

Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca
“Legitimidad de la huelga de hambre. Un debate sobre el derecho a la vida y la dignidad humana”
Jorge Precht Pizarro - Juan Jorge Faundes Peñafiel

LEGITIMIDAD DE LA HUELGA DE HAMBRE. UN DEBATE SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA*

LEGITIMACY OF THE HUNGER STRIKE.
A DISCUSSION OF THE RIGHT TO LIFE AND HUMAN DIGNITY

JORGE PRECHT PIZARRO**
Pontificia Universidad Católica de Chile - Chile
jprecht@uc.cl

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

RESUMEN: La huelga de hambre es una forma de protesta social, pacífica y extrema al mismo tiempo, en la que se tensionan valores esenciales del individuo, como la vida y la libertad, contenidos ambos en el núcleo mismo de la dignidad Humana. Sobre esta base, estudiamos los alcances de la huelga de hambre, desde sus fundamentos éticos esenciales hasta su dimensión jurídica y constitucional.

Entre otros, se revisan los debates en materia de derechos fundamentales, algunas propuestas de tratamiento penal y las colisiones con los derechos de la infancia y adolescencia. En particular, se aborda el tratamiento jurisprudencial que le han dado los Tribunales Superiores de Justicia en Chile, formulando un juicio crítico, fundado en una ética de la Dignidad Humana y en las garantías funda-

* Trabajo recibido el 1 de junio de 2012 y aprobado el 8 de mayo de 2013.

** Abogado; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales de la Université Catholique de Louvain; Doctor en Derecho de la Universidad Católica de Louvain y Doctor en Ciencias Políticas y Sociales de Université Catholique de Louvain. Posdoctorado en Derecho Constitucional, Universidad de Nueva York. Profesor titular de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Asesor Jurídico Permanente de la Conferencia Episcopal y coordinador del Equipo Jurídico Asesor Estable de dicha entidad.

*** 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; Diplomado en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma de Chile. Académico de planta de la Universidad Católica de Temuco, adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas en el área de derecho público e integra su Grupo de Investigaciones Jurídicas; es también Secretario Ejecutivo de la Cátedra Fray Bartolomé de Las Casas de la misma universidad.

mentales propiamente tales, frente a discutibles argumentaciones jurisprudenciales que han privilegiado soluciones contingentes.

Abstract: The hunger strike is a form of social protest, peaceful and extreme at the same time, in which the individual's essential values are stress, like life and liberty. Both values are contained in the core of human dignity. On this basis, we study the effect of the hunger strike, from the ethical ground, legal and even constitutional dimension.

Among others, we review the debate about the fundamental rights, some proposals of criminal treatment and the collisions with the rights of children and adolescents. In particular, we work on the jurisprudential treatment that have given the Superior Courts of Justice in Chile, developing a critical judgment based on an ethic of human dignity and fundamental guarantees properly, in front of questionable jurisprudential arguments that have privileged contingent solutions.

PALABRAS CLAVE: Huelga de Hambre, Derecho, Vida, Libertad, Dignidad Humana

KEY WORDS: Hunger Strike, Right, Life, Freedom, Human Dignity

La huelga de hambre como medio de protesta nuevamente se ha ubicado en la testera pública atendidas las recientes huelgas de hambre de presos mapuche que reclaman por un debido proceso de parte del sistema jurídico penal chileno, así como de estudiantes movilizados, secundarios y universitarios, que demandan reformas institucionales al sistema de educación en materia de calidad, gratuidad y rol del Estado en el proceso. Al respecto, más allá de la discusión pendiente en materia de reconocimiento y el tratamiento que el Estado da a los indígenas o del momento crucial que se vive en cuanto al Estado y su rol social, a lo menos desde lo educacional, nosotros queremos abordar los diversos debates que subyacen a la huelga de hambre, porque ha sido cuestionada en sí misma, tanto en su legitimidad moral, como jurídica, a tal punto que los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia han dado preferencia a las potestades públicas de cautela por sobre los derechos esenciales que emanan de la dignidad humana.

La huelga de hambre es una herramienta de denuncia y protesta que emerge con fuerza cuando las demandas sociales colisionan con un Estado que ve agotada su capacidad de respuesta. Por ello su estudio no puede separarse del contexto ni de las causas o motivaciones de quienes la sostienen (como procuraremos hacer), pero será una “razón superior” y “extrema” la que en definitiva constituirá al ayuno como un medio legítimo de presión ante la autoridad.

De esta forma, plantaremos algunos debates éticos, teológicos, políticos y particularmente jurídicos, que nos permitan formular un juicio crítico frente a los cuestionamientos filosóficos y morales, como a las argumentaciones jurisprudenciales que, buscando dar solución a una cuestión grave y contingente, en nuestra opinión, se ponen al margen de las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos.

Las huelgas de hambre no son algo nuevo en las luchas de los pueblos y de los sectores oprimidos para encontrar caminos de mayor justicia. Incluso ha alcanzado cierta recurrencia en el caso de las demandas mapuche¹ por una justicia que respete las diferencias y comprenda el carácter político social de sus demandas. En la historia mundial todos recordamos la gesta de M. Gandhi, quien estremeció a la sociedad moderna con una huelga de hambre que cambió el destino de la India doblegando al Imperio británico e instalando la huelga de hambre como herramienta legítima de movilización social. Surgió así la “no violencia activa” como un nuevo paradigma para las luchas sociales y culturales en el mundo contemporáneo, demostrando el poder cuestionador de un accionar humilde pero cargado de sentido sacrificial y dignidad moral, en que “una persona (o varias) decide denunciar públicamente una injusticia social por medio de una huelga (protesta) cuya característica es la de no ingerir comida (hasta las últimas consecuencias, si fuera necesario), para ejercer presión sobre la autoridad (considerada como la fuente de la injusticia) y atraer así la atención pública creando una presión social sobre la autoridad” (Mifsud, 1985, p. 451).

En este sentido, *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. Al respecto, el Ministro Haroldo Brito de nuestra Corte Suprema ha dicho en un voto de minoría que “La misma decisión que se cuestiona [la huelga de hambre] importa un legítimo ejercicio del derecho”².

En el plano nacional, más allá de frecuentes anuncios de ayunos en protesta, cada uno con su carga social y moral, con claridad podemos recordar algunos de carácter “emblemático” (ya sea por el contexto social y político en que se suscitaron, por su prolongación o por el nivel de impacto público que pudieron generar). Entre otras, nos referiremos para efectos de este debate a la huelga de Familiares de de Detenidos Desaparecidos ocurrida en 1978, conocida como “El caso de la Parroquia de San Roque”; la huelga de los Lonko Mapuche Pascual Pichun y Aniceto Norin de 2003; Patricia Troncoso (La “Chepa”) en 2007, quien sostiene una huelga por 111 días; el caso de treinta y cuatro presos mapuche en 2010 que ayunan durante 82 días los cuatro presos mapuche que hasta junio de

¹ Usamos la voz “*mapuche*”, tanto para su uso en singular como en plural, porque en la lengua originaria (*mapudungun*) no existe la palabra “mapuches”, con “s” final. Las expresiones en plural tienen una fórmula diferente que en general considera anteponer la palabra “*pu*”.

² Corte Suprema, Rol N° 7074-2010, 1 de octubre de 2010.

2011 estuvieron en huelga de hambre por 87 días y, recientemente, las huelgas de hambre de estudiantes secundarios y universitarios movilizadas.

De esta forma y adelantando una conclusión, nos abocaremos a sostener que una huelga de hambre no constituye una conducta suicida, porque quienes reclaman por medio de esta vía extrema no buscan la muerte, por el contrario, racionalmente aman su vida o la vida libre de su pueblo, pero asumen un riesgo vital en la búsqueda de un bien que legítimamente han definido como prioritario.

Por otra parte, corresponde despejar el rol del Estado como garante de la persona humana, su vida, integridad y también su dignidad, todo, en relación a las potestades estatales para el ejercicio de este rol, que han entrado en una evidente tensión con los mismos valores esenciales que debe cautelar y promover. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema que quien está en huelga de hambre “no sólo pone en peligro su integridad física –derecho a la vida... que constituye el más esencial de los atributos de la naturaleza humana–, sino que además impide a Gendarmería de Chile cumplir efectivamente con los cometidos que le han sido fijados por su ley orgánica”³. Entonces, requerimos dilucidar cómo se resuelve el conflicto dado entre el legítimo recurso a la libertad de quienes están privados de libertad, aquella intrínseca y moral, de conciencia, frente al Estado que amparado en su obligación de custodia, termina cooptando la libertad intrínseca del ser humano. La respuesta a esta cuestión se encuentra en el centro mismo de la dignidad del individuo y queremos presentar lecturas certeras que abordan este dilema desde la mirada cristiana y desde el derecho.

Acápiteme aparte revisaremos el caso de la huelga de hambre sostenida por menores de edad (estudiantes secundarios movilizadas) que ha abierto el debate, en una arista antes no vista, sobre el interés superior del niño, la autonomía de la voluntad, el rol paterno en este caso y la legitimidad sobre su consentimiento.

Asimismo, desde lo social y político, podemos plantear que muchas reacciones, aparentemente cargadas de un sentido legitimante, no cuestionan con igual vehemencia otros casos de peligro inminente o atentados contra la vida, como ocurre con los frecuentes homicidios entre reos al interior de las cárceles. Todo esto, sitúa muchas de las respuestas más en la contingencia política, que en una reflexión profunda desde los conceptos esenciales de la dignidad humana. Al respecto, llama la atención la ausencia total de debate en relación a los continuos sucesos y actos temerarios en que se pone en riesgo la vida, por mano propia, del mismo Estado o como resultado de oficios legitimados por la sociedad. Paradójico

³ Corte Suprema, Rol N° 7074-2010, 1 de octubre de 2010.

es el caso de los “guardaespaldas”, en que personas están dispuestos a ofrecer la vida en el marco de un servicio remunerado. O bien, el propio Estado que dispone de la libertad y hasta la vida de conscriptos en los procesos de Servicio Militar o en un conflicto bélico. El caso más extremo –que sí goza de amplio debate⁴– lo encontramos en la pena de muerte, donde el Estado derechamente dispone de la vida de un individuo. Sin embargo, la huelga de hambre, que pareciera de menor entidad frente a los ejemplos aludidos, se encuentra cargada de connotación pública, polemizando el acto del ayuno sacrificial.

HUELGA DE HAMBRE Y PROPUESTA DE UN MARCO OBJETIVO PARA SU LEGITIMIDAD

Los elementos que comprende la huelga de hambre como forma de protesta son una “*decisión voluntaria*” de privarse de alimento hasta la muerte (como horizonte probable y no como objetivo necesario); “*la finalidad*” de conseguir el reconocimiento efectivo de un derecho juzgado, conculcado o no admitido; “*el procedimiento*” de presión sobre una persona o una institución causante de la injusticia reclamada; “*la táctica*” de dar la máxima publicidad posible a la acción huelguista⁵.

Sin perjuicio del debate ético moral sobre la huelga de hambre, la consideramos legítima bajo ciertas condiciones muy concretas que esbozaremos a continuación, recogiendo, entre otros, los parámetros que propone el teólogo moral Aurelio Fernández⁶, a fin de comprender el alcance racional y extremo de la huelga de hambre como medio de protesta:

– Es necesario que, antes de iniciar la huelga de hambre, se agoten todos los demás medios racionalmente asequibles. En este sentido, nos parece apropiado seguir el criterio de un “procedimiento sencillo y eficaz” y el de un “plazo razonable”, para el reclamo de los derechos fundamentales, ambos recogidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conforme los cuales no se requiere

⁴ Puede revisarse algunas síntesis del debate nacional relativo a la pena de muerte en los artículos “Pena de Muerte y Derechos Humanos”, en OXMAN (2002) y “La Pena de Muerte en la Filosofía Jurídica y en los Derechos Penal Militar e Internacional Penal” en GUZMÁN (2006), pp. 767-784.

⁵ VIDAL (1984), pp. 256-257.

⁶ FERNÁNDEZ (1996), p. 752.

el agotamiento irrestricto de todos los recursos legales cuando ello conlleva la denegación de justicia emanada del aparato administrativo o judicial del Estado⁷.

– Que el deceso del o los huelguistas no se siga de modo inmediato. En efecto, en la “huelga de hambre” la muerte no deviene automáticamente, sólo se contempla el “propósito decidido” de ofrecer la propia vida, pero las autoridades tienen tiempo para medir la justicia de lo demandado. En consecuencia, el objeto no decide de inmediato su muerte, sino que media su ofrecimiento a favor de la solución de un grave problema. Como hemos adelantado, en un horizonte probable admitido, pero no deseado.

– *Seriedad y visibilización razonable*: el motivo que conduce a alguien a optar por la huelga de hambre debe ser asumido con especial seriedad. Por eso “llamar la atención”, “publicidad”, “éxito político”, etc. y otros móviles que con frecuencia se persiguen utilitariamente, restan validez al intento de ofrecer la vida por un valor moral de evidente influencia social que supere la propia vida. Al efecto, entendemos que debe distinguirse entre la publicidad oportunista, en que la huelga de hambre (frecuentemente breve) se instrumentaliza para un determinado fin poco trascendente y la publicidad indispensable que los huelguistas o sus colaboradores dan a una huelga de hambre que se ajusta racionalmente al fin que se persigue con la medida extrema, de tal forma que si no se visibiliza públicamente la huelga de hambre, sin ejercer “presión social”, no podría cumplir su fin de persuadir a la autoridad.

⁷ En este sentido señala Daniel O’Donnell: “No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (C.I. DDHH, OC-9/87, párr. 23)... 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 (C.I., Caso *Ivcher Bronstein*, párr. 137, 2001)” (O’DONNELL (2007), pp. 478-486). Agrega el ex juez y presidente de la Corte Interamericana de DD.HH., Sergio García Ramírez que: “El Concepto de plazo razonable [art. 8 C.A. DDHH], que se aplica a la solución jurisdiccional de una controversia... significa que haya razonabilidad en el trámite y en la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán a la sentencia definitiva... se aplica tanto a la solución jurisdiccional de una controversia –lo que a su vez significa que haya razonabilidad en el trámite y en la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán a la sentencia definitiva–, como a la diligencia en la ejecución de los fallos judiciales” (GARCÍA (2002), pp. 133-139). Así también lo confirmó la Corte Suprema de Chile en el caso de la Machi Francisca Linconao: “el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y expedito ante los Jueces y Tribunales competentes a fin que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales”. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009. Corte Suprema, Rol N° 7287-2009, de 30 noviembre 2009 (FAUNDES (2010), p. 99).

– “*Causa justa*”: Para Aurelio Fernández se requiere que el bien que se reivindica, además de justo, sea de amplio alcance social, que considere “un consenso general en demandar ese bien o bienes” (Fernández, 1996, p. 752).

Entendemos la causa justa como el consenso de quienes cuestionan la legitimidad de un determinado régimen, sistema social, político, jurídico o religioso, o de determinadas acciones de éste, ya que las injusticias sociales, políticas y religiosas u otras que motiven la huelga, pueden y suelen anidar, precisamente, la imposición de pseudo consensos sobre sectores minoritarios, a veces adornados de un Estado de Derecho formal⁸. En este sentido, la acción de los huelguistas contiene una demanda de reconocimiento que rompe o busca romper la hegemonía cultural y supone un marco de conflicto con el poder establecido⁹.

Por otra parte, el mismo Fernández descarta la legitimidad de la “huelga de hambre de los terroristas” (Fernández, 1996, p. 752). Para nosotros, esta exclusión sólo puede sostenerse sobre la base de un juicio justo que defina la culpabilidad y no mediante una imputación penal *a priori*, arbitraria o política, calificando de “terrorista” a una determinada acción o a su autor, con sus exacerbadas consecuencias jurídicas (menor estándar para autorizar la prisión preventiva, aumento de las penas, restricción de garantías procesales, entre otras), cuyo reclamo, precisamente, ha sido objeto de algunas de las huelgas de hambre en referencia.

DEBER PARA CON LA VIDA, LA LIBERTAD Y HUELGA DE HAMBRE

Si bien el tratamiento de la huelga de hambre gira normalmente en relación al “Derecho a la Vida”¹⁰, se debe juzgar más bien en torno al “*deber para con la*

⁸ Como dijo Jorge Millas en relación a la legitimidad de la Constitución de 1980: “...el nuevo orden político será por falta de autenticidad del consenso originario, un verdadero desorden espiritual. Podrán saludarlo las autoridades y sus partidarios con alegría porque así consolidan su poder e imponen sus doctrinas... pero no será una alegría realmente nacional, no expresará la concordia mínima que la república necesita. El problema de la nueva Constitución seguirá siendo la tarea histórica de los chilenos libres” (ILLANES (2009), p. 285).

⁹ Para el filósofo Raúl Fornet-Betancourt, el reconocimiento “trata de una dinámica que se desarrolla en un contexto conflictual, tanto por la historia de la cuestión del reconocimiento como por el presente de lucha de pueblos enteros que hacen ver que hablar de reconocimiento significa, ayer como hoy, hablar del escándalo de la división social, política, religiosa, ¡humana!, etc., que hace desiguales a los que son iguales al hacer que unos seres humanos valgan y cuentan más que otros [...] una historia de negación del otro, sea en la figura del bárbaro, del pagano, del salvaje, del subdesarrollado o del migrante pobre” (FORNET-BETANCOURT (2011), pp. 16, 31).

¹⁰ Al respecto dice José Díaz Valdez que “la jurisprudencia ha consistentemente reafirmado una suerte de ‘jerarquía superior de hecho’ del derecho a la vida, cuyo carácter de ‘derecho fundante de todos los demás’ le hace primar normalmente sobre otros derechos (e.g. casos de transfusiones de sangre a Testigos de Jehová

vida”, porque es del todo evidente la indivisibilidad de los derechos y los deberes humanos. Sin embargo, no existe una exacta simetría entre deber y derecho. Más bien, la simetría debería darse entre libertad y derecho estricto. Entre éstos existe la intermediación del deber moral.

Nuestro mundo está encerrado en una óptica puramente individualista. Se nos ha enseñado que nuestra libertad termina donde comienza la libertad del otro. Por lo tanto, el deber sería un terreno de conflicto entre la libertad que despliega las potencialidades del hombre y el derecho que niega ese despliegue o lo limita. “Por el contrario, si consideramos que nuestra libertad se inicia verdaderamente allí donde comienza la libertad del otro, el derecho es una limitante vivificada por el deber moral y juega un rol positivo: la de ser un posibilitador de una libertad solidaria, de una libertad común, puesto que consideramos nuestra libertad ligada a la libertad de los otros” (Meyer-Bisch, 1987). En la tríada “libertad-deber-derecho” el deber moral vivifica el derecho y orienta la libertad. No es ya más un terreno de conflicto, sino de armonización. O bien, como dice el filósofo español Agustín Domingo, siguiendo a Taylor, se trata de un horizonte “donde desaparece el *ciudadano como individuo*, átomo social o sujeto abstracto o desenraizado y emerge el *ciudadano como persona* o presencia comunicada que compartiendo fines y metas hace valioso el mundo porque lo construye *en clave de corresponsabilidad*, esto es, de responsabilidad compartida” (Domingo, 2011, p. 17).

De esta forma, en relación al derecho a la vida, desde una óptica libertaria y solidaria, podemos sostener que “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” (Calvez, 1989). Como dice Henri Bergson: “Mi ser no se siente obligado sino si es libre y cada obligación, tomada aparte, implica la libertad” (Oeuvres, 1959). Por ello, el tema de la huelga de hambre, como el del suicidio, deben ser analizados desde el punto de vista del “derecho a”, pero preferentemente del “deber de promover al otro” (Calvez, 1989). Juan XXII en *Pacem in Terris* comparte esta perspectiva ética, planteando que:

“El fundamento de toda sociedad bien ordenada y fecunda, es el principio que todo ser humano es una persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de

y huelgas de hambre de prisioneros)” (DÍAZ (2010), pp. 278-279). También véase UGARTE (2006), quien ofrece una mirada global sobre los diversos tópicos jurídicos que involucra el Derecho a la Vida. En relación a ambas referencias hacemos reserva de sus planteamientos y enfoques.

voluntad libre. Por eso mismo, él es sujeto de derechos y deberes, derivando unos y otros, conjunta e inmediatamente de su naturaleza” (Nº 9); “En la vida en sociedad, todo derecho conferido a una persona por la naturaleza crea en los otros un deber: aquel de reconocer y de respetar este derecho” (Nº 30); “Para el pensamiento contemporáneo el bien común reside sobre todo en la salvaguardia de los derechos y deberes de la persona humana; por lo tanto, el rol de los gobernantes consiste sobre todo en garantizar el reconocimiento y el respeto de los derechos, su conciliación mutua y su expansión y, en consecuencia, en facilitar a cada ciudadano el cumplimiento de sus deberes” (Nº 60).

Coronando esta armonización de derechos y deberes, Juan XXIII concibe a la sociedad como “una realidad de orden espiritual” (Nº 36). La sociedad es “intercambio de conocimientos a la luz de la verdad, ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes; emulación en la búsqueda del bien moral; comunión en el noble gozo del bien en todas sus expresiones legítimas; *disposición permanente a comunicar al otro lo mejor de sí mismo* y aspiración común a un constante enriquecimiento espiritual” (Nº 60)¹¹.

Entonces, el análisis que se realice sobre la huelga de hambre no puede dejar de considerar, abstraerse o separar la libertad del individuo de su deber para con la vida. Tampoco se puede pretender que exista un valor preponderante sobre el otro, ni menos entregar su titularidad a un tercero ficto como el Estado, como han prescrito algunos fallos que revisaremos. El desafío es construir un marco armónico para la libertad y el deber para con la vida, ambos emanados de la esencia misma de la persona humana¹².

¹¹ La cursiva es nuestra.

¹² Un esfuerzo interesante que busca conciliar la vida como valor intrínseco, los deberes para con ella y la libertad del individuo en huelga de hambre, lo encontramos en la “*Declaración de Malta*” que define un marco ético para los médicos que atienden a personas en huelga de hambre: “Una persona en huelga de hambre es alguien mentalmente competente que ha decidido comenzar una huelga de hambre y se niega a ingerir alimentos y/o líquidos durante un período significativo [...] El médico que trata a las personas en huelga de hambre enfrenta los siguientes valores conflictivos: ... Cada ser humano tiene la obligación moral de respetar el aspecto sagrado de la vida... Es deber del médico respetar la autonomía que el paciente tiene sobre su persona. Los médicos u otro personal médico no pueden ejercer presión indebida, de ningún tipo, sobre la persona en huelga de hambre, a fin de que suspenda la huelga... Sin embargo, el médico debe dejar bien en claro al paciente si quiere o no aceptar su decisión de rechazar el tratamiento, o en caso de coma, la alimentación artificial, lo que implica un riesgo de muerte. Si el médico no puede aceptar la decisión del paciente de rechazar dicha ayuda, entonces el paciente debe tener el derecho de ser atendido por otro médico” (43ª ASAMBLEA MÉDICA MUNDIAL, 1991).

HUELGA DE HAMBRE Y SUICIDIO

Como podemos observar en la prensa e incluso en el debate judicial, el tratamiento corriente que se da a la huelga de hambre se centra en el suicidio, suponiendo una relación necesaria entre ambos.

Bajo dichos supuestos, en 1984 profesores de la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC) recurrentes contra el Párroco de San Roque y estudiantes expulsados en huelga de hambre, argumentan que la vida de los huelguistas se encuentra seriamente amenazada de continuar la huelga de hambre y perturbada su integridad física y psíquica. Textualmente sostienen que “No se diga que por cuanto los huelguistas tienen derecho a su propia vida, en la medida en que atentan en su contra obran en el ámbito de su propio derecho”¹³. En efecto, como lo dice el tratadista Rafael Fernández Concha en su *Filosofía del Derecho*, 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... Mas ante las verdades primordiales de la Moral y del Derecho, el suicidio no puede menos de ser condenado como insigne crimen” (Fernández, 1988, pp. 28-29).

En el caso de los recurrentes de la PUC, el fallo de la Corte Suprema al acoger el recurso, sigue esta línea argumental que una huelga de hambre y la conducta suicida –como un ilícito–:

“... 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 y el Padre Whelan, quien estaba al momento de la interposición del presente recurso, prestándoles albergue para la realización de su propósito, 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[...] “Que, por otra parte *la inviolabilidad de la vida por uno mismo*, o por otra persona, es fruto de la civilización judeo-cristiana, que ha inspirado toda nuestra legislación

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 167-849, 9 agosto 1984.

y ha sido recogida invariablemente por la Teología y el Derecho Natural, ya sea en sus corrientes tomistas o racionalistas”¹⁴.

Como se ve claramente toda la argumentación del recurso reside en la identificación entre la huelga de hambre y el suicidio y en la ilicitud de este último. No podemos compartir esta forma de enfocar el problema, en la que evidenciamos una grave falla lógica, porque se concluye que la huelga de hambre es ilícita porque el suicidio es ilícito y se da por supuesto que toda huelga de hambre es suicidio. Bajo el enfoque en referencia, sostiene el profesor Eduardo Soto Kloss: “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” (Soto Kloss, 1985, p. 7).

Por su parte, en una línea similar, José Joaquín Ugarte sostiene que “Las figuras básicas de atentado contra el derecho a la vida son el homicidio, el suicidio y la mutilación,... conductas intrínsecamente malas que ninguna causa puede justificar”. Respecto de la huelga de hambre sucintamente acoge la tesis mayoritaria de los tribunales chilenos diciendo que “nuestra jurisprudencia en diversos fallos ha declarado, invocando incluso el derecho natural, que la vida es indisponible también para el propio sujeto de ella, y ha ordenado la alimentación forzosa de personas en huelga de hambre” (Ugarte Godoy, 2006, p. 518). Según desarrollemos a continuación, la omisión de distinciones necesarias lo lleva a contradicciones lógico-éticas en su planteamiento, como considerar ilícita la oposición por razones religiosas a una transfusión de sangre, pero sí lícita la muerte de civiles en bombardeo a buques de guerra.

En primer término, los problemas de esta posición, entre otros, radican en que es claramente diferente el caso del suicidio directo y el de la huelga de hambre. ¿Cómo llamar suicidio al especial modo con el que alguien quiere y/o puede matarse negativamente, es decir, por omisión, no alimentándose que a la acción

¹⁴ Corte Suprema, Rol N° 167-84, 9 agosto 1984.

del suicidio directo? Hay distintos tipos de suicidio¹⁵ y requieren tratamientos diferenciados. No sólo la antropología nos muestra el “*suicidio egoísta*” (en que el individuo se siente libre para decidir su propio fin y lanzado a su suerte) y el “*suicidio altruista*” (en que hay un tutelaje excesivo de la sociedad sobre sus miembros, hasta el punto de que puede aquélla obligarlo a autoeliminarse por razones de convivencia social). Existe el “suicidio heroico” que, a su vez, admite distintas dimensiones (suicidio defensivo, “suicidio honorable”, “suicidio benéfico”, “suicidio holístico”, “suicidio contestatario”)¹⁶ ¿Todos ellos merecen el mismo tratamiento ético?

La huelga de hambre sería, en principio –si aceptáramos la hipótesis de la identificación de la huelga de hambre con el suicidio– un “suicidio defensivo, benéfico y contestatario” (Fernández Concha, 1988, p. 29). Es claro que en las culturas antiguas eran más frecuentes los suicidios altruistas y hoy son más frecuentes los suicidios egoístas. Es también claro que en la actualidad el suicidio se define por la occisión directa¹⁷, como lo refiere la “Declaración «*iura et bona*» sobre la eutanasia” de la Iglesia Católica:

“La muerte voluntaria o sea el suicidio es tan inaceptable como el homicidio; semejante acción constituye un efecto, por parte del hombre, el rechazo de la soberanía de Dios y de su designio de amor. Además, el suicidio es a menudo un rechazo del amor hacia sí mismo,... aunque a veces intervengan, como se sabe, factores psicológicos que pueden atenuar o incluso quitar la responsabilidad” (S.C.D.F., 1980, párr. I.3).

En todo caso, debe distinguirse la reprochabilidad del suicidio y su ilicitud objetiva, porque como dice Mifsud “*Se debe un respeto por la conciencia subjetiva de los participantes, pero una valoración negativa de la acción objetiva*” (Mifsud, 1985). En el sentido anterior, no es exacto lo afirmado en el fallo de 1984 en tanto que la tradición judeocristiana siempre ha rechazado en bloque y sin matices todo tipo de autooccisión. Por ejemplo, en la Biblia se muestran los casos de Sansón (Jueces 16,30); Saúl, Abimelek, Ajitofel, Razias (II Macabeos 14,41), en los que no hay un juicio negativo sobre el suicidio altruista o por honor. A modo de ejemplo, recordemos el Primer libro de Samuel:

¹⁵ DURKHEIM (1965), pp. 115-168.

¹⁶ FERNÁNDEZ (1988), p. 29.

¹⁷ FERNÁNDEZ (1988), p. 29.

“Dijo Saúl a su escudero: Saca tu espada y traspásame, no me hieran esos incircuncisos y así me afrenten. El escudero no obedeció por el gran temor que tenía; y cogiendo Saúl su propia espada, se echó sobre la punta de ella. El escudero, viéndole muerto, se arrojó igualmente sobre la suya y murió con él” (Jueces 31, 4-6).

Así, también, el suicidio del mismo Judas es respetado y no juzgado, ya que se le ve como una consecuencia de la traición.

El profesor Gastón Gómez formula una demoledora crítica a la sentencia que equipara huelga de hambre con suicidio, argumentando entre otras razones, que:

“Es bueno tener claro que el suicida es quien voluntariamente decide privarse de la vida, para lo que escoge un curso de acción eficaz al fin que persigue, el que es deseado y querido. En cambio, *la huelga de hambre desarrolla un curso de acción también voluntario, pero donde el resultado no es querido ni deseado por el sujeto, pero sí aceptado. El huelguista acepta que de su acción voluntaria se sigue la muerte, no obstante, no desea, ni quiere, ni pretende que ese sea el resultado de su acción.* La cual en realidad, está dirigida a que la autoridad o el particular modifique o cambie la decisión que cuestiona: esto es lo querido y deseado. Sin embargo, y esto es muy importante, está dispuesto a aceptar como resultado inevitable y voluntario de su acción la muerte, si la decisión no es alterada. El suicida tratará de evitar que se intervenga en la obtención del resultado querido de su acción, por así decirlo, el suicida ha de asegurarse que el curso de su acción traiga consigo el resultado que se propone, la huelga de hambre en cambio, pone su vida en manos de un tercero para que éste lo salve o no. La huelga de hambre cree que –genuina o sólo instrumentalmente– los seres humanos tenemos la obligación moral de evitar a los demás un trance mortal, e invoca ese supuesto deber, para que la autoridad o el particular no queden en la mirada pública como insensibles. Pero es muy difícil sostener como cree un huelguista de ese tipo, que en realidad la autoridad tenga un deber moral –mucho menos jurídico– de enmendar sus decisiones para evitar el sacrificio de un huelguista” (Gómez, 2005).

Si bien la afirmación final de Gastón Gómez tiene coherencia, llama la atención el que a partir de algunas huelgas de hambre (con resultado de muerte o no) se han alcanzados acuerdos políticos importantes, como las medidas acordadas por el Gobierno del Presidente Piñera que permitieron deponer la huelga de hambre de 34 presos mapuche en 2010 (Recalificación de querellas, pasando de delitos terroristas a comunes; un proyecto de ley de modificación a la Ley N° 18.314, entre otras); o la liberación (“humanitaria” y “unilateral”) de 52 detenidos políticos en Cuba que permitieron que el disidente cubano Mario Fariñas depusiera su huelga de hambre sostenida por más de 120 días en 2010 (iniciada después

que el preso político cubano Orlando Zapata muriera tras 85 días en huelga de hambre). Así, parecen existir elementos suficientes para estimar que la huelga de hambre, como presión moral o política, sí puede generar acciones jurídicamente relevantes. Aunque dejaremos pendiente el dilucidar la relación dada entre estas medidas y la huelga de hambre.

Por otra parte, la ocisión indirecta como acción voluntaria es lícita ya que se busca una acción no mala en sí (por ejemplo, la investigación científica de alto riesgo, el caso del guardaespaldas antes aludido, un rescate en alta montaña o en un incendio) y existe un justo o proporcionado motivo, como el bien para sí mismo o para los terceros¹⁸. Veamos algunos ejemplos de la tradición cristiana:

– Cristo prevé su muerte, pero no hace nada por evitarla. Es cierto que es otro el que lo mata, pero la exposición al peligro al ir a Jerusalén era evidente. Pero en sentido estricto no es una ocisión indirecta, es un homicidio (Mateo 16, 21-23; 17, 22-23; 20, 17-19; 26, 45-54).

– En el mismo sentido la notable Carta de San Ignacio de Antioquía a los fieles de Roma: “Por lo que a mí toca, escribo a todas las Iglesias, y a todas les encarezco que yo estoy pronto a morir de buena gana por Dios, con tal que vosotros no me lo impidáis. Yo os lo suplico: no mostréis conmigo una benevolencia inoportuna. Permitidme ser pasto de las fieras, por la que me es dado alcanzar a Dios. Trigo soy de Dios, y por los dientes de las fieras, he ser molido, a fin de ser presentado como limpio pan de Cristo. Halagad más bien a las fieras, para que se conviertan en sepulcro más y no dejen rastro de mi cuerpo...” (Romanos IV, 1-2).

– Está más cerca de la ocisión indirecta la frase de San Pablo: “aunque entregara mi cuerpo a las llamas, si lo hago por otros motivos y no por amor, de nada me serviría” (Cor. 1, 13,3). Ello justificaría ciertos tipos de ocisión indirecta y entrega de la vida por amor.

– Ambrosio, en su *Tratado sobre la virginidad* (1,3) nos habla de una virgen de 15 años, Santa Pelagia de Antioquía, que por defender su honestidad se ahogó en el mar.

– También encontramos el sacrificio de Sansón, citado por San Agustín en la *Suma Teológica*: “y gritó: ¡Muera yo con los filisteos! Las sacudió con toda su fuerza y el edificio se derrumbó sobre los jefes y sobre todo el pueblo que estaba allí. Y los que mató al morir fueron más que los que mató en vida” (Jueces 16,30). “y la muerte de Sansón no por otra causa se justifica cuando justamente con los

¹⁸ Véase FERNÁNDEZ (1988).

enemigos quiso perecer bajo las ruinas del templo, sino porque secretamente se lo había inspirado el espíritu de Dios, por cuyo medio hizo acciones milagrosas que causan admiración” (Libro I, capítulo XXI). “Sin embargo, Sansón se mató a sí mismo, como aparece en Jueces 16,30, el que es enumerado entre los santos como se desprende de Hebreos 11,32. Por lo tanto es lícito suicidarse”.

– Santo Tomás señala, “como afirma San Agustín Sansón no es excusado de causar su muerte y la de sus enemigos, produciendo la ruina de la casa, sino porque el Espíritu se lo había inspirado secretamente y hacía milagros a través de él. Y la misma razón se aduce cuando algunas santas mujeres se mataron en tiempos de persecución, cuya memoria se celebra en la Iglesia”. Agrega, “¿Qué más diré? Me faltaría tiempo para hablar de Gedeon, Barac, Sansón, Jeffé, David, Samuel y los profetas (Hebreos 11,32)” (1945, pp. 50 y 51).

Para el pensamiento tomista “El atentado contra la vida es ilícito a no ser que conste claramente que el Señor así lo quiere”.

Leandro Rossi llega a decir: “Desde luego no habrá que pecar de ligereza a la hora de admitir mandatos o permisiones divinas a este propósito (es tal nuestro apego a la vida que no es fácil el peligro de que se multipliquen estas extrañas inspiraciones del Espíritu Santo); pero tampoco se podrá rechazar la posibilidad (al menos teórica) de esta llamada o permisión divina” (Rossi, 1978, p. 1031).

Por otro lado, ciertos casos de huelga de hambre podrían caer en casos de “entrega de la vida”, “de oblación de la propia vida” y de occisión indirecta y no de suicidio: “Se deberá, sin embargo, distinguir bien del suicidio, aquel sacrificio con el que, por una causa superior –como la gloria de Dios, la salvación de las almas o el servicio a los hermanos– se ofrece o se pone en peligro la propia vida”¹⁹. Tal es el caso de Maximiliano Kolbe en Auschwitz, de Francisco Javier en las misiones de Oriente o Terence Mac Swiney (alcalde católico de la ciudad irlandesa de Cork, muerto después de 73 días sin ingerir alimentos en 1920)²⁰.

Basado en una postura liberal individualista, Gómez admite la negación del deber de conservar la vida y acepta la legitimidad del suicidio: “El derecho a la vida ha de comprender, inevitablemente, el definir el instante en que, voluntaria o conscientemente pretendemos ponerle fin” (Gómez, 2005, p. 268).

¹⁹ Declaración sobre la Eutanasia de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, 1981.

²⁰ Fue detenido y encarcelado por participar en la rebelión independentista de Irlanda contra Gran Bretaña. Murió en prisión el 25 de octubre de 1920. Mac Swiney es un héroe para Irlanda que obtuvo su independencia poco después.

Nosotros, considerando el deber de contribución social para la construcción del bien común temporal, y por ende el deber de conservar la vida que tiene cada persona, si bien rechazamos la asimilación de la huelga de hambre al suicidio (al igual que Gómez), estimamos que en ocasiones límites la huelga de hambre “hasta las últimas consecuencias” es legítima, pero no que la huelga de hambre y menos que el suicidio sean *per se* legítimos a todo respecto. Así, siguiendo a Mifsud²¹ podemos sintetizar que:

– *Es lógica y éticamente incorrecto tratar la huelga de hambre siempre en el contexto temático del suicidio*, porque constituyen dos realidades distintas.

– *No se ve que siempre y necesariamente la huelga de hambre sea condenable absolutamente*, es decir, en cualquier condición y bajo cualquier supuesto²². Mucho menos que se le considere un delito penal como lo proponen De la Noi²³ y Villalobos²⁴.

Para juzgar los diversos casos deberá atenderse a la realidad contextual y la autenticidad motivacional de los participantes y ver si se dan los elementos de la ocisión indirecta (causa justa, último recurso, proporcionalidad, seriedad, etc.). Sin embargo, es difícil justificar objetivamente la huelga de hambre y únicamente tendría coherencia moral en *situaciones extremas* en las que la pérdida de credibilidad de la vida, impuesta injustamente por determinadas instituciones de poder, exigiese “entregar” la propia vida (o estar dispuesto a ello) como respuesta de coherencia personal²⁵.

²¹ Véase MIFSUD (1985).

²² ELIZARI (1981), p. 108.

²³ Con ocasión de la huelga de hambre de estudiantes de la PUC en la Parroquia de San Roque, otro párroco y profesor de la PUC, Pedro de la Noi, propone en carta de 20 de mayo de 1985 al Almirante Merino, miembro de la Junta de Gobierno: “Pienso que una legislación que tipificara el delito de huelga de hambre, en cuanto escándalo público, cuando atenta contra la salud y la vida o se presenta como tal, tendría consecuencias positivas...” (copia del original en archivo privado de uno de los autores).

²⁴ Un rechazo más tajante aún (a la huelga de hambre de presos mapuche) es el que plantea Sergio Villalobos quien considera que “la huelga de hambre era parte del terrorismo pues infunde temor en la población”, aunque, contradictoriamente, rechaza la alimentación forzada porque “si alguien quiere morirse, allá él. No sé por qué la sociedad tiene que estar preocupada de lo que cada cual elige” (Diario Las Últimas Noticias, 10 octubre 2010).

²⁵ VIDAL (1984).

LA HUELGA DE HAMBRE COMO FACTOR COMÚN A LAS DENUNCIAS POR VIOLACIONES A
LOS DERECHOS HUMANOS EN DICTADURA, A LAS DEMANDAS MAPUCHE
Y HOY A LA DEMANDA ESTUDIANTIL

Chile vivió un caso límite en que pudieron darse algunos de estos elementos de autoocisión indirecta: la huelga de hambre de los familiares de detenidos desaparecidos en junio de 1978. El Comité Permanente del Episcopado se pronunció en forma ambivalente sobre la licitud o ilicitud de dicha huelga de hambre claramente agobiada por la gravedad de las denuncias:

“[Nº 2] Siempre hemos querido acoger, con nuestro mayor respeto y comprensión, el dolor que aflige a los familiares de los desaparecidos. Hemos considerado además nuestro deber reafirmar el derecho que les asiste de requerir, a las autoridades competentes, toda la información posible de obtener sobre la suerte de sus seres queridos. La eventualidad de que nuestra acción pudiera interpretarse o usarse para fines ajenos a la misión de la Iglesia, no puede inhibirnos de continuar en ella, hasta que tan legítima demanda obtenga una respuesta satisfactoria”.

“[Nº 3] Valorizamos también, con respeto, el sacrificio que los familiares de desaparecidos se han impuesto, en orden a sensibilizar a la opinión pública –con medios no violentos– sobre la justicia y urgencia de su petición.

“Por el respeto que todos debemos a Dios, único Autor y Señor de la vida humana, y por estimar que se ha conseguido una opinión pública favorable a sus justos anhelos, pedimos se ponga fin a la huelga de hambre que mantienen, desde hace más de dos semanas, los familiares de detenidos desaparecidos”²⁶.

El Cardenal Raúl Silva Henríquez realizó gestiones con el Ministro del Interior don Sergio Fernández, buscando el compromiso en la aclaración de los casos de detenidos desaparecidos que se manejaban a esa fecha, la historia demuestra el fracaso²⁷ que a esa fecha anticipa la Declaración del Episcopado chileno: “*Desgraciadamente, hemos llegado a la conclusión de que el gobierno no realizará una investigación a fondo de lo ocurrido, que permitiera establecer la realidad de cada caso y las responsabilidades correspondientes...*”²⁸.

²⁶ Ref. Nº 345/78; 6 de junio de 1978.

²⁷ El *Informe de Verdad Histórica y Reconciliación*, conocido como *Informe Rettig*, señaló 2.279 personas detenidas desaparecidas y ejecutadas (COMISIÓN RETTIG, 1991); cifra de víctimas que el *Informe de Prisión Política y Tortura* elevó a 3.197 (COMISIÓN VALECH, 2011).

²⁸ Ref. Nº 746/78, 9 de noviembre de 1978.

Vistos estos antecedentes, la huelga de hambre de los familiares de detenidos desaparecidos, en 1978, no puede entenderse como un intento suicida y hubiera sido ilegítimo impedirla por un recurso de protección. La actuación de la Iglesia que impidió la muerte de algunos de los ayunantes en 1978, no abrió tampoco el paso a la verdad que sólo llegaría décadas después en democracia, verdad que aún no alcanza a todos.

El caso del “Intendente de la Región de Atacama con el Párroco de El Salvador”, en 1986, significó un giro relativo a la jurisprudencia nacional previa, al rechazar que la huelga de hambre afectaba la garantía constitucional referida en el número 4 del artículo 19 de la Carta Fundamental, “el respeto y protección a la honra de las personas que se dicen perturbadas con la actitud de los huelguistas”, porque no encontró de los antecedentes examinados “una relación de causalidad atentatoria de tal derecho, ya que no obstante estar los ayunantes a riesgo de sus vidas, ejerciendo cierta forma de presión, con ello solamente pretenden alcanzar un determinado logro de orden laboral y secundariamente económico, que por lo mismo no permite advertir de qué manera pueda alterarse la garantía que se invoca”²⁹. Pero, a la par, elevó la efectividad del “cuidado de Gendarmería” a un bien protegido constitucionalmente, “aun contra la libertad de expresión y la libertad de conciencia de los amparados”, estableciendo una doctrina judicial que se sostiene hasta hoy³⁰.

En 1991 se llevó a cabo una mediática huelga de hambre sostenida por presos acusados de terrorismo, quienes reclamaban que sus procesos se eternizaban en manos de los fiscales militares con la consecuencia que la prisión preventiva pasaba a ser una condena *sine die y sin sentencia*, legítima del clamor y de la huelga de los presos, por sobre de la imputabilidad que se invoca para excusar su encarcelamiento.

En 2003 los Lonko Mapuche Aniceto Norín y Pascual Pichún sostuvieron una huelga de hambre por más de 50 días en que reclaman por una sentencia que, en un segundo juicio³¹, pese a la absolución de los delitos más graves, como incendio terrorista, fueron condenados por “amenazas terroristas” a cinco años y un día de prisión efectiva. Esta huelga sólo se levanta con la intervención del

²⁹ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 3560-86, 3 de julio de 1986.

³⁰ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 3560-86, 3 de julio de 1986.

³¹ En el primer juicio oral fueron absueltos de todos los delitos (incendio terrorista, entre otras). Tribunal de Juicio Oral de Angol, R.I.T. N2-2003. Juicio anulado por la Corte Suprema. Corte Suprema, Rol N° 1743-03, 3 de julio de 2003.

Obispo de Temuco Manuel Camilo Vial (finalmente, el caso se llevó a la Comisión Interamericana de DDHH, con un resultado aún pendiente).

En el año 2007 serán presos mapuche en la Cárcel de Angol en huelga de hambre los que solicitan la mediación de Monseñor Alejandro Goic, Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile. Entre ellos estaba Patricia Troncoso (“la Chepa”), quien ya había sido absuelta en el juicio de los lonko de 2003 recién referido, pero fue condenada a 10 años de cárcel por el Tribunal de Angol en el caso *Poluco Pidenco* (2004)³². Su huelga termina tras 111 días de ayuno, con la intervención de la Iglesia Católica liderada por el Obispo Alejandro Goic (junto a los obispos Camilo Vial, Carlos Pellegrin y Ricardo Ezzati) quien logró mediando con las autoridades de gobierno para que se le otorguen beneficios intrapenitenciarios (un mes más tarde la retomaría por cerca de una semana denunciando ciertos incumplimientos).

En este caso la Corte de Apelaciones de Temuco, el 4 de noviembre de 2007, autorizó a Gendarmería a internar a los huelguistas en un hospital, al acoger el recurso de protección presentado por el organismo carcelario. Si bien en los argumentos esgrimidos por la Corte ya no se habla literalmente de la equiparación de la huelga de hambre con el suicidio, expresan:

“Que si bien los internos por los cuales se ha recurrido tienen derecho a manifestar su opinión y decidir en cuanto a sus actos personales y respecto de los cuales el recurrente 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 aun contra la voluntad de ellos y su libertad de conciencia y opinión*, sobre todo cuando el acto de los protegidos reviste el desconocimiento de las vías legales para hacer valer sus pretensiones, lo que por lo menos a la actitud de los amparados puede calificarse de arbitraria, porque *pone a través del riesgo de sus vidas en peligro el deber de cuidado de la recurrente*, en cuanto a su efectividad aunque no podría decirse que se afecte el honor de la autoridad. De esta manera, la negativa a ingerir alimentos de los internos, si bien cabe dentro del ámbito de su autocuidado, 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*”³³.

³² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RIT 21-2004.

³³ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1848-2007, 4 de noviembre de 2007.

En 2010 la huelga de hambre de treinta y cuatro presos mapuche extendida por 82 días estremeció a Chile y trascendió internacionalmente. Entre otros motivos, reclamaban por la aplicación de la ley que sanciona conductas terroristas N° 18.314 a sus casos, denunciando que la razón se encontraría en la connotación política de estos hechos, lo que constituye una acción discriminatoria respecto de ellos y los pueblos indígenas en Chile. Finalmente, atendiendo a la demanda de los huelguistas, con activa intervención de la Iglesia Católica, se llegó al consenso político para la no aplicación de la ley antiterrorista en las causas seguidas contra comuneros mapuche y su modificación en general³⁴.

Pero en sus fallos de octubre de 2010 y mayo de 2011, la Corte Suprema prácticamente reproduce las consideraciones del recurso de 2007, sosteniendo que “el actuar de los recurridos no sólo pone en peligro su integridad física –derecho a la vida que garantiza el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y que constituye el más esencial de los atributos de la naturaleza humana–, sino que además impide a Gendarmería de Chile cumplir efectivamente con los cometidos que le han sido fijados por su ley orgánica, lo que otorga a dicha conducta caracteres de arbitrariedad que hacen necesario adoptar las medidas que esta vía cautelar autoriza a fin de restablecer el imperio del derecho”³⁵. En la huelga de hambre de 2011, los cuatro presos que estuvieron 87 días en ayuno líquido reclamaban la anulación del juicio que los condenó a 14 años y 8 años de prisión, respectivamente. Denunciaban, entre otros, el haberse usado mecanismos de la referida Ley N° 18.314, como testigos con identidad protegida, la delación compensada y la utilización de declaraciones autoincriminatorias obtenidas bajo apremios ilegítimos (tortura). A su respecto, en el fallo del 3 de mayo de 2011, la Corte de Apelaciones de Temuco, vuelve a resolver que:

“Que el fundamento del recurso entablado es la conducta de los internos referidos en el libelo en cuanto éstos mantienen en el tiempo una huelga de hambre líquida que amenaza en forma grave sus vidas y sus integridades físicas, garantías contempladas en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política... Que así las cosas, aquel comportamiento de los internos,... es una perturbación y amenaza grave contra sus

³⁴ Los Obispos del Sur, en el Documento de Trabajo “Por un Nuevo Trato con el Pueblo Mapuche” (2002) y la “Carta Pastoral por la Dignificación del Pueblo Mapuche” (2001), han rechazado “la criminalización de las legítimas demandas de reconocimiento de los derechos del pueblo mapuche”. Asimismo, los Relatores de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, han hecho observaciones y recomendaciones al Estado de Chile por la aplicación de la legislación antiterrorista a las demandas sociales de los Pueblos Indígenas. Otros autores, STAVENHAGEN (2003) y ANAYA (2009).

³⁵ Corte Suprema, Rol N° 7074-2010, 1 de octubre de 2010.

vidas y un atentado a sus integridades físicas, conducta que es arbitraria, pues no hay razón que la justifique cualquiera sea el motivo que la causa, y es ilegal ya que no existe norma legal que permita ese actuar. Que frente a esos hechos Gendarmería tiene la obligación legal de velar por el cuidado de las personas que están privadas de su libertad en los recintos que administra, cuidado que conlleva preocupación por las vidas y la integridad física de aquéllas³⁶.

PROBLEMAS DE LA DOCTRINA “PRODEBER DE CAUTELA” ESTATAL

En los casos revisados no se vislumbra arbitrariedad en el acto de los huelguistas, particularmente visto el sentido de justicia de sus demandas. Actúan razonable y coherentemente, sobre la base de sus convicciones, derechos, deberes y libertades, en su fuero interno al que no debiera alcanzar el poder jurisdiccional.

El fundamento de los fallos, si bien se invoca el derecho a la vida como fundamento final, se centra en el deber u obligación de cautela del Estado, “personificado” en Gendarmería de Chile, situando a las personas en huelga de hambre como infractores de la obligación de custodia de Gendarmería para con ellos mismos. De ello, algunas consecuencias lógico-jurídicas:

- La privación de libertad como sanción penal, ya no sólo priva de la libertad de movimiento a los reclusos, sino que los “muta” en sujetos pseudo incapaces, ausentes de voluntad propia, porque no podría entenderse de otro modo el que Gendarmería pueda adquirir la condición de “víctima”, sino en representación o defensa de los derechos de los reclusos en huelga de hambre.
- La ficción legal que considera a determinadas entidades con “personalidad jurídica”, como personas de derecho, se extrapola a tal punto que el Estado (persona ficticia, pero con existencia legal) pasa a ser titular de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de los derechos fundamentales del individuo. Porque los fallos, particularmente los más recientes, sin mucha renovación en la reflexión, acogen los recursos, en concreto, para asegurar un pseudo “derecho” de la entidad carcelaria, que no es más, en todo caso, que la “obligación de custodia”, transmutada sin más argumento en “derecho”. El Estado pasa de “garante” a “víctima” por mero poder jurisdiccional.

De acuerdo a la tesis cuestionada, se ha llegado a un exceso en la interpretación que transgrede principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el “Principio *Pro Homine*” y la doctrina del *Corpus Juris* del Derecho

³⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 2-2011, 3 de mayo de 2011.

Internacional de los Derechos Humanos³⁷, enmarcados en la “aplicación evolutiva” de tal derecho³⁸, en tanto la interpretación conduce al resultado precisamente inverso que al de los postulados garantistas, supeditando los derechos del individuo a los del Estado. El Estado que constitucionalmente tiene el deber de proteger y promover los derechos garantizados en la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, pasa a estar protegido por tales derechos frente a las “arbitrariedades” del “individuo infractor” de sus propios derechos emanados de la naturaleza humana³⁹. Esta limitación al deber de cautela estatal y la imposibilidad de atribuirse legitimación activa contra el mismo individuo que presuntamente atenta contra sus derechos, la ratifica un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, respaldado por la propia Corte Suprema, que afirma: “*Esta cautela [el recurso de protección] sólo es eficaz cuando una persona es afectada en el ejercicio de su derecho por acto u omisión arbitrario de otra, lo cual impide su aplicación cuando se confunden en un mismo individuo la persona que ocasiona el mal con la que la soporta*”⁴⁰.

– Por lo demás, el deber de cuidado de las autoridades respecto de las personas en régimen de sujeción (militares, enfermos y reos o detenidos) no puede ser ejercido atentando contra derechos constitucionales de los propios custodiados. La sentencia da por supuesto que una acción de protección puede interponerse para proteger a una persona de sí misma y contra su voluntad. Es la frase de Rousseau en *El Contrato Social*: “*Se os obligará a ser libres*”.

Así entonces, para nosotros, la doctrina judicial y moralmente correcta sostiene que:

“... 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 [...] en cuanto a la forma de proceder del Estado, en este caso concreto de la administración penitenciaria, *sí*

³⁷ O’DONNELL (2007), pp. 57-59.

³⁸ NASH (2009), pp. 47-48.

³⁹ Bajo esta misma corriente, de la que desde ya disentimos y consideramos que requiere mayor discusión pública, el BancoEstado, demandado por una agrupación de consumidores por contratos de adhesión abusivos, recurrió de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra el artículo 1683 del Código Civil, al considerar que la nulidad de oficio (aplicada en la especie) afectaba su derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, norma comprendida en el amparo del artículo 5º inciso 2º de la Constitución. En definitiva, la presentación fue declarada inadmisibles (Tribunal Constitucional, Rol N° 11-2011, 26 julio 2011).

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4891-97, 1997, citado en GÓMEZ (2005), p. 265.

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 derechos⁴¹.

Así, si bien nuestros tribunales ya han abandonado la absurda idea que una huelga de hambre puede atentar contra la honra de otras personas⁴² y ya no mencionan el suicidio directamente, lo que estaba presente en el caso de los profesores PUC contra el Párroco de San Roque, *sostienen mayoritariamente el criterio de elevar la efectividad del deber de cuidado de Gendarmería a un bien protegido constitucionalmente, aun contra la libertad de expresión y la libertad de conciencia de los amparados.* No podemos compartir esta mirada porque de ello se deriva, entonces, que el verdadero amparado pasa a ser el propio “Estado Administrador” por obra y gracia del “Estado Juez”. Los precedentes que pueden crear estas tesis son muy peligrosos para un Estado de Derecho, en especial si pretende ser democrático y social, por contradecir principios fundamentales para los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

LA ALIMENTACIÓN FORZADA

En enero de 2008 se interpuso un Recurso de Amparo en favor de Patricia Troncoso cuando llevaba 100 días en huelga de hambre, formulando, entre otras denuncias, que “existe una tortura o trato inhumano cruel o degradante, ya que la mantienen atada de una pierna a su catre clínico en la UTI del Hospital de Temuco, como en el de Chillán, lo que por su deteriorado estado de salud constituye una conducta excesiva, violenta, innecesaria, destinada a hacer más penoso su estado y, por tanto, un trato cruel inhumano y degradante”⁴³.

⁴¹ Corte Suprema, Rol N° 7074-2010, 1 de octubre de 2010. Voto disidente Ministro Haroldo Brito.

⁴² Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 3560-8, 3 de julio de 1986.

⁴³ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, 28 de enero de 2008.

Al respecto informó Gendarmería que “por decisión médica se decidió aplicarle por vía endovenosa, nutrición parenteral periférica [a Patricia Troncoso], *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 filmico del procedimiento*”⁴⁴. Agregando 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”⁴⁵.

Finalmente, en este punto resolvió la Corte de Apelaciones de Chillán que: “(6°)... no se puede dejar de tener presente, que 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 ha 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”⁴⁶.

No podemos compartir la decisión judicial de imponer la alimentación forzada, pasando por sobre la voluntad de una persona privada de libertad. Por el contrario, compartimos la posición ética indicada por la Declaración de Malta que establece el marco médico ético para la atención de personas en huelga de hambre⁴⁷. Sin pretender profundizar en el punto, llama la atención el bajo estándar que tuvo el tribunal de amparo para considerar el trato clínico dado a la paciente, sedándola y amarrándola para suministrarle alimentación, sin reparar que no se trataba de una persona privada de voluntad, muy por el contrario, opuso resistencia en el marco de una decisión razonada, fundada, autónoma y consciente. Estimamos que por sobre el debate teórico entre libertad personal, autonomía individual, derecho a la vida y potestades del Estado, en la alimentación forzada, impuesta por la fuerza física y la privación de conciencia al ayunante, se afectan los dere-

⁴⁴ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, 28 de enero de 2008. La cursiva es nuestra.

⁴⁵ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, 28 de enero de 2008.

⁴⁶ Corte de Apelaciones Chillán, Rol N° 51-2008, 28 de enero de 2008.

⁴⁷ 43ª Asamblea Médica Mundial (1991).

chos fundamentales de la huelguista en términos muy difíciles de comprender y aceptar para un Estado de Derecho moderno⁴⁸.

HUELGA DE HAMBRE SOSTENIDA POR MENORES DE EDAD

La reciente huelga de hambre de estudiantes secundarios en la que han participado menores de edad, en una situación inédita en Chile, agregó nuevas interrogantes respecto de la huelga de hambre como herramienta de protesta.

Según nuestra línea argumental, entendiendo la legitimidad de la huelga de hambre en general, bajo los supuestos ya especificados, la huelga de hambre sostenida por menores de edad requiere un tratamiento diferenciado en tanto los supuestos de hecho y derecho son diferentes, como lo ha señalado la Corte de Apelaciones de San Miguel en el reciente fallo sobre el caso de los estudiantes secundarios del Liceo A-131, “Haydee Azócar Mancilla”⁴⁹:

(3°) “es preciso distinguir entre los que participan de la huelga, quienes son mayores de 18 años de edad, que jurídicamente han dejado de considerarse ‘niños’ y estos últimos, cuyo amparo, protección y eventual corrección corresponden a sus padres o personas mayores a cuyo cargo legalmente estén, por ser diferentes las normativas o criterios aplicables en cada caso”⁵⁰.

El estudio del caso de los menores de edad involucra, a lo menos, las siguientes variables: el “interés superior del niño”, la autonomía de la voluntad del menor; el rol y la legitimidad de la intervención paterna.

Hemos planteado que el derecho a la vida contiene, en sí mismo, el derecho a la libertad, por lo que no sería legítimo coartar la libertad del sujeto que decide ayunar como medio de protesta fundada en un fin altruista, como lo es, por ejem-

⁴⁸ Algunos esfuerzos preliminares que hemos podido encontrar sobre casos de presos chilenos en huelga de hambre son: “Huelga de Hambre en el prisionero de conciencia” y “Tratamientos forzados”, VENTURELLI (2011); “Huelga de Hambre, Alimentación Forzada y Estado de Derecho”, BASCUÑÁN (2011); “Alimentación Forzada y Libertad Personal”, CORRAL (2010).

⁴⁹ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 181.2011, 25 de agosto de 2011.

⁵⁰ En alguna medida, a *contrario sensu*, al distinguir y omitirse un juicio de reproche sobre los estudiantes mayores de 18 años, subyace una suerte de legitimación judicial de la huelga de hambre cuando se lleva adelante por adultos y no existen condiciones que justifiquen el rol de garante de terceros actores o del Estado. Lamentablemente, en definitiva, el recurso fue rechazado, principalmente, porque los estudiantes en huelga de hambre depositaron la medida el día antes de la vista de la causa, por lo que no podemos formular mayores conclusiones a este respecto.

plo, su propia libertad. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando dicha decisión es adoptada por quien no tiene pleno discernimiento?. Señala el fallo en comentario que:

(4º) “respecto a los adolescentes menores de 18 años, ellos no son jurídicamente capaces para resolver con suficiente libertad el iniciar o incorporarse a una huelga de hambre,... porque necesariamente implica un atentado para su desarrollo humano, salud y eventualmente su vida. Consecuente con lo previsto en el artículo 4º de la Ley General de Educación N° 20.370, que encarga preferentemente a los padres no sólo el derecho sino además el ‘deber’ de educar a sus hijos”⁵¹.

En general, coincidimos con lo resuelto respecto a la falta de una “suficiente libertad” que tiene el menor de edad para decidir iniciar una huelga de hambre, pero necesariamente incluyendo en el análisis lo que la doctrina y el sistema de derechos humanos conoce como el “interés superior del niño”. En este sentido, es necesario tener presente que la huelga de hambre, si bien no es una conducta suicida, en tanto ayuno, en mayor o menor medida, sí implica un gradual detrimento de la salud y un riesgo respecto de la vida. Cuestión distinta es sostener la legitimidad del acto de quien, en pleno goce de sus capacidades y libertad, asume dicho detrimento y/o riesgo, en el marco de su protesta visibilizada mediante la huelga de hambre.

Como el menor de edad (pensemos preferentemente el adolescente⁵²) no tiene pleno goce de su albedrío, muchas de sus decisiones relevantes requieren de la mediación paterna y, en subsidio de ésta, de los órganos pertinentes del Estado⁵³. Coincidentemente con lo resuelto en el fallo y, como veremos, con lo informado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la decisión de ayunar debe

⁵¹ En este y otros puntos de la sentencia se supone una relación entre los eventuales derechos afectados por la huelga de hambre y las obligaciones propias del derecho a la educación. Sin entrar en mayor debate en tanto se escapa al eje de nuestro trabajo, en principio, no estamos de acuerdo en este enfoque que, de la mera lectura, parece más bien un recurso argumental que busca enmarcar la huelga de hambre en obligaciones propias del sistema educativo, ente el agotamiento de los fundamentos más frecuentes que encontramos frente al derecho a la vida y la integridad física, en relación al deber de resguardo, que no se presentan en este caso al no encontrarnos ante un régimen de encierro o custodia (como ocurre con presos, menores con medidas de protección o enfermos).

⁵² La ley, para estos efectos, ha establecido un marco objetivo dado por los 18 años de edad que nos evita abordar la cuestión de las generaciones o criterios psicológicos, psicológicos u otros enfoques usados en la literatura social y clínica para referirse y enmarcar la “juventud”.

⁵³ Un interesante marco en materia de la libertad del paciente menor de edad para decidir su tratamiento y el rol paterno lo ofrece el estudio *Un Marco Constitucional para los tratamientos Médicos de Niños, Niñas y Adolescentes*, DÍAZ (2010). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla el derecho del niño a ser escuchado, entre otros, véase: “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, 24 febrero 2012, párr. 196.

incluirse dentro de aquellas que el menor de edad no puede adoptar en forma autónoma, pero ello no lo excluye del proceso de decisión bajo las condiciones que desarrollaremos.

El “interés superior del niño” es un “[56]... principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁵⁴. Agrega la Corte que el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece que:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Continúa la Corte Interamericana señalando que “[60]... conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia, “las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”⁵⁵.

Paralelamente, señala la misma Corte que una aplicación correcta de la Convención requiere armonizar la relación en entre el “interés superior del niño” y “el derecho a ser escuchado”, conforme el artículo 12 de la Convención que exige a su vez “facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”⁵⁶. Por lo tanto, las medidas especiales protección antes referidas deben conjugarse con el derecho menor a “ser oído”. Al efecto es relevante que si bien la Corte reflexiona en torno a un caso originado en la custodia de menores y no

⁵⁴ Opinión Consultiva N° 17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de agosto de 2002.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, 24 febrero 2012, párr. 196.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, 24 febrero 2012, párr. 197.

en una situación extrema como la huelga de hambre, nos parece que las consideraciones son atinentes al caso en cuanto las decisiones a tomar, especialmente existiendo intervención judicial deben considerar la opinión de los menores:

“... el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño... con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino...”.⁵⁷

“El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, *en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño*⁵⁸, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”⁵⁹.

Luego, la Corte Interamericana al desarrollar los fundamentos de este “derecho a ser oído”, siguiendo al Comité de Derechos del Niño⁶⁰, plantea la necesidad de tomar en cuenta la progresiva capacidad de los niños y adolescentes dado su grado de desarrollo y madurez:

- No puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones;
- Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente;
- Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, 24 febrero 2012, párr. 196.

⁵⁸ Subrayado del original, indicativo de que esa frase es añadida por la Corte fuera del texto legal.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, 24 febrero 2012, párr. 196 (infra 217).

⁶⁰ Observación General N° 12, párrs. 20, 25, 28, 30, 74 y 102.

- La capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso;
- El niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto;
- La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores *informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias*;
- El niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado.⁶¹

Preliminarmente, podemos concluir que al no poder decidir con total autonomía el menor, como consecuencia de su propia condición de menor de edad y existiendo el riesgo de un detrimento físico, existe la obligación de quienes tienen una posición de resguardo, en primer término los padres, de adoptar las medidas necesarias (“medidas especiales”) para evitar el riesgo o detrimento aludido.

En segundo término, en relación al deber de resguardo, las autoridades públicas y en particular los tribunales, a diferencia de lo que ocurre con adultos, incluso de aquellos en condición de encierro como hemos sostenido, respecto de los cuales no existe un deber de resguardo que alcance la esfera de la libertad íntima de decidir ayunar, en el caso de los menores de edad los entes públicos tienen obligaciones expresas, como también lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos citando el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“[58]... En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

[59]... si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. **A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado** y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, 24 febrero 2012, párrs. 198, 199.

Conjuntamente, como hemos desarrollado, las acciones que se adopten, tanto por los padres o quienes los tengan a su cuidado, como por quienes deban tomar decisiones administrativas o judiciales al respecto (por ejemplo, en relación con la alimentación forzada), deberán realizarse informando y escuchando a los menores de edad, ponderando al mismo tiempo el nivel de autonomía personal y desarrollo alcanzado por el menor atendidas sus especiales circunstancias⁶². Entonces, consideramos que el rol paterno, por una parte, tampoco puede sustraerse de las obligaciones de reguardo, pero por otra, dado que la definición misma del “interés superior del niño” plantea el ejercicio de los derechos del niño “*en condiciones de libertad y dignidad*” y los niños tienen el derecho a que se consideren sus opiniones (en los términos ya dichos), los padres deberán buscar la compleja forma de compatibilizar las decisiones de sus hijos, más entramadas aún al gestarse en el marco de un ideario político en íntima construcción.

En este mismo sentido, quizás buscando que los padres puedan generar un marco de equilibrio entre el cuidado del hijo y “sus condiciones de libertad y dignidad”, la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió respecto de los huelguistas menores de edad (los de la especie o cualquier otro), “que [han] de pasar necesariamente a la compañía, custodia y protección de sus padres o familiares directos...”⁶³. Este camino en que el cuidado de los menores de edad es entregado a los padres de los menores de edad en huelga de hambre, supone la responsabilidad de velar por la integridad física, psíquica y su derecho a la vida, pero, al mismo tiempo, involucra la búsqueda de condiciones para el diálogo con ellos y el ejercicio de la libertad de sus hijos. Al respecto, la relación entre interés superior del niño, rol paterno, salud y libertad o autonomía del niño, lo profundiza José Díaz de Valdés respecto del tratamiento médico de los menores de edad y la participación de éstos en la toma de las decisiones clínicas que les afectan, cuestionando la visión clásica del niño que excluía de la toma de decisiones incluso en aquellos aspectos trascendentes para él. Citamos a continuación algunas de sus conclusiones que nos parecen atinentes a la tensión valórica y jurídica que se ha producido en el caso de los estudiantes secundarios, menores de edad, en huelga de hambre:

“La situación general de los niños, niñas y adolescentes... en el derecho ha sufrido importantes transformaciones en las últimas décadas. Es así como la antigua visión que concebía al niño como una suerte de individuo incompleto, o en proceso hacia

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, 24 febrero 2012, párr. 199.

⁶³ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 181.2011, 25 de agosto de 2011.

la plena personificación, ha sido progresivamente reemplazada por el reconocimiento de su carácter de sujeto cabal de derechos.

“Consecuencialmente, en materia de tratamiento médico, poco a poco, y gracias a la influencia del derecho comparado, hemos ido comprendiendo que *el niño tiene mucho que decir, e incluso que decidir* [porque]... suponen una intervención severa en el ejercicio de los derechos fundamentales del niño, tales como el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la privacidad, la libertad de conciencia y la igualdad.

“Los niños tienen el derecho a ser asistidos en el ejercicio de sus derechos fundamentales, labor que corresponde en primerísimo lugar a los padres. Así se desprende de la misma naturaleza del ser humano en desarrollo; del reconocimiento constitucional de la familia, entidad preferentemente llamada a dar protección y velar por el desarrollo de sus miembros, y del Derecho Internacional especializado.

“Aun cuando el niño no adopte la decisión final... el procedimiento seguido para resolver la cuestión debe reconocer sus derechos a ser informado, a ser adecuadamente aconsejado, a expresarse y ser escuchado, y a que su opinión sea debidamente tomada en consideración. Adicionalmente, a mayor madurez, mayor participación del niño en dicho procedimiento.

“La evaluación de madurez la realizan en primer término los padres. Las decisiones de estos últimos deben ser siempre susceptibles de revisión en sede judicial, mediante un análisis caso a caso... reconociéndose una presunción simplemente legal de que éstos siempre persiguen el interés del niño” (Díaz de Valdés (2010), pp. 303-304).

CONCLUSIONES

Por sobre la doctrina mayoritaria de los fallos citados que resguardan a los organismos públicos frente problemas de profunda connotación social y política, hemos dejado en claro que la huelga de hambre no es un ilícito *per se*. Por el contrario, consideramos que *la huelga de hambre, en los casos y bajo los presupuestos planteados, es una acción lícita, por lo menos en el caso de los adultos, aunque extrema, que cuestiona las potestades estatales.*

Esta posición no hace más que dar valor al fuero íntimo del individuo ayunante, quien apela al último recurso que ofrece su Dignidad. Por ello, es preciso decir que la huelga de hambre es un gesto humano extremo en relación a bienes intrínsecos y relevantes. Entonces, tal como la acción heroica y altruista que contiene un riesgo o la entrega de la vida, como ocurre con bomberos, policías, héroes patrios o anónimos y los mártires de la Iglesia, quienes arriesgan su vida o la han entregado por amor al prójimo, la patria o su profundo amor a Dios, su gesto

sacrificial, lejos de ilícito, enaltece la vida como valor y se encuentra en el seno mismo de la dignidad humana.

No obstante, en el caso de los menores de edad que puedan iniciar la acción de ayuno, se plantea una tensión no resuelta, pero que se centra en la mediación paterna, la cual, desde su deber de cuidado, deberá buscar la compleja forma de compatibilizar un pensamiento político en maduración íntimamente asociado a la libertad, con el deber para con la vida y la salud de sus hijos.

En conclusión, previa reserva del especial caso de los menores de edad referido, consideramos razonable, proporcional y ajustado a derecho, bajo un auténtico enfoque de Derechos Humanos, que personas que se consideran injustamente encarceladas o que buscan un cambio sustancial en las condiciones políticas y sociales del Estado y la sociedad, puedan hacer una huelga de hambre en nombre de la libertad o la educación como medio de reclamo social y búsqueda de justicia que podemos llamar la “*Protesta de la Dignidad*”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANAYA, James (2009): *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior*. Consejo de Derechos Humanos.

BERGSON, Henri (1959): *Oeuvres* (París, PUF).

CALVEZ, Jean Yves (1989): *Qu'est-ce qui change quand les devoirs sont corrélatifs des droits dans les droits de l'homme*. (C. E. Fribourg, Ed.) *Le Supplément (Revue d'Ethique et Théologie Morale)*.

COMISIÓN DE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA. *Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura*.

COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y RECONCILIACIÓN (1991): *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Derechos Humanos, Gobierno de Chile, Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (25 de agosto de 2002): Opinión Consultiva N° 17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010): “Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes”, en *Revista Chilena de Derecho*, 37 (2), pp. 271-310.

DOMINGO MORATALLA, Agustín (2011): *Ciudadanía multicultural, conflicto y cultura de la paz* (Temuco, Ediciones UCT).

- DURKHEIM, Émile (1965): *Suicide*, "The Free Press" (Vol. 8ª Ed.). USA.
- ELIZARI, G. (1981): *Praxis Cristiana I* (Madrid, Paulinas).
- FAUNDES, Juan (2010): Comentario de Jurisprudencia "Francisca Linconao con Forestal Palermo".
- FERNÁNDEZ CONCHA, Rafael (1988): *Filosofía del Derecho*, tomo II, 2ª 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 UCT).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2002): *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, 1ª edición (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- GODOY UGARTE, José Joaquín (2006): "El Derecho a la vida y La Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, 33 (3), pp. 509-527.
- GÓMEZ, Gastón (2005): *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones UDP).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2006): "La Pena de Muerte en la Filosofía Jurídica y en los Derechos Penal Militar e Internacional Penal". En *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (Madrid, Editorial Dykinson).
- ILLANES, María Angélica (2009): "Por la Razón o el Dinero. Conflicto en la Sociedad Civil y Constitución del 80: El Caso Celco-Mehuín". En J. BENÍTEZ, & P. ROSAS (Edits.), *La República Inconclusa. Una Nueva Constitución para el Bicentenario* (Santiago, Editorial Arcis).
- MEYER-BISCH, Patrice (1987): "Le devoir de l'homme est sans fin, mais non sans limite". *Actes du Ve: Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*. Fribourg, Suisse.
- MIFSUD, Tony (1985): *Moral de Discernimiento, tomo II. El respeto por la vida humana, Bioética* (Santiago, CIDE).
- NASH, Claudio (2009). *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción* (Mexico, Ediciones Porrúa).
- O'DONNELL, Daniel (2007): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición (Santiago, Chile: Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de Derechos Humanos).
- OXMAN VILCHES, Nicolás (2002): "Pena de Muerte y Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Universidad Central*, VIII (Nº 3), p. 137.

- ROSSI, Leandro (1978): *Suicidio*. En R. VALSECCHI, *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*. Madrid.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (1947). *Suma Teológica* (Madrid, Editorial BAC).
- 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]. *Revista Chilena de Derecho*, 12 (1), p. 7. Tb. *Revista de Derecho*, T. 12, 1985, pp. 150-162.
- STAVENHAGEN, Rodolfo (2003): *Informe del relator especial para los derechos humanos de los Pueblos Indígenas*.
- TAYLOR, Charles (1993): *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, comentado por Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer y Susan Wolf (México, Fondo de Cultura Económica).
- SAN AGUSTÍN DE HIPONA (1945): *La Ciudad de Dios* (Buenos Aires, Editorial Poblet).
- VIDAL, Marciano (1984): *Ética Civil y Sociedad Democrática* (Bilbao, Editorial Desclee de Brouwer).

Jurisprudencia

- Atala Riffó y Niñas Vs. Chile* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 febrero 2012.
- 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 julio 2011, Rol N° 2.011-11-INA (Recurso de inaplicabilidad), en: *Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Banco del Estado de Chile*, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7459-2010).
- 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).
- Gendarmería de Chile contra Daniel Canio Tralcal y otros* (2010): Corte Suprema, 1 octubre 2010, Rol N° 7074-2010 (Recurso de protección).
- Francisca Linconao con Forestal Palermo* (2010): Corte Suprema, 30 noviembre 2009, Rol N° 7287-2009 (Recurso de protección), Corte de Apelaciones de Temuco, 16 septiembre 2009, Rol N° 1773-2008, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Tomo I, N° 1, 2010.

- Recurso de Amparo en favor de Patricia Troncoso* (2008): Corte de Apelaciones de Chillán, 28 enero 2008, Rol N° 51-2008 (Recurso de amparo).
- Gendarmería contra Troncoso y otros* (2007): Corte de Apelaciones de Temuco 4 noviembre 2007, Rol N° 1848-2007 (Recurso de protección).
- Caso Poluco y Pidenso, Juicio seguido contra José Benicio Huenchunao Mariñan y Otros* (2004): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RIT N° 21-2004 (Juicio oral).
- Juicio seguido contra Pascual Huentequero Pichún, Paillalao, Patricia Roxana Troncoso Robles y Segundo Aniceto Norín Catriman* (2003): Tribunal de Juicio Oral de Angol, R.I.T. N° 2-2003 (Juicio oral).
- Juicio seguido contra Pascual Huentequero Pichún, Paillalao, Patricia Roxana Troncoso Robles y Segundo Aniceto Norín Catriman* (2003): Corte Suprema, 3 julio 2003, Rol N° 1743-03 (Recurso de nulidad).
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (2002): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 agosto 2002, O.C. N° 17/2002 (Opinión Consultiva).
- 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, Gastón (2005): *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), p. 265, nota 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).
- 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. 12, 1985, pp. 147 a 149.

Sitios web

- BASCUÑÁN, Antonio (2011). "Huelga de Hambre, Alimentación Forzada y Estado de Derecho" (fecha de consulta: 3 de julio de 2011). Disponible en: <http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=5128>.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). "Derecho y Academia" (fecha de consulta: 3 de julio de 2011). Disponible en: <http://corraltalciani.wordpress.com>.
- 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*, disponible en: <http://www.indh.cl/informacion-comision-valech> (fecha de consulta 2 julio 2011).

- COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y RECONCILIACIÓN –*Comisión Rettig*– (1991). Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Derechos Humanos, Gobierno de Chile (fecha de consulta 2 de julio de 2011), disponible en: http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html.
- OBISPOS DEL SUR DE CHILE (2001). “Carta pastoral por la Dignificación del Pueblo Mapuche” (fecha de consulta: 24 junio 2011). Disponible en: www.institutoindigena.cl/images/97014900_1270539796.pdf.
- OBISPOS DEL SUR DE CHILE (2002). “Documento de Trabajo: Por un Nuevo Trato con el Pueblo Mapuche” (fecha de consulta: 24 junio 2011). Disponible en: http://www.institutoindigena.cl/images/93665700_1270539706.pdf.
- SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE -S.C.D.F.- (1980). “Declaración «*iura et bona*» sobre la eutanasia” (fecha de la consulta: 3 septiembre 2012). Disponible en: http://www.vatican.a/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: 3 julio 2011), disponible en: <http://derechoshumanosyjusticiaparatodos.blogspot.com/2011/06/huelga-de-hambre-en-el-prisionero-de.html>.
- 43^a ASAMBLEA MÉDICA MUNDIAL (1991). “Declaración de Malta de la Asociación Médica Mundial sobre las Personas en Huelga de Hambre” (fecha de consulta: 6 junio 2011). Disponible en: <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=238>.