

Colaboración recibida el 14 de abril y aprobada el 11 de junio de 2016

La toma de decisiones de los progenitores en el ámbito sanitario: a vueltas con el interés superior del niño a propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2016*

PARENTAL DECISION MAKING IN HEALTH:
BEST INTEREST OF THE CHILD IN THE SUPREM COURT OF MARCH 3RD, 2016

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ**

1. Introducción

En el derecho chileno, el principio rector de las relaciones clínico-asistenciales es el del consentimiento informado del paciente, que se precisa para cualquier actuación que afecte a su salud. De esta forma, de acuerdo con la Ley de Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con acciones vinculadas a su Atención en Salud, ley N° 20.584, de 24 de abril de 2012, existe la posibilidad de que una persona se pueda negar a recibir un determinado tratamiento médico o consentir para su ejecución (artículo 14); sin embargo, esa misma norma cede al establecerse (artículo 15) que tal regla no rige para los casos en los que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamiento o intervenciones supongan un riesgo para la salud pública; o bien cuando la condición de salud o cuadro clínico del individuo implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad, ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal; o, por último, si la persona se encuentra

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Fondecyt N° 11150135, relativo a “La irrupción, configuración y desarrollo del concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño en el Derecho Civil chileno a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño”, del cual el autor es investigador responsable.

** Profesor Asistente de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Subdirector del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA). Vocal del Observatorio de Infancia del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, España. Correo electrónico: iravetllat@utalca.cl.

en situación de incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido.

Apuntado lo anterior, la cuestión se torna un tanto más compleja cuando el sujeto afectado es una persona menor de edad, y más aun si estamos hablando de un bebé que cuenta con pocos meses de vida y sus progenitores, en ejercicio de la potestad y representación legal que sobre él ostentan, toman la decisión de no consentir un determinado tratamiento médico, por ejemplo, el recibir vacunas que lo inmunicen frente a ciertas enfermedades.

Este último es, precisamente, el supuesto de hecho acaecido en la localidad de Osorno durante el mes de febrero de 2016, cuando una mujer, que acudió con su hijo de cuatro meses al servicio de urgencias del Hospital Base San José de la comuna de Osorno, por presentar el niño un cuadro diagnóstico de coqueluche, se opuso a inocular al mismo cualquier tipo de tratamiento inmunológico previsto en el Plan Nacional del Ministerio de Salud.

Efectivamente, si bien es cierto que Chile cuenta, desde 1978, con un programa ampliado de inmunizaciones para recién nacidos y niños, y que, hoy día, la cobertura de estas vacunas está por encima del 94%, cifra considerada como exitosa en el contexto sanitario internacional de referencia, no es menos cierto que está aumentando el número de familias que decide voluntariamente, como la de Osorno, no vacunar a sus hijos o aplicarles, en su caso, un tratamiento de inmunización alternativo, al no existir, en palabras empleadas por las propias familias implicadas, plena certeza o claras evidencias de cuáles pueden llegar a ser los efectos secundarios, a medio o largo plazo, que su suministro pudiera causar en el desarrollo integral de un niño.

El presente caso reviste, además, otra singularidad, derivada de la particular circunstancia de que el sujeto afectado es una persona menor de edad totalmente dependiente de sus progenitores (un infante en términos del Código Civil)¹,

¹ Recordemos que la regla general, en el ámbito patrimonial contractual, es que todas las personas son legalmente capaces, salvo aquellas que el legislador señala expresamente que no tienen dicha aptitud, dentro de las cuales se encuentran los menores de edad (artículos 1446). Se establece la distinción entre personas plenamente capaces, relativamente incapaces y absolutamente incapaces (artículo 1447 del Código Civil). En relación con la edad, es absolutamente incapaz el infante y el impúber, por lo que sus actos no producirían obligación alguna (artículo 1470 del Código Civil). Es relativamente incapaz el menor adulto y sus actos pueden tener valor bajo ciertas circunstancias. El legislador vela porque existan condiciones de igualdad entre las partes en las relaciones jurídicas y ha considerado que éstas no se encuentran presentes en la mayoría de las relaciones entabladas por los menores, pues la conciencia que tienen de sus actos varía de manera progresiva en razón de su edad. Véase en este sentido RAVETLLAT (2015), pp. 741-745. Cuestión distinta sería tratar acerca de la capacidad del ejercicio autónomo de los derechos por parte de las personas menores de edad en el ámbito extrapatrimonial (derechos de la personalidad). En este sentido, el artículo 16.3 de la ley N° 19.968, de Tribunales de Familia, del año 2004, distingue entre las categorías de niño y adolescente. En la primera de ellas se

ya que la posible colisión de derechos que pudiera suscitarse, se produce, no entre derechos pertenecientes a un mismo sujeto, sino que, por el contrario, se da entre el derecho a la objeción de conciencia de uno o ambos progenitores (rechazar un determinado tratamiento inmunológico en atención a sus convicciones), y el derecho a la salud, a la vida y a la integridad física de su hijo de cuatro meses, sobre el que ostentan el cuidado personal y la patria potestad, así como su representación legal².

Es pues en este contexto en el que nos formulamos ciertos interrogantes, que son precisamente los planteados en el caso de Osorno: ¿debe obligarse a unos padres a vacunar a sus hijos?, ¿tienen los representantes legales de una persona menor de edad la facultad de tomar cualquier tipo de decisión sanitaria acerca de su salud, vida y/o integridad física?, ¿existe algún tipo de limitación a las facultades parentales atendiendo al principio del interés superior del niño? A todos estos dilemas trataremos de dar debida respuesta a lo largo de las subsiguientes páginas.

2. Antecedentes del fallo

La Corte de Apelaciones de Valdivia (causa rol 1375-2015) acogió un recurso de protección presentado por la Directora del Hospital Base San José de Osorno en contra de una mujer que se opuso a inocular a su hijo recién nacido con la vacuna obligatoria BCG (Bacillus Calmette-Guérin), que protege contra la tuberculosis en todas sus variantes, la que se encuentra incluida en el Plan Nacional de Inmunización del Ministerio de Salud.

De acuerdo con lo indicado en el escrito, la mujer no permitió la aplicación de la denominada vacuna BCG, tras lo que, finalmente, el menor se vio afectado por coqueluche (tos ferina), circunstancia esta que lo llevó a tener que ser hospitalizado en el servicio de urgencias del Hospital Base San José de Osorno en febrero de 2016.

En fallo unánime, la Sala Segunda del Tribunal de Alzada de Valdivia hizo suya la acción cautelar presentada en resguardo de las garantías constitucionales del

incluye a todo ser humano que no haya cumplido los 14 años de edad, mientras que en la segunda se incorporan los sujetos comprendidos entre los 14 y los 18 años. Así, los niños, como regla general, son vistos como seres incapaces para el ejercicio de los derechos, se sobreentiende extrapatrimoniales; y, por el contrario, los adolescentes son tildados como individuos con capacidad de ejercicio autónomo de sus derechos de la personalidad. Para un estudio en mayor profundidad de la capacidad de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos de la personalidad véase BARCIA (2013), pp. 3-52.

² Algo similar sucede en aquellos supuestos de hecho en que unos progenitores alegando el derecho a la libertad religiosa se oponen a consentir la práctica de una transfusión sanguínea a un hijo recién nacido. En estos casos, la jurisprudencia se ha mostrado tajante, esgrimiendo que el juez debe dictar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar a la persona menor de edad de un peligro o de evitarle perjuicios. Ver en este sentido LÓPEZ (2003), pp. 753-758, y LÓPEZ (2002), p. 78.

lactante. Es decir, atendiendo al interés superior del niño afectado directamente por el caso en cuestión, intervino ordenando la vacunación obligatoria del pequeño.

Efectivamente, la Corte de Apelaciones de Valdivia fundamentó su fallo estableciendo que “la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3, numeral 2, que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Asimismo, la mentada resolución agrega “que los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, como sería, por ejemplo, el caso de prevenir o combatir determinadas enfermedades a través de un proceso de vacunación oficial obligatorio.

La Corte concluye afirmando que “queda de manifiesto que la negativa de la recurrida, madre del menor, en vacunarlo conforme al calendario de vacunas que ha establecido el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, ha sido contrario a la ley. Amenazando, además, el legítimo derecho a la vida del niño, ya que al no ser vacunado se encuentra expuesto a contraer enfermedades que podrían acarrearle discapacidades e incluso la muerte”.

Es por todo lo anterior que la justicia dispuso que se procediera a la vacunación obligatoria del niño contra la tuberculosis, tan pronto como fuera posible.

Frente a tal resolución los padres de la criatura, no conformes, presentaron el correspondiente recurso de apelación ante la Corte Suprema. Tras estudiar detenidamente el asunto, la máxima instancia judicial del país no acogió el recurso y ordenó al Hospital Base de Osorno aplicar todas las vacunas correspondientes a un niño de cuatro meses de vida, cuyos representantes legales no permitieron las inmunizaciones respectivas a su edad.

El fallo unánime de la Tercera Sala de la Corte Suprema (causa rol 36759-2015) ordena al centro asistencial que aplique al niño todas las vacunas que corresponden a su etapa de crecimiento. A mayor abundamiento, el órgano jurisdiccional se pronuncia del siguiente tenor literal: “(...) dado lo informado por la recurrente (madre del niño que acudió a la Corte Suprema frente al fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Valdivia) esta Corte a fin de resguardar la vida del amparado (en nuestro caso un paciente que contaba en ese preciso instante con 4 meses de vida), dispondrá que se le inoculen todas las vacunas, que atendida su edad, tengan el carácter de obligatorias”³.

³ Ahora bien, la Corte Suprema de Santiago, a pesar de constatar que se acreditó la existencia de una acción ilegal y arbitraria por parte de la madre de la menor al oponerse ésta injustificadamente a

Una vez resumido el itinerario judicial proseguido por el conocido como caso del niño de Osorno, procedemos, acto seguido, al análisis pormenorizado de los diferentes aspectos que entendemos cruciales para poder estar en disposición de emitir un pronunciamiento al respecto de lo acaecido, atendiendo siempre al concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño, principio rector que, sin lugar a dudas, debiera ser el que informa todas y cada una de las decisiones tomadas con respecto a una persona menor de edad en el ámbito sanitario.

3. El paradigma de la atención integral de los derechos de la niñez y la adolescencia en el ámbito de la atención sanitaria

Toda política pública de atención a la infancia y la adolescencia debe fundamentarse, a tenor de lo preestablecido tanto en la normativa nacional como internacional, en el conocido como *paradigma de la protección integral*. Esta noción, superadora de la teoría de la *situación irregular*, nos ofrece una nueva conceptualización del rol que niñas, niños y adolescentes están llamados a desempeñar en sus relaciones familiares, sociales y con respecto al Estado en general⁴.

Esta mirada promueve el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho, en oposición a la tradicional idea de definirlos a partir de su incapacidad jurídica⁵.

En línea con lo apuntado, las instituciones y profesionales sobre los que recae la responsabilidad de aplicar las políticas públicas, no siendo los actores que intervienen en el ámbito de la salud una excepción a esta regla general, deben adaptar todas y cada una de sus intervenciones al referenciado marco normativo, evitando, con ello, cualquier tipo de interferencia o práctica contraria al citado enfoque integral de derechos.

En Chile, sin ir más lejos, está reconocido el derecho a la salud como un derecho garantizado por el Estado, con un enfoque preventivo, promocional y tendente a la calidad de vida; por ende, se garantiza el derecho a la salud de todos y cada uno de los ciudadanos, sin excepción alguna, derecho fundamentado, como no podría ser de otro modo, en los principios de libertad, dignidad e igualdad.

la vacunación de su hijo contra la tuberculosis, manifiesta, no obstante, que la obligatoriedad de esa vacunación en concreto tiene razón de ser durante los primeros días de vida, donde el recién nacido es inmunodeficiente. En consecuencia, esta obligatoriedad no se extiende más allá del primer mes de vida, y en razón de que el lactante por quien se recurre nació el 20 de octubre del 2015, habiendo superado el mes de vida al momento de dictación del fallo, la vacuna contra la tuberculosis deja de ser preceptiva desde el punto de vista epidemiológico (Fundamento de Derecho 5).

⁴ Confróntese GARCÍA (1998), pp. 19-38; VARELA (1997), pp. 246-275, y RAVETLLAT (2015), pp. 75-90.

⁵ Confróntese CILLERO (1997), pp. 19-38; MORLACHETTI (2007), p. 71; GARCÍA (1998), pp. 19-38.

Ahora bien, para hacer posible el ejercicio de estos derechos por parte de las niñas, niños y adolescentes deben ser tomadas en consideración ciertas prevenciones: en primer lugar, debe reconocerse, de una vez por todas, a las niñas, niños y adolescentes como los verdaderos titulares del derecho a la salud. Este derecho no puede estar condicionado a la voluntad de un tercero. Así, al tratarse de un derecho de carácter personalísimo pertenece y debe ser ejercido única y exclusivamente por su titular. Por ende, si bien los progenitores, o en su defecto los tutores, ostentan la representación legal de los hijos para todos los actos de la vida civil hasta tanto éstos no adquieran la mayoría de edad, ello no les habilita para obstaculizar el efectivo ejercicio de los mismos, o caso de encontrarnos antes niños de muy corta edad (como es el caso del niño de Osorno que nos ocupa) hacerlo contrariando su interés superior; en segundo término, se nos antoja del todo imprescindible el poder contar con una educación sanitaria de calidad, impartida desde edades bien tempranas desde las instituciones educativas, y, por último, pero no por ello menos importante, también deben generalizarse los servicios de salud amigables con pertinencia cultural y enfoque de género en todos los puntos de atención sanitaria. Es decir, que los profesionales del ámbito de la salud sepan en todo momento cómo actuar ante casos en los que el interés superior del niño entra en juego.

Vinculado con lo anterior, la propia Convención sobre los Derechos del Niño establece un orden de prelación con respecto a quiénes están llamados a garantizar los derechos fundamentales de las niñas y los niños. El listado principia con la familia, es seguido por la comunidad y se cierra, finalmente, con una mención al Estado. No olvidemos, además, que al tratarse de niñas, niños y adolescentes, las facultades que se reconocen a sus progenitores, o tutores, para garantizar su desarrollo armónico e integral han de ser, en todo caso, ejercidas atendiendo a su interés superior (artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño)⁶.

En este sentido, no parece razonable que los propios padres o responsables de un menor que cuenta con cuatro meses de edad se opongan a que el mismo reciba protección inmunológica a través del programa de vacunación oficial determinado por el Ministerio de Salud.

⁶ La doctrina nacional entiende que el Estado, refiriéndonos a las relaciones familiares en general, debe ostentar un rol meramente subsidiario, debiendo desarrollar las políticas de fomento y protección necesarias e interviniendo únicamente de forma directa en la relación familiar en última instancia. PINOCHET (2015), pp. 70-71; BARCIA (2011), pp. 26-27, y LEPÍN (2014), p. 9. Por su parte, Jorge del Picó establece que como sea que se valore el cambio suscitado en la apreciación pública de la familia, tras el diseño de las políticas públicas aplicadas en las últimas dos décadas y que jurídicamente se manifiesta en el Derecho de Familia, se debe reconocer una evolución desde una concepción predominantemente social y marcadamente institucional sobre la familia, hacia una mirada preponderadamente enfocada en el sujeto individual que la constituye y sus circunstancias afectivas. DEL PICÓ (2011), p. 39.

Tomando como referencia la prelación establecida en la Convención, y dejando ahora al margen las particulares responsabilidades atribuidas a las familias con respecto a sus hijos, entendemos que corresponde al Estado, como otro de los garantes efectivos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos a la población infantil y adolescente, el deber de generar políticas públicas que promuevan la salud y el acceso de niñas, niños y adolescentes a los servicios, prestaciones y programas.

En particular, para el caso de la salud, el Estado ostenta la obligación de proveer toda la información necesaria a fin de que la persona, sin importar la etapa de la vida en la que se encuentre, pueda ejercer sus derechos conforme a los principios de autonomía progresiva, libertad, interés superior y no discriminación.

Así, en Chile, centrando ahora nuestra atención en la cuestión de la vacunación de las personas menores de edad, la obligatoriedad de estos programas oficiales de inmunización está consagrada en el Código Sanitario, norma base sobre la que se sustentan el resto de regulaciones por las que se rige el sistema de salud. En este sentido, el Código Sanitario, en su artículo 32, dispone que “el Servicio Nacional de Salud tendrá a su cargo la vacunación de los habitantes contra las enfermedades transmisibles” y que “el Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para las que existen procedimientos eficaces de inmunización”.

Tal eventualidad se concreta en el Plan Nacional de Inmunización (PNI) formulado por el Ministerio de Salud, de acuerdo con las facultades y competencias reconocidas a este organismo público, entre las que se encuentra el deber de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como el de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones (artículo 1º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 23 de septiembre de 2005).

Al Ministerio de Salud le corresponde, además, formular, fijar y controlar las políticas de salud en el país (artículo 4º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 23 de septiembre de 2005). Dentro de esas políticas, se inserta la facultad de proponer al Presidente de la República políticas públicas en materia de salud, y en este caso el formular planes y programas de salud (artículo 5º del Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud, N° 136/04)⁷.

Así las cosas, cada vez que se incorpora una nueva vacuna al Plan Nacional de Inmunización (PNI) o se establece que se realizará una campaña de vacunación, se dicta un decreto que preceptúa que la vacunación es obligatoria para

⁷ Añadir a ello que el decreto N° 72 de 2004 establece la delegación del presidente de la República al ministro de Salud en la declaración de la obligatoriedad de la vacunación.

un determinado sector poblacional. Así, en el caso que nos atañe, pareciera que la vulneración de la vacunación omitida respecto del lactante se encontraría consagrada en el decreto N° 6 del Ministerio de Salud, de 29 de enero de 2010, norma que en el primero de sus numerales dispone “la vacunación obligatoria de la población contra las enfermedades inmunoprevenibles, siendo su objetivo toda la población infantil”.

En suma, para el caso chileno, de conformidad con la normativa analizada en este mismo apartado, las vacunas incorporadas en el Plan Nacional de Inmunización (PNI) tienen el carácter de imperativas, e incluso se puede recurrir a la justicia ordinaria para que, en su caso, los progenitores las acaten, si bien es cierto que en la práctica las autoridades prefieren apelar a la responsabilidad social y a la educación de la comunidad, por lo que en pocas ocasiones son los órganos de justicia los encargados de resolver la controversia.

4. El principio del interés superior del niño como criterio delimitador para los casos conflictivos

Llegados a este punto, y para aportar mayor argumentación sobre si cabe a la necesidad de considerar obligatoria y necesaria la vacunación de los niños y niñas recién nacidos, con independencia de los posicionamientos ideológicos adoptados por sus representantes legales, también debemos traer a colación una mención, aunque breve, al principio transversal del interés superior del niño. Este concepto jurídico indeterminado (artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño) debe ser el que delimite o restrinja la toma de decisiones en la práctica cotidiana de los profesionales del ámbito de la salud⁸. Efectivamente, la formulación legal de esta cláusula general supone la constatación de un principio general del Derecho, y de ahí que pueda ser considerado como un medio de información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula abstracta aparece incorporada como de las actuaciones y relaciones diarias que se ven afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), ya sea para solventar problemas en los que resulte afectado⁹.

⁸ La Observación General N° 14 (2013) adoptada por el Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013), en su párrafo 1° utiliza la locución “*concepto dinámico*” para referirse al interés superior del niño. En realidad esta expresión es utilizada con idéntica significación que la contenida en la más conocida noción de “*concepto jurídico indeterminado*”. El empleo de la voz “*concepto dinámico*” procede, casi con toda seguridad, de la traducción literal de la versión inglesa “*dynamic concept*”, puesto que en el lenguaje jurídico anglosajón no existe figura alguna conocida bajo la idea de concepto jurídico indeterminado.

⁹ En opinión de Gómez de la Torre, puede otorgarse una triple función al principio del interés superior del niño: es una garantía para el menor, debido a que toda decisión que le concierna debe

Dicho esto, si llevamos a cabo una interpretación estricta de lo preceptuado por el párrafo primero del artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰, ello pareciera abocarnos a afirmar que el precepto objeto de nuestra atención está dirigido única y exclusivamente a las medidas de carácter oficial, así como a las acordadas por las instituciones privadas siempre que fueran, por supuesto, de bienestar social, dejando fuera de su órbita, en consecuencia, a los individuos en particular. En definitiva, la cuestión de fondo se centra en discernir si los progenitores y los tutores se encuentran o no obligados por el párrafo primero del artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para dar respuesta al interrogante planteado y averiguar el verdadero sentido conferido al texto de la disposición analizada debemos acudir al seno del Grupo de Trabajo encargado de la elaboración del Proyecto de Convención¹¹. En este contexto, dos fueron las propuestas emitidas por los representantes de los Estados. Por un lado, aquellos partidarios de introducir una mención explícita a las personas encargadas de la guarda y cuidados del niño (progenitores o guardadores en general); de otro, los que, por el contrario, defendían la no necesidad de su inclusión¹².

La controversia se resolvió pacíficamente aceptando la segunda de las posturas (actitud estricta liderada por los Estados Unidos), es decir, la que contenía el listado más reducido de operadores sociales vinculados por la norma. Ello explica por qué en la redacción definitiva del precepto no se contiene mención alguna a progenitores y guardadores.

No obstante lo apuntado *ut supra*, no cabe duda que uno de los aportes innegables de la Convención, y así lo reproduce, en idéntica medida, la Observación N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, ha sido la de extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño más

considerar, fundamentalmente, sus derechos; asimismo, es una norma orientadora que no sólo obliga a los legisladores y jueces, sino a todas las instituciones públicas y privadas, y, por último, también debe ser vista como una norma de interpretación y de resolución de conflictos. En GÓMEZ DE LA TORRE (2000), p. 23. Por su parte, Gatica y Chaimovich afirman que el llamado interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en casos de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño. Así, concluyen estas autoras, ni el interés de los progenitores, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño. En GATICA y CHAIMOVICH (2002), pp. 14-16.

¹⁰ El mentado precepto reza del siguiente tenor literal: “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”.

¹¹ Confróntese RAVETLLAT y PINOCHET (2015), pp. 912-914; ALSTON (1996), p. 257, y CILLERO (1999), p. 57.

¹² E/CN.4/L.1575, par. 23.

allá del simple ámbito legislativo o judicial, ampliándolo a las actuaciones adoptadas por todo tipo de autoridades, instituciones privadas e incluso por progenitores o guardadores.

Es más, el artículo 18 de la Convención, luego de reconocer el derecho y la responsabilidad de los progenitores en la crianza y la educación de sus hijos y el deber del Estado de promoverlo y garantizarlo, señala que los progenitores ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño. En definitiva, los roles parentales no suponen una facultad absoluta –en el sentido de derecho/deber–, sino que, por el contrario, se trata de derechos limitados en virtud del principio rector del interés superior del niño; prueba esta incontestable de que el artículo 18.1 de la Convención debe ser interpretado de forma sistemática con las previsiones dimanantes del artículo 3.1 del propio Tratado Internacional¹³.

Es evidente que todas las prevenciones legales denotan que en nuestro ordenamiento jurídico, cuando una persona menor de edad, un infante en nuestro caso concreto, no reúne capacidad suficiente para expresar su consentimiento para una intervención o tratamiento médico, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de un representante, de una autoridad o de una persona designada por la ley.

Ahora bien, ello no significa que los representantes legales del niño o niña que no ostente la necesaria capacidad de ejercicio para emitir personalmente el consentimiento informado, puedan suplir su voluntad sin más o desempeñen una verdadera función representativa o sustitutiva; recordemos que, por definición, los derechos personalísimos no son susceptibles de representación en un sentido técnico-jurídico estricto. Por el contrario, sus facultades representativas se encuentran modalizadas en el caso del ejercicio de los derechos de la personalidad del menor a la exclusiva realización y salvaguarda de su interés superior.

A mayor abundamiento, recordar que la exigencia de consentimiento no puede entenderse como un requisito meramente formal, sino que está basada en

¹³ Para Orrego tanto la denominada “autoridad parental”, referida a la persona del menor, como la “patria potestad”, referente a los bienes del menor, han de ser ejercitadas en función del interés de los menores, y no del interés de los progenitores. ORREGO (2007), p. 219. Por su parte Díaz de Valdés, tras vincular el principio del interés superior del niño con la noción del bien común, afirma que tal relación ha sido recogida expresamente por el legislador chileno en el artículo 222 inciso 2º del Código Civil, el cual obliga a los padres a procurar la “mayor realización espiritual y material posible” del niño como forma de servir a su interés superior. DÍAZ DE VALDÉS (2010), p. 295. Finalmente, Rodríguez sostiene que en aquellos casos en que tanto los intereses de los padres como de los hijos sean igualmente legítimos, cabe ponerlos en jerarquía. En este supuesto, mantiene la autora, parece conveniente preferir el interés del niño, siendo a los progenitores a quienes corresponde sacrificar sus intereses personales en función del interés de sus hijos y no a éstos sacrificar el desarrollo armónico de su personalidad en función del interés de sus padres. RODRÍGUEZ (2009), p. 564.

la dignidad de la persona y en su autonomía, y, del mismo modo, la justificación de que la exigencia de consentimiento se vea parcialmente limitada en el caso de menores no está fundada en un derecho o potestad de los padres o tutores, sino que está amparada en la protección de los niños, niñas y adolescentes y siempre en su propio interés.

En atención a lo expuesto, cabe establecer ciertas pautas o criterios que conforman o delimitan las potestades de los representantes legales de la persona menor de edad para consentir o rechazar una intervención médica a su nombre (cual sería el caso, por ejemplo, de consentir o no la inoculación de una vacuna de inmunización a su hijo o hija).

En primer lugar, la prestación del consentimiento por sustitución debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atenderse, siempre a favor de la persona menor de edad y con respeto a su dignidad personal. En otras palabras, los representantes sólo están legitimados para consentir –o, en su caso, para oponerse– a aquellos tratamientos o intervenciones que redunden en beneficio –o no vayan en perjuicio– de la persona menor de edad¹⁴.

En segundo término, la decisión adoptada por el representante legal del menor de edad podrá ser sometida a control judicial –como acaece en el caso que nos ocupa– cuando se considere contraria a sus intereses. Asimismo, las discrepancias que puedan surgir entre el parecer de los representantes legales del menor de edad y el responsable médico o la institución sanitaria deberán, igualmente, resolverse por la autoridad judicial competente (la Corte de Apelaciones mediante un recurso de protección)¹⁵. Y otro tanto deberá proceder en caso de

¹⁴ De acuerdo con lo apuntado, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del menor y no sea posible conseguir su autorización o la de sus representantes legales (como en el caso de un bebé de cuatro meses), los médicos deberán realizar las actuaciones clínicas indispensables en interés de su salud.

¹⁵ Véase Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Glass v. the United Kingdom*, de 9 de marzo de 2004. Esta resolución, dictada a raíz del tratamiento de diamorfina (heroína) administrado a un menor discapacitado, que se encontraba gravemente enfermo, contra la voluntad de su madre, que alegó que la decisión adoptada por los médicos responsables vulneraba el derecho del hijo a la integridad. El niño había sido ingresado en el hospital, aquejado de problemas respiratorios de tal entidad que los dos médicos que le atendieron dudaban que pudiera sobrevivir, por lo que consideraron necesaria la administración de diamorfina. A pesar de que la madre y otros familiares se opusieron, por entender que el niño no se estaba muriendo, la indicada sustancia le fue administrada, si bien los médicos precisaron que “el uso de morfina no es eutanasia”. La madre alegó ante la Corte Europea de Derechos Humanos que su hijo había sido objeto de agresión, al serle inyectada heroína sin que ella consintiera, añadiendo que un miembro de la policía que se encontraba en el hospital le comunicó que sería detenida si intentaba llevárselo a casa sin autorización expresa del centro hospitalario. El estado de salud del menor se agravó, por lo que la madre y otros familiares solicitaron que dejara de administrársele diamorfina, a lo que uno de los médicos replicó que sólo sería

inactividad injustificada por parte del representante legal del menor. En este sentido entendemos que si las personas llamadas a dar consentimiento por sustitución se niegan a darlo, el juez puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no puede consentir.

5. A modo de conclusión

Dicho queda pues que la institución de la potestad parental no puede con todo, es decir, que no reconoce a los progenitores unas facultades omnicomprendivas sobre los hijos a cargo. En el supuesto de hecho que se nos plantea, parece evidente que partiendo del paradigma de la atención integral de los derechos de la infancia y la adolescencia, aplicado en este caso a las políticas públicas dimanadas del Ministerio de Salud, así como atendiendo a la cláusula abstracta del interés superior del niño, que actuaría a modo de contrapeso o límite a las decisiones adoptadas por los representantes legales de un niño no conformes al desarrollo integral de su personalidad, la decisión unilateral de unos padres negándose a la vacunación de su hijo de cuatro meses infringe el derecho a la salud y a la vida del pequeño, y es por ello que debiera conminarse a esos progenitores a proceder a la inmunización programada en el Plan Nacional de Inmunización (PNI).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSTON, Philip (1996): "The best interest of the child. Towards a synthesis of children's rights and cultural values", en: *Simposio Internacional: La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI* (Salamanca, Universidad de Salamanca), pp. 240-263.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013): "La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez", en: *Revista Ius et Praxis* (Nº 2, año 19), pp. 3-52.

_____ (2011): *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Thomson Reuters).

posible si la familia se comprometía a no utilizar técnicas de reanimación. Lejos de llegar a un acuerdo, hubo una disputa entre la familia y los facultativos, en el transcurso de la cual la madre logró reanimar al niño, que mejoró y pudo regresar finalmente a casa. El hospital no facilitó ningún tipo de ayuda médica, comunicando a la madre por carta que no readmitirían al niño en el centro en el caso de que empeorara. Aquella demandó al hospital por lo sucedido, sin obtener satisfacción a su pretensión ni en primera ni en segunda instancia. Recurrió entonces ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su propio nombre y en el de su hijo. Finalmente, el Tribunal entendió que, con su conducta, los médicos y el hospital habían vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protege el derecho de toda persona a que sean respetadas su vida privada y su familia.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1997): *Infancia* (Montevideo, Boletín del Instituto Interamericano del Niño).
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en: *Justicia y Derechos del Niño* (Nº 1), pp. 48-62.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013): *Observación General N. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (CRC/C/CG/14, de 29 de mayo de 2013).
- DEL PICÓ, Jorge (2011): "Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del Derecho matrimonial chileno", en: *Revista Ius et Praxis* (Nº 1), pp. 31-56.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010): "Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes", en: *Revista Chilena de Derecho* (Nº 2), pp. 271- 310.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1998): "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", en: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary, *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (Buenos Aires, Depalma), pp. 19-38.
- GATICA, Nora y CHAIMOVICH, Claudia (2002): "La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño", en: *La Semana Jurídica* (Nº 13), pp. 14-32.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2000): "El interés superior del niño", en: *Gaceta Jurídica* (Nº 328), pp. 23-26.
- LEPIN MOLINA, Cristian (2014): "Los nuevos principios del Derecho de Familia", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 23), pp. 9-55.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor (2003): "Transfusiones, menores y testigos de Jehová. La libertad religiosa en un caso extremo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio)", en: *Revista Jurídica de Cataluña* (Nº III), pp. 743-766.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio (2002): *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional* (Cizur Menor, Aranzadi).
- MORLACHETTI, Alejandro (2007): "Políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a adolescentes y jóvenes: un enfoque fundado en los derechos humanos", en: *Notas de Población* (Nº 85), pp. 63-95.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2007): *Temas de Derecho de Familia* (Santiago de Chile, Sociedad Editora Metropolitana).

- PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015): "El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLIV. 1), pp. 69-96.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015): "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil chileno", en: *Revista Chilena de Derecho* (Nº 3), pp. 903-934.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015): "Trascendencia actual de la clásica cuestión del *dolo aliquid minor* en el Derecho Civil patrimonial chileno", en: VIDAL OLIVARES, Álvaro *et al.*, *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters la Ley), pp. 741-750.
- _____ (2015): *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia* (Valencia, Editorial Universitat Politècnica de València).
- _____ (2013): *El ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física por parte de las personas menores de edad en el ámbito sanitario* (Barcelona, Huygens Editorial).
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009): "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de interés entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de familia", en: *Revista Chilena de Derecho* (Nº 3), pp. 545-586.
- VARELA GARCÍA, Carlos (1997): "Comentarios a la Ley Orgánica Nº 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto", en: *Actualidad Civil* (Nº 12), pp. 246-275.