa) no sólo el derecho a la subsistencia biológica, sino también el derecho a una vida digna, que merezca la pena ser vivida. La huelga de hambre pretende promover precisamente el derecho en cuestión en el segundo de los sentidos apuntados, del derecho a la vida digna.

En efecto, en el particular caso de la acción consistente en la huelga de hambre de personas que estiman injusta su privación de libertad⁵⁵ el interés es favorecer lo que Figueroa Yáñez denomina el derecho a “hacer la vida”⁵⁶, es decir, el derecho a optar por la vida que se desea vivir, a vivir una vida que merezca la pena ser vivida, el derecho a disfrutar de una vida digna, en cuanto se pretende obtener el cese de un encierro que se estima injusto, que carece de justificación. En este sentido, la medida en análisis también pretende favorecer el derecho y, a la vez, principio constitucional de libertad.

En consecuencia, si aceptamos que nuestra libertad se inicia verdaderamente allí donde comienza la libertad del otro, el derecho es un límite potenciado por el deber moral y pasa a jugar un rol positivo, haciendo posible una libertad soli-

de sangre puede revisarse en TÓRTORA (2005), pp. 228-230. Un conjunto de casos relevantes del derecho comparado sobre acciones interpuestas por Testigos de Jehová en oposición a las transfusiones de hemoderivados los trata GUERRERO (2011), p. 401. Respecto de la doctrina comparada en esta temática véase GUZMÁN (2010), y sobre la doctrina chilena véase GUERRERO (2011).

⁵³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 103-2009, de 14 de mayo de 2009.

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, de 27 marzo de 2013.

⁵⁵ En el sentido genérico ya visto (nota 47).

⁵⁶ FIGUEROA (2009), p. 210.

daria, en común, nuestra libertad se constituye ligada a la libertad de los demás. Así, “libertad-deber-derecho” constituyen un solo eje normativo, donde el deber moral potencia el derecho y da sentido a la libertad, pasando del conflicto a la armonización⁵⁷. Bajo esta perspectiva, “yo tengo *derecho a la vida* y a la expansión de mi libertad, pero tengo *un deber para con la vida* porque la expansión de nuestras libertades es una tarea común y la libertad del otro y su expansión está indisolublemente unida a mi propio destino y a mi propia contribución”⁵⁸.

Como señala Bergson, “Mi ser no se siente obligado sino si es libre y cada obligación, tomada aparte, implica la libertad”⁵⁹. Asimismo, siguiendo a Höffe, la vida y la libertad, como expresiones de la dignidad humana y como derechos fundamentales, se sostienen en los principios de irrenunciabilidad y de reciprocidad, de tal forma que el ejercicio de los derechos de uno están ligados necesariamente a los derechos de los otros. De esta forma la irrenunciabilidad de nuestros derechos fundamentales nos obligará al respeto irrenunciable de los derechos de los demás, en quienes recae idéntica obligación a nuestro respecto, existiendo así un marco recíproco de fundamentación, interacción y limitación de los derechos fundamentales⁶⁰. Entonces, el estudio que se realice sobre la huelga de hambre no puede separar la libertad del individuo de su deber para con la vida. Tampoco se puede pretender que exista un valor o derecho preponderante de unos sobre otros para calificar la libertad del otro y su deber para con la vida como regla absoluta.

No obstante las precisas distinciones que hemos desarrollado para explicar los alcances posibles al definir el derecho a la vida en relación con la huelga de hambre, no podemos obviar que en general, hasta ahora (salvo contados trabajos⁶¹), la doctrina nacional, en un análisis breve, parcial y varias veces solo preliminar, para tratar la huelga de hambre –como vimos– confunde en algunos casos este ayuno con suicidio y, especialmente, no considera el derecho a la vida en su sentido del derecho a la vida digna, siguiendo con poca crítica la jurisprudencia tradicional mayoritaria que ha considerado *a priori* que la huelga de hambre

⁵⁷ PRECHT y FAUNDES (2013), p. 340.

⁵⁸ CALVEZ, 1989.

⁵⁹ Citado por OEUVRÉS (1959).

⁶⁰ HÖFFE (2008), pp. 197-209.

⁶¹ GÓMEZ (2005), p. 268; PRECHT y FAUNDES (2013) y (2011).

afecta el derecho a la vida sin distingos⁶², con lo que se acota y agota la revisión de la huelga de hambre solo en relación al derecho a la vida en su sentido de la subsistencia biológica. No obstante lo anterior, sin perjuicio de disensos importantes que abordamos a continuación, un trabajo que logra abordar con alguna mayor extensión la huelga de hambre desde la perspectiva del derecho a la vida, corresponde a Hugo Tórtora, quien sostiene que en la huelga de hambre “son los propios titulares del Derecho a la Vida quienes pretenden ‘disponer’ de él” mediante la huelga y que “en principio, esta situación no implica una disyuntiva tan seria... ya que no existe colisión ni juego de dos derechos diferentes, por lo que la decisión de los Tribunales ha sido igualmente de categórica en el sentido de privilegiar el Derecho a la Vida, y protegerlo incluso contra la voluntad de su titular”⁶³. Agrega que conforme esta jurisprudencia se sienta un precedente relevante al “establecer que todo atentado contra la vida es siempre arbitrario y que, además, sobre la vida no se es propietario ni dueño, sino que constituye la esencia misma del ser humano y no una entidad diversa”⁶⁴. Conforme con ello, concluye aquiescentemente que “ni aun por propia decisión del titular, puede limitarse el Derecho a la Vida, ocupando éste una situación de preeminencia sobre cualquier otro valor”, incluso destaca que estos fallos “siempre resolvieron imperativamente ordenando dejar la abstinencia e, incluso, autorizando en algunos casos, el auxilio a la fuerza pública para hacer cumplir dicho mandato”⁶⁵. Con todo, Tórtora cita el Tribunal Constitucional español, que consideró que en la asistencia médica a personas privadas de libertad, “en ningún caso podría suministrárseles alimentación por vía bucal en tanto persista su estado de determinación libre y consciente...

⁶² El fallo con el que se abre la problemática en Chile, recurrentemente citado pese a su débil doctrina, corresponde a “*Rozas Vial con Párroco de San Roque*” de 1984 (Corte Suprema, Rol N° 167-849, de 9 agosto de 1984). También se ha acogido la tesis de los recurrentes contra los huelguistas de hambre, bajo la noción del derecho a la vida reducido a la subsistencia biológica y privilegiando las potestades de Gendarmería, entre otras, en las siguientes causas: Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 3560-86, de 3 julio de 1986; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2268-91, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 846-94, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2839-95, Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1525-96; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4891-97; Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 2292-2002; Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, de 28 de enero de 2008; Corte Suprema, Rol N° 7074-2010, de 1 de octubre de 2010; Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 2-2011, de 3 de mayo de 2011. Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 181.2011. de 25 agosto de 2011.

⁶³ TÓRTORA (2005), p. 231.

⁶⁴ TÓRTORA (2005), p. 232.

⁶⁵ TÓRTORA (2005), p. 233. En el mismo sentido, véase: SOTO KLOSS (1985), p. 155; UGARTE GODOY (2006), p. 518; VENTURELLI, (2011); CORRAL TALCCIANI (2010).

porque el derecho a la vida, no es un derecho absoluto, que también es importante que ella se desarrolle dignamente, y que la alimentación forzosa por medios mecánicos supone un trato degradante”⁶⁶.

Conforme esta jurisprudencia, el profesor citado, si bien mantiene su posición respecto “al lugar preferente del derecho a la vida en el ordenamiento Jurídico”, sí acepta que se puede compatibilizar el respeto por el derecho a la vida, por la dignidad y por la libertad de la persona, porque —señala— “no es posible entender que la continuación de la vida puede ser llevada a cabo a cualquier costo, sacrificando también la honra de su titular”⁶⁷.

Sin extendernos en el debate, porque nuestra posición se explicita y fundamenta bajo el examen de proporcionalidad y ponderación que desarrollamos a continuación, solo nos permitimos indicar sucintamente que esta doctrina, en primer lugar, confunde la huelga de hambre con la conducta suicida. Error que hemos despejado previamente. En segundo término, se sostiene un sentido limitado del derecho a la vida que no supone la vida como vida digna, lo cual, consiguientemente, deslegitima bajo tal entendido la huelga de hambre y justifica la intervención de los organismos estatales competentes en el caso de huelguistas de hambre privados de libertad —todo lo cual no compartimos—. Incluso, bajo esta perspectiva, se justifica la alimentación forzada. Más adelante, bajo el principio de proporcionalidad, evaluamos críticamente esta última consecuencia, amparada por la posición tradicional. Sin embargo, desde ya, hacemos presente algunas breves cuestiones que quedan abiertas con el comentario citado del profesor Tórtora. Por una parte, destacamos cómo el autor logra advertir que el problema no se agota en el derecho a la vida (en su sentido biológico decimos nosotros) y que este derecho no es absoluto admitiendo limitaciones, por lo que el análisis de la huelga de hambre requiere incorporar las dimensiones de la “dignidad de la persona” y “la libertad”. No obstante, en segundo lugar, hacemos notar que Tórtora Aravena no logra complejizar el derecho a la vida, en tanto, pese a su propia prevención que en alguna medida abandona, obvia el que el derecho a la vida en sí mismo supone la dignidad y la libertad, normativamente, como un solo concepto jurídico complejo, ubicándolos en aparentes categorías diferentes, cuya relación no trabaja. Con ello, nos impide conocer cómo él compatibiliza dignidad, libertad, derecho a la vida y potestades de los custodios estatales, con lo que pareciera contradecir su postura inicial de irrestricto apego al derecho a la

⁶⁶ Tribunal Constitucional Español, N° 120-1990, de 2 de junio de 1990. Ver TÓRTORA (2005), p. 233.

⁶⁷ TÓRTORA (2005), p. 233.

vida o, a lo menos, no resuelve cómo se alcanzaría tal compatibilización sin definir más ampliamente el derecho a la vida (nuestra posición). Por último, en ausencia de la explicación señalada, refiere al derecho a la honra, que podría considerarse, pero que no dispone de la misma entidad que la dignidad y la libertad como dimensiones del derecho a la vida misma.

2. Evaluaciones de idoneidad, necesidad y ponderación

2.1. Evaluación de idoneidad

Para evaluar la idoneidad de la acción omisiva consistente en sostener una huelga de hambre de personas que consideran que su privación de libertad es injusta, es necesario determinar si su finalidad es legítima y si dicha medida resulta adecuada para alcanzarla.

En cuanto a lo primero, de manera general resulta posible sostener que la medida tiene una finalidad constitucionalmente legítima: recuperar el disfrute de su derecho fundamental a la libertad personal⁶⁸, como elemento central en este caso del derecho a la vida digna⁶⁹. Al efecto debe recordarse que el derecho a la vida digna, a una vida que merezca la pena ser vivida, es uno de los significados del derecho fundamental a la vida del artículo 19, N° 1, inciso 1°, de la Constitución.

En el mismo sentido, puede citarse el voto disidente del Ministro Haroldo Brito en una sentencia de la Corte Suprema de 2010, en la que textualmente sostuvo:

“... cuando los reclusos libremente deciden no alimentarse no incurren en ilegalidad o arbitrariedad porque simplemente han ejercido el derecho a la vida de manera coetánea con el de libertad, y toda vez que unas mismas personas son titulares de ambos es claro que no existe colisión entre estos derechos”⁷⁰.

⁶⁸ El derecho a la libertad personal se encuentra en el artículo 19, N° 7, de la Constitución, y particularmente en sus letras a), c), d) y e).

⁶⁹ El derecho a la vida digna se desprende de los artículos 1° inciso, 1°, y 19, N° 1, de la Constitución.

⁷⁰ Corte Suprema, Rol N° 7074-2010, de 1 de octubre de 2010. Voto disidente Ministro H. BRITO. Si bien consideramos válida la referencia a la legitimidad de la huelga de hambre de las personas privadas de libertad que plantea el voto del Ministro BRITO que abre camino en la Corte Suprema de Chile para un giro jurisprudencial más cercano a la posición sostenida en este trabajo, la afirmación sostenida que excluye la colisión entre el derecho a la vida y el ejercicio del principio constitucional de libertad es compleja, como se está mostrando en este mismo estudio, porque si se toma el derecho a la vida como subsistencia biológica, si puede existir colisión de derechos fundamentales entre derecho a la vida y derecho a la libertad. En cambio, si tomamos el derecho a la vida como derecho a la vida digna y el derecho a la libertad como derecho contenido en el concepto mismo de dignidad, no habría tal colisión.

Por su parte, la medida revisada, la huelga de hambre, es potencialmente útil para alcanzar el objetivo de obtener una revisión del caso del huelguista y, por lo mismo, es idónea para el objetivo propuesto por el huelguista de recuperar su libertad personal. Así lo ha demostrado tanto la experiencia nacional como extranjera. En efecto, diversas huelgas de hambre han facilitado o generado acuerdos políticos importantes. En Chile son emblemáticas dos huelgas de hambre colectivas sostenidas por presos mapuche detenidos en el marco de sus reivindicaciones territoriales. En estos casos, tras extensas huelgas de hambre que conmocionaron al país, mediando incluso la intervención de la Iglesia Católica⁷¹, el Congreso chileno, en 2010 y 2011, aprobó una serie de leyes que significaron, por una parte, el traspaso de causas de la jurisdicción militar a la ordinaria⁷², particularmente respecto de menores de edad⁷³, y la recalificación de querellas, pasando los casos de imputación terrorista a calificación penal como delitos comunes⁷⁴, todo lo cual arrojó en definitiva la liberación de la mayor parte de los presos que ayunaron. También conocemos la liberación (“humanitaria” y “unilateral”) de 52 detenidos políticos en Cuba exigida por el disidente cubano Mario Fariñas que estuvo más de 120 días en huelga de hambre durante 2010 (iniciada después de la muerte de otro preso político cubano, Orlando Zapata, quien estuvo 85 días en huelga de hambre).

⁷¹ Véase, FAUNDES (2013).

⁷² Ley N° 20.477, 2010.

⁷³ Ley N° . 20.467, 2010; Ley N° 20.519, 2011.

⁷⁴ Al efecto, la misma Ley N° 20. 519, antes referida, derogó el artículo 3° de la Ley N° 18.314 que sanciona conductas terroristas, que facilitaba una cuestionada amplitud de los tipos penales de terrorismo. En este sentido tras una reciente visita a Chile, señaló el *Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*:

“... el uso de la legislación antiterrorista ha antagonizado los sectores más activos de la comunidad Mapuche y es visto por ellos como un medio para estigmatizar su causa. A resultado de una huelga de hambre concertada de parte de individuos Mapuches detenidos bajo la legislación antiterrorista en 2010, el gobierno introdujo enmiendas en 2010 y 2011 para reparar algunas de las reclamaciones más obvias. Estas incluyeron la derogación de presunción del ánimo terrorista aplicable en ciertas situaciones, afirmando el derecho limitado de la defensa de contrainterrogar a testigos protegidos, y retirar a los imputados menores de edad del alcance de la legislación. También parece haber resultado en la liberación provisional de un número significativo de imputados previo a su juicio”. EMERSON, (2013).

En este mismo sentido se han pronunciado los relatores Naciones Unidas para los derechos humanos de los pueblos indígenas, STAVENHAGEN, (2003) y ANAYA, (2009). También puede revisarse el trabajo de BERRÍOS, (2012) que analiza las modificaciones a la Ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas de 2010 y 2011 que se alcanzaron tras la huelga de hambre de los presos mapuche y que en especial aborda la exclusión de la aplicación de la Ley N° 18.314 a los adolescentes.

De acuerdo con lo señalado, al cumplirse los dos requisitos analizados (una finalidad constitucionalmente legítima y la adecuación o utilidad de la medida para alcanzar el fin perseguido), resulta posible concluir que la huelga de hambre de personas privadas de libertad es una acción que ha superado el examen de idoneidad y se debe proceder al examen de necesidad.

2.2. Evaluación de necesidad

Para evaluar la necesidad de la huelga de hambre que realizan personas privadas de libertad que consideran que su privación es injusta, es necesario determinar si existen otras medidas que favorecen en igual grado la finalidad pretendida y, en caso afirmativo, si alguna de ellas es menos lesiva que la referida huelga para el derecho fundamental afectado.

En este sentido, una cuestión central para el referido examen es verificar si antes de iniciarse la huelga de hambre se agotaron todos los demás medios racionalmente asequibles al huelguista, de tal forma que la huelga de hambre sea efectivamente un último recurso extremo y no un mero instrumento de oportunidad. Esto se debe a que han de preferirse siempre otros medios que, resultando menos lesivos del derecho afectado o resultando inocuos para ese o cualquier otro derecho fundamental, permiten alcanzar la finalidad perseguida.

Por tanto, y en definitiva, si existen otros medios igualmente idóneos y menos lesivos de los derechos fundamentales, en particular de la integridad física, aún no utilizados por los huelguistas (sean manifestaciones de presión o recursos jurisdiccionales), la huelga de hambre ha de ser considerada innecesaria y, por tanto, inconstitucional. Por el contrario, si se han agotado esas alternativas igualmente eficaces y menos gravosas, entonces se ha superado el examen de necesidad. En este último caso, procede realizar el examen de ponderación.

Con todo, y en cuanto a la evaluación de la medida en relación con la existencia de eventuales medidas alternativas de carácter jurisdiccional, parece razonable incluir en este examen el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para revisar el agotamiento de los recursos internos. Este tribunal, a la luz del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sostenido que no se requiere el agotamiento absoluto de todos los recursos legales del sistema interno cuando ello conlleva la denegación de justicia emanada del aparato administrativo o judicial del Estado, bajo el amparo del derecho a un procedimiento oportuno, sencillo y eficaz⁷⁵. Esto se debe a que las medidas

⁷⁵ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, OP 9/87, de 6 de octubre de 1987, párr. 23: “No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las

ineficaces o inoportunas para alcanzar la finalidad han de ser descartadas como alternativas a la medida evaluada. Entonces, la huelga de hambre sostenida por internos en privación de libertad, podrá superar el examen de necesidad aunque existan recursos jurisdiccionales pendientes que permitan revisar la fundamentación de tal privación de libertad, las condiciones de la misma o sus alcances (plazo), si los mecanismos jurisdiccionales no han sido eficaces, han dilatado la revisión o, incluso sean el objeto mismo del reclamo.

2.3. Ponderación

La ponderación de los intereses en juego en la huelga de hambre que realizan personas que consideran que su privación de libertad es injusta exige determinar cuál de aquellos intereses debe prevalecer en el caso concreto. Una de las posibilidades es sostener que los derechos afectados, el derecho a la integridad física y el derecho a la vida en el sentido de subsistencia biológica, han de ser preferidos. La otra posibilidad es considerar que el derecho que se intenta favorecer o promover y que deberá prevalecer tras la ponderación, es el derecho a la vida en el sentido de una subsistencia biológica que merezca la pena, una vida digna —como hemos dicho—, fundada en la dignidad de la persona e incluyente de la libertad.

La explicitación de los derechos en pugna fue realizada por la Corte de Apelaciones de Temuco en un caso resuelto en marzo de 2013, que pasamos a explicar. Entre noviembre de 2012 y marzo de 2013 un grupo de imputados y condenados por diversas causas de delitos (como amenaza, robo y abuso sexual), privados de libertad en diversos centros penitenciarios de la región de la Araucanía, iniciaron una huelga de hambre denunciando la injusticia de su encarcelamiento y condenas, ante lo cual Gendarmería interpuso un recurso de protección. Al fallar el recurso la referida Corte sostuvo lo siguiente:

“Al efecto conviene reconocer que en su sentido más elemental la vida consiste en la subsistencia biológica del individuo. Este es, por lo demás, el sentido que habitualmente le confiere la jurisprudencia y la doctrina nacionales. Pero la vida significa,

circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein*, de 4 de septiembre de 2001, párr., 137: “Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica... a esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial”. En el mismo sentido, véase: Corte Suprema, Rol N° 7287-2009, de 30 de noviembre 2009, Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, de 16 septiembre de 2009. También, véase: GARCÍA RAMÍREZ (2002), pp. 133-139; O’DONNELL (2007), pp. 478-486; FAUNDES (2010), p. 99.

junto con ello, la posibilidad de subsistir biológicamente de una manera digna, es decir, una subsistencia biológica que merezca la pena, una subsistencia biológica en la que cada persona pueda ejecutar sus propios planes de vida. Este segundo significado enlaza estrechamente el derecho fundamental a la vida y el principio de libertad que corresponde al ser humano y que la Constitución chilena encarna en diversas disposiciones del artículo 19⁷⁶.

Conforme lo planteado hasta aquí, para efectuar la ponderación constitucional de la huelga de hambre de personas privadas de libertad será necesario considerar las particulares circunstancias de cada caso. Por ello, si bien podemos afirmar en términos abstractos que la huelga de hambre, en el marco del cumplimiento de los requisitos que definimos como necesarios para considerarla legítima, es constitucionalmente lícita, porque no afecta el derecho a la vida en el sentido de la vida digna, no es posible establecer que ésta será la decisión aplicable a todos los casos, en un sentido concreto. En consecuencia, se deberá evaluar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los huelguistas, el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la materia y la efectiva vigencia del Estado de Derecho, caso a caso, en los diversos momentos procesales, tanto mientras se desarrolló el proceso en su contra, cuando se concretó su privación de libertad, como durante su encarcelamiento mismo⁷⁷.

IV. EVALUACIÓN DE LA ALIMENTACIÓN FORZADA DE PRESOS EN HUELGA DE HAMBRE

En el apartado anterior se han entregado algunos criterios que permiten evaluar la constitucionalidad de la huelga de hambre sostenida por personas privadas de libertad. En lo que sigue, y con similar finalidad, se aplicará el principio de proporcionalidad a la alimentación forzada de personas privadas de libertad que se encuentran en huelga de hambre por estimar que su encierro es injusto. Previo a ello, se explicitará cuál es la medida a evaluar y los derechos fundamentales o

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, de 27 marzo de 2013.

⁷⁷ Respecto de la evaluación del cumplimiento de estándares asociados al debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno, destacamos el estudio de la profesora MARISOL OLIVARES, “Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho procesal penal de la República de Chile en cuanto a la infracción sustancial de garantías” (inédito), revisado en el marco de la investigación “Integración regional, reformas a la justicia y respeto del estándar internacional de derechos humanos en los procesos penales seguidos contra indígenas movilizadas socialmente” (FAUNDES, 2013); en el mismo estudio se pueden revisar, especialmente, los estándares para la prisión preventiva en juicios contra presos mapuche (que incluye aquellos que sostuvieron las huelgas de hambre de 2010 y 2011 referidas en este trabajo).

intereses constitucionales en colisión. En todo caso, no se debe olvidar que se está analizando la alimentación forzada respecto de personas que desarrollan una huelga de hambre que cumple con todos los requisitos de legitimidad de esta conducta y que se han señalado en la primera parte del presente trabajo.

1. Identificación de la medida y de los derechos fundamentales en colisión

La medida restrictiva de derechos fundamentales a evaluar en el presente apartado es la alimentación forzada de personas privadas de libertad que se encuentran en huelga de hambre. Habitualmente dicha medida se quiere imponer por la institución estatal encargada de la custodia de aquellos. Sin embargo, esta acción puede ser también pretendida por la institucionalidad sanitaria, encargada de velar por la conservación o recuperación de la salud de los huelguistas. En cualquier caso, se entiende por alimentación forzada la que se realiza contra la resistencia física del huelguista, de modo que se deben ejercer presiones físicas o morales (amenazas) en su contra para doblegarla y proceder a su alimentación.

En cuanto a los derechos afectados, en cualquiera de los casos señalados la alimentación forzada de personas privadas de libertad en huelga de hambre lesiona tanto el principio constitucional de libertad, como el derecho a la vida digna.

El principio constitucional de libertad consiste, siguiendo a Alexy, en la libertad de hacer u omitir lo que se desee. Esta libertad de hacer u omitir lo que se desee significa, siempre de acuerdo con el autor alemán, dos cosas: “Por una parte, a cada cual le está *permitido prima facie* —es decir, en caso de que no intervengan restricciones— hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene *prima facie*, es decir, en la medida que no intervengan *restricciones*, un *derecho* frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)”⁷⁸. De conformidad con lo que se viene diciendo, resulta evidente que la medida en análisis afecta en forma directa el derecho de decidir autónomamente las acciones propias, independientemente del régimen de reclusión al que se ve sometido el sujeto y en la medida que no afecte tal régimen.

El derecho a la vida digna, se ha dicho ya, es uno de los significados del derecho a la vida del artículo 19, N° 1, de la Constitución. Pues bien, la afectación indirecta del derecho fundamental a la vida, en el sentido de disfrutar de una vida que merezca la pena, se produce, como hemos explicado en la primera parte de este trabajo, porque al impedirse continuar adelante con la huelga de hambre se

⁷⁸ ALEXY (2001), p. 332.

suprime el mecanismo de presión que se está utilizando en contra de la autoridad que busca alcanzar precisamente el derecho a la vida digna, el derecho de ejecutar los propios planes de vida. Así, la vida digna comprende la libertad o autonomía de poder decidir ayunar, con la finalidad, bajo argumentos de justicia, de alcanzar una vida digna, en libertad (no preso), lo que supone necesariamente el ejercer tal presión a la autoridad mediante el ayuno para que ésta cumpla aquellas expectativas de justicia que reclama el huelguista de hambre.

En cuanto a los derechos fundamentales que se intenta promover o beneficiar, Gendarmería ha sostenido que la alimentación forzada de personas privadas de libertad que se encuentran en huelga de hambre tiene como finalidad tutelar los derechos a la salud, a la integridad física e incluso a la vida (en el sentido de subsistencia biológica). Esta finalidad constituiría un deber para el Estado y particularmente para Gendarmería de Chile que tiene bajo su cuidado a las personas privadas de libertad.

En este sentido, el año 2008 la Corte de Apelaciones de Chillán rechazó el recurso de amparo interpuesto contra Gendarmería de la Región del Biobío que adoptó la medida de alimentación forzada contra una huelguista de hambre. Esta decisión se fundó, en primer lugar, en el cumplimiento de un recurso de protección anterior acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco en favor de la misma huelguista y otros internos ayunantes en la Región de la Araucanía. En segundo lugar, se basó en los argumentos de esta misma institución, alegados en vía de amparo constitucional, frente al traslado de la imputada a la Región del Biobío y a la alimentación forzada referida. Dijo la Corte de Apelaciones de Temuco en 2007:

“...el recurrente (director regional de Gendarmería) en su calidad de funcionario público y responsable de la vida e integridad física de éstos es legitimado activo para recurrir por el riesgo de la vida de cada uno de ellos mientras éstos permanezcan a su cuidado, por recaer en el Servicio y sus agentes tal responsabilidad y deber, deben hacer todo lo posible y necesario en resguardo de este derecho humano aún contra la voluntad de ellos y su libertad de conciencia y opinión... De esta manera, la negativa a ingerir alimentos de los internos, si bien cabe dentro del ámbito de su auto cuidado, libertad de conciencia y opinión, pero sí constituye un riesgo o peligro para sus vidas y este hecho, de suyo arbitrario, hace ser deber del Estado y sus agentes velar por este supremo derecho humano, respetando dentro de lo posible los demás derechos de los amparados”⁷⁹.

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1848-2007, de 4 de noviembre 2007.

La Corte de Apelaciones de Chillán, por su parte, al rechazar el amparo, acogió los siguientes argumentos alegados por Gendarmería del Biobío:

“... la resolución adoptada por Gendarmería de Chile no adolece de ilegalidad, ya que adoptó, en el ejercicio de sus atribuciones, las medidas necesarias para asegurar la cautela e integridad física y psíquica de la amparada, adoptando una decisión congruente con la sugerencia realizada por la Comisión de Médicos... en criterios de aplicación general, tales como sus necesidades de salud y la cercanía con su núcleo familiar, por lo que esta decisión, junto con ser una atribución reconocida en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, es el cumplimiento de una resolución judicial dictada en el marco de un recurso de protección”.⁸⁰

2. Evaluaciones de idoneidad, necesidad y ponderación

2.1. Evaluación de idoneidad

Para evaluar la idoneidad de la medida consistente en disponer la alimentación forzada de personas que se encuentran en huelga de hambre porque consideran que su privación de libertad es injusta, se debe determinar si la finalidad de dicha medida es legítima y si resulta adecuada para alcanzar la tutela de los derechos fundamentales que declara promover o beneficiar.

Pues bien, en principio parece posible sostener que la medida en cuestión tiene una finalidad constitucionalmente legítima, desde que pretende el resguardo de los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física y a la vida en el sentido de subsistencia biológica, conferidos en los N°s 9 y 1 del artículo 19 de la Constitución. Al mismo tiempo, y siempre *prima facie*, parece evidente que se trata de una medida que permite alcanzar el objetivo de beneficiar o promover tales derechos fundamentales. Por todo ello, se entiende que se trata de una medida que supera la evaluación de idoneidad.

2.2. Evaluación de necesidad

Para evaluar la necesidad de disponer la alimentación forzada de personas privadas de libertad que se encuentran en huelga de hambre es necesario determinar si existen otras medidas que favorecen en igual grado la finalidad pretendida y, en caso afirmativo, cuál de ellas es la menos lesiva para el principio constitucional

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 51-2008, de 28 de enero de 2008.

de libertad y el derecho a la vida en el sentido de una vida que merezca la pena, que son los derechos fundamentales afectados.

La cuestión central para el referido examen es verificar si antes de aplicar la alimentación forzada se han agotado todos los demás medios racionalmente asequibles al Estado, y particularmente a Gendarmería, para proveer dicha alimentación y que resultan menos lesivos para el principio constitucional de libertad y para el derecho a la vida que merezca la pena. Así, por ejemplo, se pueden intentar negociaciones con el huelguista o solicitar la mediación de un tercero, con la finalidad de poner término a esta medida de presión.

Los mecanismos recién mencionados, señalados a modo de ejemplo, según se ha dicho, resultan inocuos para los derechos fundamentales que la alimentación forzada lesiona, al mismo tiempo que permiten alcanzar la finalidad de promover o beneficiar los derechos fundamentales a la vida en el sentido de subsistencia biológica, a la integridad física y a la salud. En consecuencia, si están disponibles los citados mecanismos u otros medios igualmente idóneos y menos lesivos de los derechos fundamentales aún no utilizados por el Estado, la alimentación forzada es innecesaria y, por tanto, inconstitucional. Por el contrario, si se han agotado estas alternativas igualmente eficaces y menos gravosas, entonces se ha superado el examen de necesidad. En este último caso, procede realizar el examen de ponderación.

2.3. Ponderación

El examen de ponderación de los intereses en juego en la alimentación forzada de personas privadas de libertad que se encuentran en huelga de hambre exige determinar cuál de aquellos intereses debe prevalecer en el caso concreto. Al efecto, y por una parte, se puede sostener que el principio general de libertad y el derecho a la vida en el sentido de una vida que merezca la pena, como principales derechos afectados con la medida de alimentación forzada, deben ser preferidos frente a la finalidad de tutelar los derechos a la integridad física y a la vida, en el sentido de subsistencia biológica. En sentido opuesto, se podría sostener que los derechos a la integridad física y a la vida en sentido biológico, recogidos en el deber de cuidado de gendarmería, prevalecen por sobre el derecho a la libertad y a la vida digna.

Para realizar la ponderación incluida en el principio de proporcionalidad es necesario, ante todo, recordar ciertas cuestiones fundamentales. En este sentido, el análisis debe considerar que no se debe reconocer una seudo titularidad de derechos fundamentales al Estado (abstracción social y normativa carente de subjetividad personal), como se desprende de algunos fallos que fundan el

reproche a la huelga de hambre y la protección constitucional respectiva, en la pretendida afectación de obligaciones de Gendarmería calificadas como derechos. El Estado no es sujeto de derechos fundamentales bajo la relación moral recíproca antes descrita que fundamenta los derechos fundamentales⁸¹. El desafío así es construir un marco armónico para la libertad y el deber para con la vida, ambos emanados de la esencia misma de la dignidad de la persona humana, respecto del cual el Estado tiene un rol de garante. De este modo, así como los derechos fundamentales no son absolutos para sus titulares, las potestades de los órganos estatales también deben ceder frente al ejercicio de los derechos fundamentales en ciertos casos. Esto debe ocurrir singularmente cuando sus acciones de resguardo (como la alimentación forzada) se pretendan fundar en el deber de cuidado y protección que tienen estos organismos respecto de los derechos fundamentales de la persona bajo su custodia.

En este sentido, como hemos explicado, desde ya, se debe despejar que en el caso de la huelga de hambre no se trata de un atentado contra la propia vida que pueda significar la vulneración del “deber para con la vida”, más allá de que la muerte sea un resultado posible aceptado, aunque no deseado, por quien adopta la acción (omisión) del ayuno, conducta lícita enmarcada en el ejercicio de su libertad asociada al ejercicio del derecho a la vida digna.

Desde estos fundamentos, la ponderación de los derechos en pugna se formulará a partir de algunos aspectos relevantes de la jurisprudencia.

Desde el punto de vista jurisprudencial, no existen soluciones uniformes respecto del alcance de las potestades de los órganos públicos, de los derechos afectados o eventualmente afectados con la huelga de hambre, ni en relación a los derechos vulnerados o que pueden vulnerar las medidas que buscan poner término a la huelga de hambre.

Así, por ejemplo, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta se elevó el deber de “cuidado de Gendarmería” a una potestad protegida constitucionalmente, “aún contra la libertad de expresión y la libertad de conciencia de los amparados”⁸². En el mismo sentido ha dicho la Corte Suprema que:

“(el huelguista de hambre)...no solo pone en peligro su integridad física –derecho a la vida... que constituye el más esencial de los atributos de la naturaleza humana–,

⁸¹ HÖFFE (2008), pp. 197-209.

⁸² Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 3560-86, de 3 de julio de 1986.

sino que además impide a Gendarmería de Chile cumplir efectivamente con los cometidos que le han sido fijados por su ley orgánica⁸³.

Incluso algunas sentencias han fundado su decisión ya no solo en la protección de los huelguistas como sujetos de derechos fundamentales, sino en la afectación del ejercicio de derechos de Gendarmería, extendiendo el alcance de este rol de garante a un grado difícil de justificar, ubicando prácticamente a Gendarmería recurriendo en favor sí misma, más que por los internos que se verían afectados:

“(Gendarmería) es legitimado activo para recurrir por el riesgo de la vida de cada uno de ellos mientras éstos permanezcan a su cuidado, por recaer en el Servicio y sus agentes tal responsabilidad y deber, deben hacer todo lo posible y necesario en resguardo de este derecho humano aún contra la voluntad de ellos y su libertad de conciencia y opinión... *porque pone a través del riesgo de sus vidas en peligro el deber de cuidado de la recurrente*”⁸⁴.

Como se puede advertir, estas sentencias, por una parte, interpretan la obligación de cuidado de Gendarmería sobre las personas privadas de libertad como un derecho de Gendarmería a tomar medidas de resguardo. En segundo lugar, estas sentencias relacionan la obligación de cuidado de Gendarmería, restrictivamente, con el derecho a la vida en un sentido biológico, por sobre los derechos a la libertad de expresión y conciencia de los recurridos en huelga de hambre. O, en la forma entendida por nosotros, ponderando el deber de cuidado por sobre el derecho a la vida digna⁸⁵.

En el caso conocido por la Corte de Apelaciones de Chillán ya referido, mediante recurso de amparo interpuesto contra Gendarmería en favor de una interna en huelga de hambre que llevaba 100 días en ayuno voluntario, se reclamó que esta persona privada de libertad había sido objeto de tortura o trato inhumano cruel o degradante. En particular, el recurso denunció que la interna fue atada de una pierna a su catre clínico en la UTI del Hospital de Temuco y luego fue sometida

⁸³ Corte Suprema, Rol N° 7074-2010, de 1 de octubre de 2010. Véase el artículo 2° del Decreto Ley N° 2.859 de 1979 que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

⁸⁴ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, de 28 de enero de 2008.

⁸⁵ En un error de argumentación más grave aún, en el caso del “Intendente de la Región de Atacama con el Párroco de El Salvador” de 1986, los recurrentes sostuvieron que “la huelga de hambre sostenida por los recurridos perturbaba el debido respeto a la honra de las personas, afectando la garantía constitucional establecida en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución”. La Corte dejó en evidencia este error declarando que no era posible advertir de qué manera pueda alterarse la garantía invocada mediante una huelga de hambre. Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 3560-86, de 3 de julio de 1986.

al mismo trato en el hospital de Chillán lo cual, dado su deteriorado estado de salud constituía “una conducta excesiva, violenta, innecesaria, destinada a hacer más penoso su estado y por tanto, un trato cruel inhumano y degradante”⁸⁶. En su informe Gendarmería señaló:

“... por decisión médica se decidió aplicarle por vía endovenosa, nutrición parenteral periférica, a lo que la interna se negó, oponiendo tenaz resistencia, por lo que se procedió a contener a la interna con vendas de tela, que faciliten la alimentación parenteral. Por lo anterior y por disposición médica se le suministró un sedante, el que logró tranquilizarla, existiendo registro fílmico del procedimiento”⁸⁷.

Al referir a los procedimientos constitutivos de tortura que se denunciaban, señaló la recurrida que, “no existen tratos crueles e inhumanos que se puedan imputar a Gendarmería de Chile, ya que las únicas medidas que se han adoptado, son por procedimientos propios del Hospital, con el objeto de resguardar la salud de la interna”⁸⁸. El fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán finalmente sostuvo lo siguiente:

“...Gendarmería de Chile de conformidad a su Reglamento, debe velar por la vida, integridad y salud de los internos... En cuanto a los tratos inhumanos y tortura a que habría sido sometida la amparada, tampoco han resultado ser efectivos y por el contrario, de los antecedentes allegados se desprende que si en algún momento ella fue sujeta en forma transitoria con vendas, ello tuvo por objeto facilitar la alimentación parenteral”⁸⁹.

Conforme el marco jurídico que regula la tortura en Chile y en el derecho internacional aplicable a nuestro país, dado el reenvío constitucional del artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución Política, la tesis sostenida por la Corte de Chillán y Gendarmería es, a lo menos, discutible y ameritaba una revisión muy rigurosa del caso y un examen de ponderación de los derechos afectados por la medida de alimentación forzada, que no se realizó. En particular, y más allá que en la especie no se acogió la tesis de la tortura, el fallo no expresa cómo fundamenta la aplicación de una medida tan invasiva como la alimentación forzada, que alcanzó el nivel de la fuerza física, hasta el punto de suprimir las facultades de la huelguista

⁸⁶ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, de 28 de enero de 2008.

⁸⁷ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, de 28 enero de 2008.

⁸⁸ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, de 28 enero de 2008.

⁸⁹ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, de 28 enero de 2008.

con sedantes, afectando groseramente su derecho fundamental a la libertad bajo cualquiera de sus comprensiones, como principio constitucional de libertad en sí, como dimensión del derecho a la vida digna o como libertad de conciencia.

Si bien esta investigación no se centra en la eventual equiparación de la alimentación forzada con la tortura, no es menos cierto que, en la especie, la aplicación de fuerza física y la aplicación de sedantes a una persona cuerda, en pleno uso de sus facultades mentales, como medida ordenada y desarrollada por funcionarios del estado en el marco de su función pública, destinada a anular su personalidad, disminuir su capacidad física y mental, a lo menos, la degrada en su dignidad humana y pone en cuestión la obligación de todo funcionario u órgano del estado de tratar a toda persona privada de libertad con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano⁹⁰.

Es más, en ninguno de los casos estudiados se observa un balanceo o ponderación suficiente de los derechos fundamentales o intereses constitucionales en juego que permita revisar el ejercicio realizado por los jueces para llegar a su conclusión. Sin embargo, y mostrando un importante avance dogmático, una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, ya citada, pondera razonablemente el derecho a la vida, a la libertad y la autonomía de la persona privada de libertad, en relación a las obligaciones de resguardo de Gendarmería y del estado en general, como potestades limitadas que ceden ante ciertas esferas de la dignidad humana y los derechos fundamentales, precisamente, en relación con el ámbito de la libertad y la autonomía de la persona. Si bien se puede disentir

⁹⁰ La COMISIÓN DE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA (2011), pp. 255-256, ha entendido por tortura: “Todo acto por el cual se haya infligido 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, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, intimidar o coaccionar a esa persona u otras, anular su personalidad o disminuir su capacidad física o mental, o por razones basadas en cualquier tipo de discriminación. Siempre y cuando dichos dolores o sufrimientos se hayan cometido por un agente del Estado u otra persona a su servicio, o que actúe bajo su instigación, o con su consentimiento o aquiescencia”. Así, los fines que busque el agente pueden tener distinto carácter, como el obtener información, una confesión, castigar, intimidar o coaccionar a la víctima, anular su personalidad, disminuir su capacidad física o mental. Entre otros, el victimario debe ser un agente del estado o cualquier persona en ejercicio de funciones públicas. Asimismo, de acuerdo al Código Penal Chileno, comete tortura (artículo 150, N° 1°): “El que incomunicare a una persona privada de libertad o usare con ella de un rigor innecesario...”. Véase también: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que en su artículo 7° dispone que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”; la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969 que en su artículo 5° señala que (1): “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” y que (2): “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

de algunos de sus razonamientos desarrollados en el proceso de ponderación, la sentencia explicita los derechos fundamentales en colisión y realiza un balanceo que excluye la posibilidad de alimentar forzosamente a los huelguistas.

En cuanto a la explicitación de los derechos en colisión, la sentencia expresa textualmente lo siguiente:

“Que en este escenario la huelga de hambre aparece no sólo como un potencial atentado contra el derecho a la vida, sino también como un extremo y desesperado recurso tendente a obtener de terceros, habitualmente del Estado, un actuar que permita o remueva los obstáculos conducentes a una subsistencia biológica digna, que merezca la pena conservar, una subsistencia biológica que permita la ejecución de los propios planes de vida. En este sentido *la huelga de hambre es también una acción conducente a generar condiciones que viabilicen el ejercicio del derecho a una vida digna* [...]”

“De este modo, la huelga de hambre constituye no sólo una conducta potencialmente lesiva del derecho fundamental a la vida, en el sentido de subsistencia biológica, sino también herramienta tendente al ejercicio del derecho a una vida digna y una manifestación del ejercicio del principio constitucional de libertad [...] no debe olvidarse que, al mismo tiempo, la huelga de hambre constituye una herramienta que pretende generar condiciones para el ejercicio del derecho fundamental a la vida digna y manifestación del principio constitucional de libertad”⁹¹.

Respecto a la ponderación de los derechos fundamentales en colisión, la sentencia ofrece dos declaraciones de interés. En primer lugar, en un razonamiento discutible, concluyó que dicha huelga era arbitraria, basada en la existencia de un debido proceso que, a su vez, se presume en el fallo por la sola circunstancia de existir un Estado de Derecho constitucionalmente imperante, previo a las condenas de los internos en huelga de hambre. Esta afirmación abre la discusión sobre la posibilidad de alegar una “causa justa” de la huelga de hambre frente a la vigencia del Estado de Derecho, como presupuesto, a su vez, del examen de necesidad enmarcado en el principio de proporcionalidad en exposición⁹². Sin perjuicio de lo anterior y de

⁹¹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, de 27 marzo de 2013.

⁹² Dada la extensión del debate y que éste no modifica nuestras conclusiones razonadas bajo el principio de proporcionalidad, hemos optado por dejar la profundización de este problema para un próximo trabajo. Sin embargo, desde ya, dejamos planteado el polémico argumento comentado de la Corte de Apelaciones de Temuco:

“Cada uno de los internos ha sido objeto de un proceso penal acusatorio (o mixto) y desde esa perspectiva están siendo o han sido enjuiciados con todas las garantías, con pleno respeto del derecho a la defensa jurídica, al juez independiente, imparcial y predeterminado por ley, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo, y al haz de derechos implícitos en cada uno de los derechos fundamentales recién

las críticas que se pueden sostener contra dicho argumento, este razonamiento es relevante porque la Corte –como veremos–, no considerará suficiente la configuración de esta arbitrariedad (a su entender) como para deslegitimar el derecho a ayunar, fundada, precisamente, en el derecho a la vida digna de ser vivida que goza de una entidad preeminente en nuestro ordenamiento constitucional.

Así, en segundo lugar, y pese a la primera conclusión, respecto de la vulneración del derecho a la vida digna mediante la alimentación forzada sostuvo que:

“... no es posible autorizar a Gendarmería para hacer uso de facultad legal o reglamentaria alguna tendente a alimentar a las personas que se encuentran en huelga de hambre porque dichas facultades deben ceder ante el derecho fundamental a una vida digna implícito en el derecho fundamental a la vida y en el principio constitucional de libertad, invocados como los pilares constitucionales del derecho a la huelga de hambre”⁹³.

En lo relevante para este estudio, el reciente fallo citado de la Corte de Apelaciones de Temuco, tras identificar los derechos fundamentales afectados o eventualmente afectados y sus alcances respecto de las medidas solicitadas por la recurrente, finalmente propone medidas de resguardo que buscan conciliar de una manera razonable los derechos fundamentales puestos en tensión con la huelga de hambre de quien se encuentra en un régimen de privación de libertad. Así, se sostuvo textualmente en dicha sentencia:

“Que respecto de la solicitud... que consiste en autorizar a Gendarmería de Chile a adoptar medidas para internar en caso de urgencia a los huelguistas, en un Centro Hospitalario, para que se les brinde completa atención en el resguardo de su salud y autorizarla también para hacer uso de las demás facultades legales y reglamentarias en cuanto a la alimentación de aquellos, en forma tal de asegurarle su vida e integridad física, es necesario distinguir.

... Gendarmería de Chile se encuentra habilitada para, en caso de urgencia, conducir a los recurridos a un establecimiento de salud con miras a asegurar sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad física. Con todo, *el ejercicio de esta facultad deberá realizarse con pleno respeto de la dignidad de los internos, lo que excluye especial-*

señalados, en el contexto de un Estado de Derecho democrático en el que existe efectivo y recíproco control de los poderes públicos”. Y añadió: “...En consecuencia, resulta posible concluir que la huelga de hambre, si bien puede aparecer subjetivamente justificada, debe ser calificada de arbitraria desde un punto de vista intersubjetivamente controlable”. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, de 27 marzo de 2013.

⁹³ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, de 27 marzo de 2013.

*mente el uso de la fuerza física o de cualquier otro método coactivo que atente contra el principio constitucional de libertad*⁹⁴.

E insistiendo en el punto, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco agregó que:

“La arbitrariedad declarada no permite, sin embargo, autorizar a Gendarmería para hacer uso de facultad legal o reglamentaria alguna tendiente a alimentar a las personas que se encuentran en huelga de hambre. Esto se debe a que dichas facultades deben ceder frente al derecho fundamental a una vida digna que se encuentra implícito en el derecho fundamental a la vida directamente estatuido en el artículo 19, N° 1, inciso 1°, de la Constitución, y el principio constitucional de libertad, que son los principales sostenes constitucionales del derecho a la huelga de hambre. Los procedimientos y oportunidad para alimentar a los internos deberán ser determinados en cada caso por los profesionales de la salud, de acuerdo con los protocolos médicos existentes al efecto”⁹⁵.

En una misma línea de razonamiento se encuentra el siguiente voto disidente del Ministro Haroldo Brito formulado en una sentencia de la Corte Suprema de 2010:

“... en cuanto a la forma de proceder del Estado, en este caso concreto de la administración penitenciaria, si bien es cierto que le asisten los deberes que se destacan por la mayoría, en nuestro criterio el deber de cuidado de los reclusos que ha sido atribuido a Gendarmería no es ilimitado y en la especie... tal deber de cuidado se encuentra cumplido con la oportuna puesta a disposición de los reclusos de todos los medios necesarios para impedir el deterioro físico y psíquico, y más allá de la entrega de tales recursos no es exigible otra prestación. Con tal hecho claramente se ha cumplido un estándar mínimo y eficiente a estos efectos, el que produce el efecto de liberar al Estado del debido deber de cuidado a consecuencia de la especial condición de aquellas personas. Tal efecto eximente es consecuencia de la imposibilidad de superar un ejercicio extremo de los derechos a la vida y la libertad, porque el estado carece de potestades para intervenir en opciones personales sustentadas en esta clase de derechos”⁹⁶.

En consecuencia, el resultado de un correcto ejercicio de ponderación, como el realizado por la sentencia citada de la Corte de Apelaciones de Temuco, si bien deja a salvo la autonomía de la voluntad y por tanto subsistente el resultado posible

⁹⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, de 27 de marzo de 2013.

⁹⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, de 27 de marzo de 2013.

⁹⁶ Corte Suprema, Rol N° 7074-2010, de 1 de octubre de 2010. Voto disidente Ministro H. Brito.

de la muerte como consecuencia de dicha libertad ejercida autónomamente por la persona en ayuno, como acción inseparable de la vida digna de ser vivida, incluso bajo régimen de encierro penitenciario, no deja a la persona en huelga de hambre en la indefensión, ni obstaculiza el deber de garante de Gendarmería. El fallo solo construye y delimita un marco adecuado que concilia libertad y obligación de tutela estatal. El huelguista de hambre debe ser atendido médicamente cumpliendo con ello el estado su obligación, hasta el punto que al estado le compete, sin vulnerar la libertad del individuo. Luego, tampoco el ayunante es abandonado a una muerte inevitable, sino que se deja a disposición de los profesionales de salud para la atención (contención) clínica que corresponde conforme la *praxis* médica, de acuerdo a los protocolos médicos existentes para pacientes en huelga de hambre. A modo de ejemplo, en un paralelo, esta solución es tan razonable, como la de la responsabilidad civil de profesionales de la salud, de la ingeniería o abogados, entre otros, en que el derecho no define las acciones concretas que debe realizar el profesional, sino que las reconduce a las artes de la profesión respectiva, a partir de las cuales el derecho opera en la medida que el profesional se aparte de ellas⁹⁷. Al efecto, las acciones específicas de atención de la salud de los internos en huelga de hambre deben ser definidas sobre la base de la *lex artis* médica, en particular aquellos protocolos específicos definidos para personas en huelga de hambre (*lex artis ad-hoc*⁹⁸), los cuales hoy ya se encuentran previstos en la Declaración de Malta que, entre otros, supone al huelguista de hambre como una persona plenamente consciente y autónoma, da aplicación al derecho al consentimiento informado, al derecho a la elección del médico de confianza y al respeto de la dignidad del paciente⁹⁹. Por tanto, la obligación de asegurar la integridad física de los internos privados de libertad, en el marco de la *lex artis*

⁹⁷ Señala PARRA SEPÚLVEDA (2013a): “respecto de las actividades sanitarias se alza la denominada *lex artis* como el parámetro que, por antonomasia, ha de servir para determinar el comportamiento diligente de los profesionales sanitarios”. En este sentido, entendemos que la *lex artis* es aquel “conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades relativas a dicha profesión”. MACÍA MORILLO (2005), p. 221. En especial, para nuestros efectos, constituye aquel “criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”. LLAMAS (2002), p. 507. Véase también PARRA (2013b).

⁹⁸ Se señala como *ad-hoc*, aquella *Lex artis* definida en relación con una situación clínica específica, como en nuestro caso ocurre con la huelga de hambre. En la materia, véase: ALONSO PÉREZ (2000), p. 33.

⁹⁹ Declaración de Malta de la Asociación Médica Mundial sobre las Personas en Huelga de Hambre (1991).

médica, debe considerar de igual modo el respeto de la dignidad del paciente, lo que incluye su consentimiento informado¹⁰⁰ y, en consecuencia, su derecho a mantener la huelga de hambre hasta las últimas consecuencias.

V. CONCLUSIONES

La evaluación de constitucionalidad de la huelga de hambre de personas privadas de libertad realizada en el presente trabajo permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. La huelga de hambre de personas privadas de libertad que consideran que su encierro es injusto, en cuanto admite la muerte del huelguista como posibilidad puede entenderse lesiva del derecho fundamental a la integridad física y una amenaza para el derecho fundamental a la vida en un sentido estrictamente biológico. Sin embargo, y al mismo tiempo, cuando cumple todos los requisitos que le confieren legitimidad es una medida que pretende favorecer o beneficiar, precisamente, el derecho fundamental a la vida, en el sentido del derecho a la vida digna, y el principio constitucional de libertad.

Esas solas constataciones permiten concluir, bajo el análisis del principio de proporcionalidad, que la huelga de hambre se trata de una medida idónea para promover o favorecer determinados derechos fundamentales, pese a que lesiona o puede lesionar otros tantos. El punto se torna menos claro bajo el examen de necesidad, pues en tal caso será necesario atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si existen otras medidas igualmente eficaces, pero menos lesivas de los derechos afectados, que puedan reemplazar la huelga de hambre¹⁰¹.

En caso que dicha huelga se considere idónea y necesaria, corresponderá aplicar el tercer nivel de evaluación del principio de proporcionalidad, que consiste en la ponderación de los derechos fundamentales en colisión. Esta ponderación exigirá considerar las circunstancias tanto procesales como políticas que han conducido al encierro de los huelguistas, para evaluar cuál de los derechos fundamentales en colisión habrá de prevalecer en el caso concreto.

¹⁰⁰ Sobre el consentimiento informado y la autonomía del paciente, véase: PÉREZ GARCÍA (2010), pp. 155-157. En particular, para el caso de Chile y la entrada en vigencia de la Ley N° 20.584 de 2012, conocida como la “Ley de Derechos del Paciente”, véase: PARRA (2013b), DE LA MASA (2010a) y (2010b).

¹⁰¹ Como enunciamos en este trabajo, también resulta complejo el discernimiento de la “necesidad” de la huelga de hambre en relación con el agotamiento de los recursos procesales enmarcados en el debido proceso que debe amparar y promover el estado de derecho pero que la misma huelga de hambre impugna.

2. La eventual interrupción de una huelga de hambre por terceros, contra la voluntad de un interno en ayuno, si bien puede parecer o significar un aparente aseguramiento de condiciones de salud o vitales en sentido biológico, implica al mismo tiempo una afectación del derecho a la libertad y a la vida en el sentido de la vida digna. De este modo, y en cuanto la alimentación forzosa persigue beneficiar o promover determinados derechos fundamentales, se debe estimar por cierto idónea desde el punto de vista del examen de proporcionalidad.

Continuando con ese mismo examen, las cosas no son tan claras desde el punto de vista de la evaluación de necesidad de la alimentación del huelguista de hambre contra su voluntad. En este caso es necesario atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si existen otras medidas igualmente efectivas que la alimentación forzada para tutelar los derechos fundamentales que se pretende lesionar y menos dañinas para los derechos fundamentales que dicha medida lesiona. Se debe recordar que, si aquellos medios existen, no se puede forzar al huelguista a ingerir alimentos. En caso contrario, procede ponderar los derechos fundamentales en colisión.

En cuanto a dicha ponderación, la alimentación forzada lesiona directamente el derecho al consentimiento informado del paciente, atenta contra su dignidad y presenta elementos relevantes de la tipología de los tratos crueles, inhumanos o degradantes (tortura), lesivos *per se* del derecho a la integridad física, psicológica y la vida, tanto en su sentido biológico como en su sentido de vida digna. Por lo mismo, los organismos del estado custodios de personas bajo régimen de privación de libertad se encuentran habilitados para autorizar medidas en resguardo de la salud de los internos, pero no para definir los tratamientos específicos a los cuales podrán ser sometidos, ni menos para impeler alimentación forzada contra la voluntad de los presos.

Finalmente, a partir del examen de proporcionalidad que realizamos, ofrecemos elementos de juicio para sostener razonadamente que la huelga de hambre es una acción fundada, precisamente, en los derechos constitucionales a la vida, en el sentido de la vida digna de ser vivida y de la libertad, ante los cuales debe ceder la obligación de cuidado de Gendarmería como órgano estatal. Por ello, que la interrupción de una huelga de hambre contra la voluntad de una persona privada de libertad, forzosamente, si bien puede aparecer asegurando la integridad física y la vida en un sentido biológico, afecta el derecho a la vida en el sentido de la vida digna, en el que se comprende la libertad, traducida también en la autonomía del paciente en huelga de hambre, con la respectiva obligación del facultativo de requerir el consentimiento informado de quien guarda ayuno para proceder a su alimentación.

En consecuencia —y esta es la conclusión que el presente trabajo desea proveer al Poder Judicial—, los tribunales de justicia al mismo tiempo que autorizan medidas de resguardo de internos en huelga de hambre, pueden y deben establecer estándares bajo los cuales se enmarquen las medidas de cuidado a las que se sometan las personas privadas de libertad en huelga de hambre, sobre la base del respeto a su intrínseca dignidad, a su vida digna y libertad, como valores constitucionales prevalentes en el caso estudiado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2001): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), cit. (Nº 8).
- ALONSO PÉREZ, Mariano (2000): “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la “*lex artis*””, en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca), pp. 13-56.
- BERGSON, Henri (1959): *Oeuvres* (París, PUF).
- BERNAL PULIDO, Carlos (2002): “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, en Juan VEGA GÓMEZ y Edgar CORZO SOSA, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).
- CALVEZ, Jean Yves (1989): “Qu’est-ce qui change quand les devoirs sont corrélatifs des droits dans les droits de l’homme”, en *Le Supplément Revue d’Ethique et Théologie Morale* (Fribourg, C. E. Ed.).
- CLÉRICO, Laura (2009): *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional* (Buenos Aires, Eudeba).
- COMISIÓN DE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA (2011): *Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura* (Santiago, Gobierno de Chile, Comisión de Prisión Política y Tortura).
- COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y RECONCILIACIÓN (1991): *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, Gobierno de Chile, Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación).
- DE LA MASA, Iñigo (2010a): “Consentimiento informado y relación de causalidad”, en *Responsabilidad Médica. Cuadernos de análisis Jurídico, colección derecho privado VI* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 127-143.
- _____ (2010b): “Consentimiento informado y responsabilidad médica”, en *Revista Ius et praxis* (Año 16, Nº 2), pp. 89-120.

- DÍAZ GARCÍA, L. Iván (2011): “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Año XXXVI, 1er. Semestre), pp. 167-206.
- DOMINGO MORATALLA, Agustín (2011): *Ciudadanía multicultural, conflicto y cultura de la paz*, (Temuco, Ediciones U.C. Temuco).
- DURKHEIM, Émile (1965): *Suicide, a Study in Sociology*, octava edición (New York, The Free Press).
- FAUNDES, Juan Jorge (2010): “Primera sentencia que aplica el Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Comentario de Jurisprudencia, “Linconao Francisca con Forestal Palermo”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Temuco, Universidad Católica de Temuco).
- _____ (2013): “Integración regional, reformas a la justicia y respeto del estándar internacional de derechos humanos en los procesos penales seguidos contra indígenas movilizados socialmente”, en Mario ÁLVAREZ y Roberto CIPITANI (coords.), *Derechos Individuales e Integración Regional*, (Roma-Perugia-México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici).
- FERNÁNDEZ CONCHA, Rafael (1988): *Filosofía del Derecho, tomo II*, segunda edición (Barcelona).
- FERNÁNDEZ, Aurelio (1996): *Teología Moral II. Moral de la Persona y de la Familia* (Burgos, Editorial Aldecoa).
- FORNET-BETANCOURT, Raúl (2011): *La Filosofía Intercultural y la dinámica del reconocimiento*, (Temuco, Ediciones UC Temuco).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2002): *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, primera edición (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- GUERRERO, Marco (2011): “Enfrentamiento médico legal del paciente Testigo de Jehová”, en *Revista Médica Clínica Las Condes* (Año 22, N° 3), pp. 397-403.
- GÓMEZ, Gastón (2005): *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ed. UDP).
- GUZMÁN TORO, Fernando (2010): “Los dilemas éticos y jurídicos relacionados con las transfusiones de sangre en las situaciones límites”, en *Revista Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando* (Año 17, N° 2, mayo-agosto), pp. 185-200.
- HÖFFE, Otfried (2008). *Derecho Intercultural*, (Barcelona, Gedisa).
- MIESUD, Tony (1985): *Moral de Discernimiento, tomo II. El respeto por la vida humana, Bioética* (Santiago, CIDE).

- MOLINA GUAITA, Hernán (2006): *Derecho constitucional*, sexta edición, (Santiago, LexisNexis).
- NASH, Claudio (2009): *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción* (México, Ediciones Porrúa).
- O'DONNELL, Daniel (2007): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.
- OLIVARES, MARISOL (2012): *Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho procesal penal de la República de Chile en cuanto a la infracción sustancial de garantías* (inédito).
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío (2013a): *Cuestiones actuales de la responsabilidad civil médica en el derecho español*. Tesis doctoral inédita.
- _____ (2013b): “La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado”, en *Revista Médica de Chile* (Nº 141), pp. 1578-1583.
- PERELLO DOMENECH, Isabel, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en *Jueces para la democracia*, 28 (1997), pp. 69-75.
- PRECHT PIZARRO, Jorge; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge (2011): “Huelga de hambre: una mirada desde la dignidad humana”, en *Revista Mensaje* (Año LIX Nº 600, junio), pp. 37-40.
- _____ (2013): “Legitimidad de la Huelga de Hambre. Un debate sobre el derecho a la vida y la dignidad Humana”, en *Estudios Constitucionales* (Año 11, Nº 2), pp. 333-368.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en ALEXYS, Robert, y otros, *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional* (Santiago de Chile, Librotecnia, enero de 2010), pp. 103-151.
- REVILLA, Marisa (2010), “América Latina y el presente de la ‘rebelión del coro’”. *Nueva Sociedad* (Nº 227, mayo-junio), pp. 52-67.
- SARMIENTO, Daniel (2003): “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, en *Revista de Administración Pública* (Nº 162, septiembre-diciembre).
- SILVA BASCUÑAN, A. (2006): *Tratado de Derecho Constitucional* (segunda edición, Vol. XI). Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1985): “Comentario a Sentencia CA Stgo. (9 de agosto, 1984) acción de protección acogida en derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas; caso párroco de San Roque”, en *Revista de Derecho* (Año 12, Nº 1), pp. 150-162.
- TAPIA, Luis (2011): *El estado de derecho como tiranía* (La Paz, CIDES-UMSA-Autodeterminación).

- TÓRTORA ARAVENA, Hugo (2005): “El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional: Aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración”, en *Estudios Constitucionales* (Año 3, N° 2), pp. 199 a 247.
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2006): “El Derecho a La Vida y La Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho* (Año 33, N° 3), pp. 509-527.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): *Derecho Constitucional*, segunda edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- VIDAL, Marciano (1984): *Ética Civil y Sociedad Democrática* (Bilbao, Editorial Desclee de Brouwer).
- ZAPATA VALDERAS, Victoria (2005): *Cárcel de Alta Seguridad. Inhumanidad, represión y rebeldía* (Santiago, Mare Nostrum).
- ZÚÑIGA AÑASCO, Yanira (2010): “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Ius et Praxis* (Año 16, N° 2).

Sitios Web

- BASCUÑÁN, Antonio (2011). “Huelga de Hambre, Alimentación Forzada y Estado de Derecho”, [fecha de consulta: 27 de enero de 2014]. [Disponible en: <http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=5128>].
- BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo (2012). “Los adolescentes mapuche y las reformas a la Ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas”. *Anuario Derechos Humanos Universidad de Chile*, N° 8, 2012. [Fecha de consulta: 14 de enero de 2014]. [Disponible en: http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.anuariodh.uchile.cl%2Findex.php%2FADH%2Farticle%2FviewFile%2F20564%2F21734&ei=l_LnUsznC5CrkAfjzoCIDg&usq=AFQjCNHyNJ6clHcPapzuBhezsrD-iwCmww&sig2=FnwBehrIDqADH0mZtDOrFw].
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). “Derecho y Academia”, [fecha de consulta: 28 de enero de 2014]. [Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/page/26/>].
- COMISIÓN ASESORA PARA LA CALIFICACIÓN DE DETENIDOS DESAPARECIDOS, EJECUTADOS POLÍTICOS Y VÍCTIMAS DE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA –COMISIÓN VALECH– (2011). *Informe de Prisión Política y Tortura* [fecha de consulta 28 de enero de 2014]. [disponible en: <http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bcn.cl%2F>

- bibliodigital%2Fdhisto%2Ffls%2FInforme.pdf&ei=MfXnUv6PDdLpkQf72ID4Bg&usg=AFQjCNEyMjckqCCYdXefYxED_SNTgL7PKQ&sig2=_mR55DTUEn7RyInMhKpJYA&bvm=bv.60157871,bs.1,d.cWc].
- COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y RECONCILIACIÓN –*COMISIÓN RETTIG*– (1991). “Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (*Informe Rettig*)”. Programa Derechos Humanos, Ministerio del Interior, Gobierno de Chile, [fecha de consulta: 28 de enero de 2014]. [disponible en: http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html].
- EMERSON, B. (2013). “Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, *Naciones Unidas. Derechos Humanos*, 30 de julio de 2013”, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos [Fecha de consulta: 28 de enero de 2014]. [Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13598&LangID=S>].
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. El “derecho a la vida” y el “derecho a hacer la vida” en colisión: Algunas consideraciones frente a una sentencia judicial, en *RCChDP* [online], 12 (2009), [fecha de consulta: 28 de enero de 2014]. [Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0718-80722009000100006&lng=es&nrm=iso&tlng=es].
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. “Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español”, en CARRASCO DURÁN, Manuel; PÉREZ ROYO, Francisco Javier; URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín, y TEROL BECERRA, Manuel José, (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (España, Aranzadi, 2006) 2, pp. 4035-4053. [Fecha de consulta: 2 septiembre 2010]. [Disponible en: <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/justicia/MarkusGonzalez.pdf>].
- OBISPOS DEL SUR DE CHILE (2001). “Carta pastoral por la Dignificación del Pueblo Mapuche”, [fecha de consulta: 20 de enero de 2014]. [Disponible en: http://www.jesus.cl/iglesia/paso_iglesia/documentos/conf/documentos_sini.ficha.php?mod=documentos_sini&id=658&sw_volver=yes&descripcion=].
- _____ (2002). “Documento de Trabajo: Por un Nuevo Trato con el Pueblo Mapuche”, [fecha de consulta: 20 enero 2014]. [Disponible en: <https://sites.google.com/site/delreynodechile/home/archivo-declaraciones-iglesia-catolica>].
- ROJAS, Ivonne Yenissey (sin fecha), *El principio de proporcionalidad de las penas*, [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2014]. [Disponible en: <http://www.google.cl/>]

- [url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Flibros%2F6%2F2937%2F15.pdf&ei=pGEhVPShBbL7sATnnoG4Ag&usg=AFQjCNElqNNz4XEGUpzxBtyXPuXl9rQO5w&sig2=S5AA2gkxHpwbRf7S4pEzbQ&bvm=bv.75775273,d.cWc](http://sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Flibros%2F6%2F2937%2F15.pdf&ei=pGEhVPShBbL7sATnnoG4Ag&usg=AFQjCNElqNNz4XEGUpzxBtyXPuXl9rQO5w&sig2=S5AA2gkxHpwbRf7S4pEzbQ&bvm=bv.75775273,d.cWc)].
- SAPAG, Mariano A., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, en *Dikaion*, 22 (diciembre 2008) 17, pp. 157-198. [fecha de consulta: 2 septiembre 2010]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/720/72011607008.pdf>.
- STAVENHAGEN, Rodolfo (2003): Informe del Relator sobre la situación de los pueblos indígenas (Misión a Chile 2003) [fecha de la consulta: 27 de enero de 2014]. [Disponible en: <http://acnudh.org/biblioteca-virtual/relatores-especiales/>].
- SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE –S.C.D.F.– (1980). “Declaración *“iura et bona”* sobre la eutanasia”, [fecha de la consulta: 25 de enero de 2014]. [Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_sp.html].
- VENTURELLI, J. (2011). “Huelga de hambre en el prisionero de conciencia y ‘tratamientos forzados’”, [fecha de consulta: 25 de enero de 2014]. [Disponible en: <http://derechoshumanosyjusticiaparatodos.blogspot.com/2011/06/huelga-de-hambre-en-el-prisionero-de.html>].
- 43ª ASAMBLEA MÉDICA MUNDIAL (1991). “Declaración de Malta de la Asociación Médica Mundial sobre las Personas en Huelga de Hambre”, [fecha de consulta: 20 de enero de 2014]. [Disponible en: <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=238>].

Jurisprudencia citada

- Rozas Vial con Párroco de San Roque* (1984): Corte Suprema 9 agosto 1984, Rol N° 167-849 (recurso de protección), en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXII, 1985, pp. 147 a 149.
- Intendente de la Región de Atacama con el Párroco de El Salvador* (1986): Corte de Apelaciones de Copiapó, 3 julio 1986, Rol N° 3560-86 (recurso de protección).
- Garantías judiciales en estados de emergencia* (1987): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 octubre 1987, OP N° 9/87, (opinión consultiva).
- Caso “Graco”* (1990): Tribunal Constitucional Español 2 junio 1990, N° 120-1990, (recurso de amparo), en TÓRTORA (2005), p. 233.

- Gendarmería contra Casanellas Leiva y otros* (1991): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2268-91 (recurso de protección), en TÓRTORA (2002), p. 232 (en la cede de edición no se señala la fecha de la sentencia).
- Gendarmería contra cuarenta internos* (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 846-94, (recurso de protección), en TÓRTORA (2002), p. 232 (en la cede de edición no se indica la fecha de la sentencia).
- Alcalde de Peñalolén contra pobladores del Campamento Esperanza Andina* (1995): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2839-95 (recurso de protección), en TÓRTORA (2002), p. 232 (en la cede de edición no se indica la fecha de la sentencia).
- Jorge Cazorla vs. Hospital San José –Servicio de Salud Metropolitano Norte–* (1996): Corte de Apelaciones de Santiago, marzo 1996, Rol N° 805-96 (recurso de protección), en GUERRERO (2011), p. 401 (en la cede de edición no se indica el día de la sentencia).
- Corte de Apelaciones de Santiago* (1996): Rol N° 1525-96 (recurso de protección), en TÓRTORA (2002), p. 232 (en la cede de edición no se indican las partes ni la fecha de la sentencia).
- Intendente de Santiago en favor de quienes efectúan una huelga de hambre* (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4891-97 (recurso de protección), en: Gómez (2005), p. 268, nota 149, (en la cede de edición no se indica fecha de la sentencia).
- Caso Ivcher Bronstein* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001 (*Reparaciones y Costas*).
- Herederos de O. Redondo T.* (2002): Juzgado del Crimen de Quillota, 14 enero 2002, Rol N° 44941-3 (sobreseimiento), en Guerrero (2011), p. 401.
- Hermes Figueroa Rojas en contra del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Rengo* (2002): Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 2292-2002 (recurso de protección), en TÓRTORA (2002), p. 232 (en la cede de edición no se indica la fecha de la sentencia).
- Juicio seguido contra Pascual Huentequero Pichún, Paillalao, Patricia Roxana Troncoso Robles y Segundo Aniceto Norín Catrimán* (2003): Tribunal de Juicio Oral de Angol, 3 de julio de 2003, RIT N° 2-2003 (juicio oral).
- Recurso de Amparo en favor de Patricia Troncoso* (2008): Corte de Apelaciones Chillán, 28 enero 2008, Rol N° 51-2008 (recurso de amparo).
- Francisca Linconao con Forestal Palermo* (2010): Corte Suprema, 30 noviembre 2009, Rol N° 7287-2009 (apelación, recurso de protección), Corte de Apela-

- ciones de Temuco, 16 septiembre 2009, Rol N° 1773-2008 (recurso protección), en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, tomo I, N° 1, 2010.
- Medida de protección terapéutica en favor de menor de edad (2009)*: Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 mayo 2009, Rol N° 103-2009 (recurso de apelación), en: *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXI, N° 1, Julio, 2009, pp. 279-290.
- Juico seguido contra Pascual Huentequero Pichún, Paillalao, Patricia Roxana Troncoso Robles y Segundo Aniceto Norín Catrimán (2003)*: Corte Suprema, 3 de julio 2003, Rol N° 1743-03 (recurso de nulidad).
- Gendarmería de Chile contra Daniel Canio Tralcal y otros (2010)*: Corte Suprema, 1 de octubre 2010, Rol N° 7074-2010 (recurso de protección).
- Espinoza Ortega, David contra Huillical Méndez, Jonathan y otros (2011)*: Corte de Apelaciones de Temuco, 3 mayo 2011, Rol N° 2-2011 (recurso de protección).
- Huelga de Hambre de Estudiantes del Liceo A-131, Haydee Azócar Mancilla de Buin (2011)*: Corte de Apelaciones de San Miguel, 25 agosto 2011, Rol N° 181-2011 (recurso de protección).
- Inconstitucionalidad del artículo 1683 del Código Civil (2011)*: Tribunal Constitucional, 26 de julio 2011, Rol N° 2011-11-INA (recurso de inaplicabilidad), en: *Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Banco del Estado de Chile* (Rol N° 7459-2010), Corte de Apelaciones de Santiago.
- Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) (2010)*: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 noviembre 2010, Caso N° 12.576 (*Casos 12.576, 12.611 y 12.612*), Informe N° 176/10 (Informa violación a la Convención Americana de Derechos Humanos).
- Caso N° 12.576, *Norín Catrimán y Otros vs. Chile*: Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 7 agosto de 2011 (Somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (2011)*: Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de mayo de 2012 (Fondo de Asistencia Legal de Víctimas).
- Director regional de Gendarmería con Azagra y otros (2013)*: Corte de Apelaciones de Temuco, 27 marzo 2013, Rol N° 724-2013 (recurso de protección).

Normas Jurídicas Citadas

Decreto Ley N° 2.859 de 1979, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile. Diario Oficial, 12 de septiembre de 1979. Modificada por la Ley N° 20.426

- que moderniza Gendarmería de Chile, incrementando su personal y readecuando las normas de su carrera funcionaria. Diario Oficial, 20 de marzo de 2010.
- Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Diario Oficial, 17 de mayo de 1984.
- Ley N° 19.055, que modifica la Constitución Política de la República. Diario Oficial, 1 de abril de 1991.
- Decreto Supremo N° 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005. Conforme Ley N° 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. Diario Oficial, 18 de agosto de 2005.
- Ley N° 20.477 que modifica competencia de Tribunales Militares. Diario Oficial, 30 de diciembre de 2010.
- Ley N° 20.467 que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Diario Oficial, 8 de octubre de 2010.
- Ley N° 20.519 que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad. Diario Oficial, 21 de Junio de 2011.
- Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Diario Oficial, 24 de abril de 2012.