

Zúñiga Añazco, Yanira

MEDIDA DE PROTECCIÓN TERAPÉUTICA A FAVOR DE UN MENOR (SENTENCIAS DEL
TRIBUNAL DE FAMILIA Y DE LA CORTE DE APPELACIONES DE VALDIVIA)

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXII, núm. 1, julio, 2009, pp. 279-290
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714180013>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

MEDIDA DE PROTECCIÓN TERAPÉUTICA A FAVOR DE UN MENOR (SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE FAMILIA Y DE LA CORTE DE APPELACIONES DE VALDIVIA)

Comentario de Yanira Zúñiga Añazco

Valdivia, siete de abril de dos mil nueve.

VISTOS Y OIDOS:

PRIMERO: Que del oficio dirigido a este Tribunal por el Hospital Base y suscrito por la médica hemato-oncóloga infantil Dra. Pilar Martínez D., se solicita una medida de protección para el niño Robynson Leonardo Gómez Noa, de 11 años de edad, el que padece de Leucemia Linfoblástica Aguda, explicando que la madre no ha informado su opción al equipo médico de continuar el tratamiento para su hijo, ni ha sido ubicada telefónicamente para que se pronuncie sobre la opción ofrecida.

Explica la doctora informante, que al niño debe dársele la opción de someterse al tratamiento prescrito porque tiene un 40% de posibilidades de sobrevivir.

SEGUNDO: Debe precisarse que el oficio ya indicado del Hospital Base no expresa en definitiva cuál es la medida de protección que se pide, infiriéndose que se trata de ubicar a la madre para que ejerza la opción que se le plantea de someter a su hijo al tratamiento médico que le ofrece una posibilidad de sobrevivir del 40%.

No obstante lo anterior, atendido lo dispuesto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, que impone a los Jueces de Familia el deber de adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar la debida protección de los niños, niñas y adolescentes, este Tribunal estima necesario pronunciarse sobre la opción que se plantea a la madre.

TERCERO: De lo expuesto en la respectiva audiencia, consta que la madre rehúsa someter a su hijo de 11 años de edad al tratamiento médico que se ofrece, por cuanto éste le asegura escasas posibilidades de sobrevivir y durante su curso le significará a su hijo enormes padecimientos, los que ya conoció al vivirlos en similar tratamiento que se le suministró en el periodo 2005-2007.

CUARTO: También en estrados la médica tratante, de especialidad hemato-oncóloga infantil, doña Pilar Martínez, ha expuesto que omitiendo el tratamiento prescrito, la muerte del niño es inevitable en breve tiempo, en tanto que con el tratamiento las posibilidades de sobrevida son del 40%.

QUINTO: Luego la opción que se plantea es o enfrentar al niño a la muerte inevitable en un breve lapso, o brindar una posibilidad de sobrevida que puede ser superior a ese periodo con la aplicación de los tratamientos que la medicina ofrece.

Enfrentados a esa opción, a juicio de este Tribunal debe privilegiarse la alternativa que científicamente ofrece una posibilidad de sobrevida que es superior al del transcurso letal de la enfermedad, no existiendo motivo alguno para privar al niño de esa alternativa.

A este respecto debe ponderarse que las argumentaciones de la madre para rehusar el tratamiento se encuentran fundadas en un legítimo, pero emotivo deseo de bienestar de su hijo en el corto tiempo, y además en el natural deseo de sustraerlo del padecimiento que el tratamiento conlleva.

Sin embargo tales motivaciones de la madre no pueden constituir un obstáculo para rehuir los remedios que la ciencia médica ofrece al niño, que si bien, ciertamente, no puedan garantizar una sanación, al menos ofrecen la expectativa de que ello ocurra.

SEXTO: Que la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de ésta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarrearía su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles.

Atendido lo expuesto y lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño; artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, se declara:

Que se acoge la medida de protección, en cuanto se dispone que debe practicarse al niño Robynson Leonardo Gómez Noa el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida.

Se deja constancia que las partes quedaron notificadas personalmente de la sentencia.

Remítase copia de la misma vía correo electrónico a los intervenientes.

Regístrate.

RIT P-178-2009

DICTADA POR DOÑA MARÍA ISABEL EYSSAUTIER SAHR,
JUEZ DE FAMILIA

Valdivia, catorce de mayo de dos mil nueve.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha siete de abril de dos mil nueve la Juez de Familia de Valdivia doña María Isabel Eyssautier Sahr resolvió una medida de protección (RIT

P-178-2009) interpuesta mediante oficio dirigido a ese Tribunal y suscrito por la médica hemato-oncóloga infantil Pilar Martínez D., relativo al menor de once años Robynson Leonardo Gómez Noa, que se encuentra aquejado por una recaída, ahora adicionalmente con cáncer testicular, de una Leucemia Linfoblástica Aguda.

SEGUNDO: Que, aunque el oficio en cuestión no resultaba claro en cuanto a expresar en concreto cuál era la medida de protección que se pedía, pudiendo inferirse que se trataba de ubicar a la madre para que ejerza la opción de someter a su hijo al tratamiento médico que le ofrece una posibilidad de sobrevida de un 40%, la Juez *a quo* entendió que, atendido lo dispuesto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, que impone a los Jueces de Familia el deber de adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar la debida protección de los niños, niñas y adolescentes, le resultaba jurídicamente imperativo pronunciarse directamente sobre la opción que se plantea a la madre.

TERCERO: Que en la audiencia respectiva, el Tribunal de Familia constató que la madre rehúsa someter a su hijo al tratamiento médico que se ofrece, por cuanto éste le asegura escasas posibilidades de sobrevida y su práctica le significará a su hijo enormes padecimientos, que ya conoció al vivirlos en similar tratamiento que se le suministró en el periodo 2005-2007. Por otra parte, la médica tratante doña Pilar Martínez expuso que omitiendo el tratamiento prescrito, la muerte del niño es inevitable en breve tiempo, en tanto que con el tratamiento las posibilidades de sobrevida son de un 40%.

CUARTO: Que, en la sentencia en alzada la juez razonó que, en definitiva, “la opción que se plantea es o enfrentar al niño a la muerte inevitable en un breve lapso, o brindar una posibilidad de sobrevida que puede ser superior a ese periodo con la aplicación de los tratamientos que la medicina ofrece”, y concluyó que enfrentados a esa opción ¿debe privilegiarse la alternativa que científicamente ofrece una posibilidad de sobrevida que es superior al del transcurso letal de la enfermedad, no existiendo motivo alguno para privar al niño de esa alternativa? Conclusión que reafirma al agregar luego ¿que la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de ésta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarreará su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles?, con lo que termina resolviendo que ¿se acoge la medida de protección, en cuanto se dispone que debe practicarse al niño Robynson Leonardo Gómez Noa, el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida?

QUINTO: Que, fundando su apelación de la resolución antes reseñada, y en estrados, la recurrente ha sostenido, luego de relatar los hechos, y en síntesis máxima, que la

decisión adoptada por la madre, en conjunto con su hijo, es razonada y fundada puesto que se ha precedido de una completa evaluación, concluyendo que la quimioterapia ya tuvo su oportunidad y dejó al niño con irremediables secuelas físicas y sicológicas, aparte de no resultar eficaz, puesto que la remisión sólo duró dieciocho meses. En consecuencia, se optó por buscar nuevas alternativas de tratamiento, partiendo por un naturópata, que fue sólo el primero de los expertos que han intervenido, encontrándose hoy en manos de un médico alópata que le ofrece un tratamiento alternativo de inmunoterapia (y acompaña certificado del médico en cuestión). Por ello, apunta, el rechazo de la quimioterapia y la extirpación testicular no significa que el menor no vaya a recibir un tratamiento médico distinto, tratamiento que está reconocido legalmente por el Decreto N° 42 del Ministerio de Salud (Diario Oficial de 14 de Junio de 2005). Agrega que el propio Comité de Ética del Hospital de Valdivia se pronunció sobre el caso, ordenando la integración de la medicina alternativa y no pronunciándose acerca del sometimiento forzado del menor a la quimioterapia. Realiza una acabada argumentación respecto de cada uno de esos puntos, haciendo especial énfasis en las capacidades terapéuticas de la medicina alternativa (y en la ausencia de consecuencias colaterales dañinas) y en la paupérrima e intolerable calidad de vida que le augura la quimioterapia y la extirpación testicular al menor Gómez Noa, en lo que puede ser el último tiempo de vida que le quede; y finaliza solicitando se acoja el presente recurso de apelación, revocando la medida decretada por el Tribunal de Familia de Valdivia que obliga al menor Robynson Gómez Noa a someterse al tratamiento de quimioterapia, respetándose de esta forma la decisión de la madre y del niño de optar por un tratamiento médico distinto, decisión que ha sido tomada fundada y razonadamente.

SEXTO: Que excede con mucho el marco de actuación de un Tribunal de Justicia realizar, en una sentencia judicial, una evaluación de las posibilidades terapéuticas de la medicina conocida como ¿alternativa?, respecto de aquellas ofrecidas por la medicina tradicional o alópata, ni en abstracto ni en el caso concreto de la leucemia y del cáncer testicular que afecta al menor Robynson Gómez Noa. Tampoco, una determinación de cuál de las posibilidades ofrecidas por la medicina alópata resulte más conveniente, si aquella de los médicos del Hospital Base en Valdivia, o la del médico tratante en Santiago, Sr. Silva Jaramillo. Esencialmente, porque esas son evaluaciones que ni siquiera quienes tienen la experticia científica pueden hacer con una razonable dosis de seguridad. No es, por tanto, una evaluación de esa clase la que permitirá resolver la controversia planteada a esta Corte.

SÉPTIMO: Que, por el contrario, la tarea fundamental de esta Corte consiste en decidir cuál es el margen constitucional y legal en que el Estado puede actuar para forzar la práctica de un tratamiento médico, y cuáles son, por consiguiente, los límites que en esta materia el Estado no debiera traspasar. Con ese propósito, esta Corte se estará, a efectos de desarrollar la argumentación y por razones de prudencia analítica, a los siguientes supuestos: A) que las terapias distintas a la quimioterapia y la extirpación (tanto procedentes de la medicina alternativa cuanto practicadas por un médico alópata)

pueden únicamente generar algún efecto paliativo, sumado a la certeza de que no causarán los efectos colaterales nocivos que sí tiene la quimioterapia; y B) que es correcta la afirmación de la médico cirujano requirente de que una nueva quimioterapia, sumada a la extirpación testicular, ofrece una posibilidad de sobrevida de un 40%, entendiendo que ello significa que el menor tendría ese porcentaje probabilístico de estar vivo al cabo de un período convencional determinado de tiempo, pero que ello no garantiza, en modo alguno, la curación de la enfermedad que lo afecta; y que resulta asimismo cierto que la práctica de los citados tratamiento y operación le acarrearán al niño los mismos o mayores trastornos físicos y síquicos que en la ocasión anterior. Adicionalmente, debe esta Corte hacer formal declaración de que está convencida de que todos los actores de este complejo caso han actuado y lo continuarán haciendo con las mejores intenciones en pro del interés superior del menor de cuya protección se trata, y con la más completa buena fe.

OCTAVO: Que así las cosas, la resolución del presente caso supone, en primer término, una reflexión sobre el significado del derecho a la vida que la Constitución garantiza a toda persona; sobre los deberes que el Estado puede asumir respecto de ese derecho; y luego, la forma en que ese significado incide en la situación concreta del menor Gómez Noa.

NOVENO: Que el derecho a la vida consagrado en el número primero del artículo 19 de la Constitución Política es efectivamente, como lo ha puesto de relieve la numerosa doctrina y jurisprudencia, el principal de todos los derechos constitucionalmente garantizados a todas las personas, por constituir la estructura de plausibilidad sobre la que pueden ejercerse por los particulares y protegerse por el Estado el resto de los derechos, lo que constituye una afirmación lingüísticamente afinada de la evidencia palpable de que respecto de una persona muerta el resto de los derechos constitucionalmente garantizados carece de todo sentido.

DÉCIMO: Que esa consideración del derecho a la vida es, precisamente, la que ha motivado las variadas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que han forzado transfusiones sanguíneas a menores de edad, cuando por razones religiosas sus padres se oponían a ellas; o que han forzado la alimentación de huelguistas de hambre.

UNDÉCIMO: Que parecen encontrarse razonablemente justificadas esas decisiones estatales (jurisprudenciales) que han forzado tratamientos médicos, en todos los casos en que esas actuaciones profesionales no suponen un atentado grave a la calidad de vida del paciente, y al mismo tiempo, garantizan, al menos en un grado estadístico alto, la recuperación de la salud del mismo; y resultan, a juicio de esta Corte, especialmente justificadas cuando se refieren a menores de edad y a la oposición a tratamientos curativos fundada en razones religiosas de sus padres. Esas razones religiosas, objeto de una decisión de adhesión libre, informada y voluntaria, y que resultan constitucionalmente merecedoras de respeto y protección estatal, no pueden sin embargo determinar la

muerte o el riesgo de ella para quien no ha consentido madura y responsablemente en esa adhesión religiosa, como ocurre con los niños. Asimismo, resultan particularmente justificadas las decisiones relativas a huelguistas de hambre cuando el Estado tiene sobre sus espaldas un especial deber de cuidado respecto de la salud y vida de ciertas personas, como ocurre con aquellas que se encuentran privadas de libertad por condenas judiciales.

DUODÉCIMO: Que, sin embargo, como el difícil y delicado caso del menor Gómez Noa lo pone particularmente de relieve, el derecho a la vida no puede entenderse pura y simplemente como la mera continuación de las funciones biológicas. En este sentido, se ha sostenido que ¿el derecho a la vida (?) no se limita al derecho a conservar la vida biológica (?) sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de esos valores, a vivir la vida escogida, e incluso, el derecho a morir por esos valores, derecho del que es titular cada persona? Así, el derecho a la vida ¿además de abarcar el derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho a 'hacer la vida?? (Figueroa Yáñez, Estudios de Derecho Civil 2007, p. 32). En buenas cuentas, el derecho a la vida constitucionalmente garantizado supone, primero y obviamente, el derecho a que no se nos prive de nuestra continuidad biológica, pero además, implica el derecho a decidir los parámetros con los cuales viviremos nuestra existencia física y espiritual. Del artículo 19 N° 1º de la Constitución no se sigue, entonces, la existencia de un deber de vivir (en el sentido primario de conservar ciertas funciones biológicas) a todo evento, a cualquier costo y bajo cualesquiera condiciones, si ello supone una radical vulneración de la autonomía individual, y particularmente, de la dignidad intrínseca de la persona humana. Menos, desde luego, que el Estado tenga siempre y en todo caso la tarea de imponer coactivamente ese deber, especialmente teniendo a la vista el contenido del inciso tercero del artículo primero de la carta fundamental: ¿El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece?

DECIMOTERCERO: Que en el caso concreto del menor Gómez Noa la jueza de primer grado ha dispuesto la práctica imperativa de la amputación testicular y de una nueva quimioterapia, a pesar de que la medida de protección solicitaba ¿ubicar? a la madre, con el propósito de ¿dar la opción a este menor de tratarse?; y lo hizo entendiendo que ello constituía su deber atentos los términos en que la Ley de Familia encarga a los Tribunales la protección de la vida y la integridad del niño, interpretando esa exigencia como imperando esa protección ¿en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción? A juicio de esta Corte, tal decisión excede el marco atributivo del Juez de Familia, en base a las consideraciones que siguen.

DECIMOCUARTO: Que, en primer término, no se tuvo en cuenta la opinión del menor. Es completamente cierto que la autonomía individual no se reconoce plenamente por el ordenamiento jurídico nacional sino hasta los dieciocho años, y que por lo mismo esa opinión nunca podrá considerarse definitivamente determinante. Pero la ley reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas. Teniendo el niño Gómez Noa once años de edad, y habiendo vivido antes la experiencia de un tratamiento de quimioterapia, estima esta Corte que, aunque fuera nada más que para una mejor ilustración, debió consultarse su parecer. Así lo dispone, desde luego, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley chilena en virtud del decreto 830 RR.EE. de fecha 27 de septiembre de 1990) que establece que 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, 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. Así lo establece, asimismo, el artículo 16 Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia: *Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído*. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad?

DECIMOQUINTO: Que, en segundo término, no puede una decisión judicial interferir en la relación médico-paciente, forzando un tratamiento de la gravedad que tiene el que se propone al menor de autos, cuando las probabilidades de sanación que ese tratamiento ofrece son tan mínimas que resulta imposible a la ciencia médica afirmarlas, llegando sólo a aventurar que puede esperarse un 40% de posibilidades de sobrevida, en los términos que se han explicado antes, esto es, de expectativas de estar vivo al cabo de un lapso predeterminado de tiempo. Como se argumentó antes, la acción coactiva del Estado puede justificarse bien cuando la negativa al tratamiento médico de un menor reúna las siguientes características: Que se trate de una enfermedad o condición positivamente curable, o con porcentajes estadísticos altos de probabilidad de curación; y que se trate de acciones médicas cuya práctica no suponga un deterioro físico o psíquico del paciente que afecte su esencial dignidad como persona, o que afecte de un modo intolerable su calidad de vida. Si se dan esas circunstancias respecto de un menor de edad, y sus padres niegan el tratamiento, esa negativa no parecerá razonable, y entonces sí cabe el deber de intervención estatal para salvaguardar la vida del niño o niña. En todos

los casos, en cambio, en que no se reúnan esas condiciones, el Estado debe retroceder, y dejar que sea la familia, con la información suficiente aportada en el contexto de la relación médico-paciente, la que adopte la decisión que mejor se acomoda a su sistema de creencias, a sus experiencias previas, a sus valores, a su percepción de lo que sea una vida que vale la pena vivirse, a su entendimiento de lo que sea lo mejor para su derecho a ¿hacer la vida?.

DECIMOSEXTO: Que, en este sentido, resulta bastante claro para esta Corte que la situación de Robynson Gómez Noa, en que ya existió un tratamiento previo que provocó graves desajustes físicos y psíquicos, y que fracasó, al recidivar la enfermedad, esta vez con mayor malignidad, al haberse desarrollado un tumor o cáncer testicular, se enmarca dentro de aquellos casos en que el Estado no puede, ni moral ni jurídicamente, imponer un tratamiento médico que tiene esos costos y tan poca garantía de efectividad. En esas circunstancias, es el menor, y sobre todo sus padres, los que tienen el derecho de decidir la forma en que transcurrirán los días de vida que le queden, y aunque suene duro escribirlo, la forma en que morirá. En esa suprema y última intimidad el Estado no debe inmiscuirse con el uso de la fuerza.

DECIMOSÉPTIMO: Que, en cambio, en un caso como este el Estado sí puede acoger la protección en los términos solicitados por la médico tratante, es decir, en los términos de garantizar que el menor tenga efectivamente la opción de recibir el tratamiento que la ciencia médica recomienda. Como la madre ya se encuentra ubicable, resta cerciorarse que cuenta con toda la información médica que le permita tomar la que considere la mejor decisión a favor de los intereses superiores del niño que tiene biológica y legalmente a su cargo. Adicionalmente, parece a esta Corte que la madre debe tener claridad acerca de que, pese a su rechazo inicial, puede, vistas las circunstancias, decidir aceptar la opción ofrecida por el Hospital Base de Valdivia, siempre que médicalemente ello sea aún aconsejable; y que en cualquier caso, dispondrá siempre de terapias paliativas del dolor.

En mérito de lo considerado, disposiciones constitucionales y legales citadas, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 67 y siguientes de la Ley N° 19.968, se declara:

Que **SE REVOCA** la sentencia apelada de fecha siete de abril de dos mil nueve del Juzgado de Familia de Valdivia, que resolviendo una medida de protección, dispuso que debe practicarse al niño Robynson Leonardo Gómez Noa, el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida; y en su lugar se resuelve **QUE SE ACOGE** la medida de protección solicitada, en el sentido que:

- a) El Tribunal de Familia de Valdivia adoptará las medidas que juzgue necesarias para verificar que la madre del menor reciba de parte del Hospital Base de Valdivia toda la información relevante a efectos de que adopte su decisión, decisión que, previa audiencia del menor, comunicará al mismo Hospital o al médico tratante, y se cerciorará de que esa decisión sea formalizada de acuerdo con los procedimientos hospitalarios en uso.

- b) El Tribunal de Familia de Valdivia dispondrá las medidas que juzgue convenientes para que la madre del menor sepa con claridad, de parte del Hospital Base de Valdivia, cuáles son los tiempos y condiciones en que puede retractarse de una negativa inicial a recibir el tratamiento propuesto para su hijo; y que en cualquier caso, podrá acceder siempre a terapias paliativas del dolor.

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Andrés Varas Braun.

Regístrese y comuníquese.

Rol N° 103-2009 FAM.

Pronunciada por la SEGUNDA SALA, por el Ministro Sr. DARÍO I. CARRETTA NAVEA, la Fiscal Judicial Sra. LORETO CODDOU BRAGA, Abogado Integrante Sr. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN. Autoriza la Secretaria Sra. ANA MARÍA LEÓN ESPEJO.

Valdivia, catorce de mayo de dos mil nueve notifiqué por el ESTADO DIARIO la resolución precedente.

Certifico: Que con esta fecha se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil. Valdivia, 14 de mayo de 2009.

COMENTARIO

El caso del menor Robynson Gómez Noa se judicializa a través de la solicitud de una medida de protección en el marco de la ley N° 19.968, por parte de la médica tratante de Robynson. Aunque, en la resolución del tribunal de familia se advierte que el contenido de la medida de protección solicitada no es claro, el tribunal “estima necesario pronunciarse sobre la opción [terapéutica] que se plantea a la madre” (considerando segundo), esto es, “enfrentar al niño a la muerte inevitable en un breve lapso, o brindar una posibilidad de sobrevida que puede ser superior a ese periodo con la aplicación de los tratamientos que la medicina ofrece” (considerando quinto). A los efectos, se resuelve que “la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de ésta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarrearía su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles” (considerando sexto). Dicha resolución fue impugnada ante la Corte de Apelaciones de Valdivia (en adelante, la Corte) por vía de recurso de apelación.

Este es un caso trágico no sólo desde un punto de vista emocional sino que lo es también desde un punto de vista jurídico. Manuel Atienza entiende que los casos trágicos son aquellos respecto de los cuales “no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde

el punto de vista jurídico y/o moral” o, en otro giro, “los casos en relación con los cuales no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”.¹ Esto ocurre, fundamentalmente, cuando el sistema jurídico no proporciona una respuesta correcta desde el punto de vista racional debido a que los principios jurídicos enfrentados tienen eminentemente un contenido moral. Conviene tener presente que como los derechos fundamentales no implican la protección de una moral determinada sino, muy por el contrario, permiten la coexistencia de distintas visiones morales o –como diría más de algún pensador liberal– de distintos “planes de vida buena”, los conflictos de derechos fundamentales, más que cualquier otra parcela del ordenamiento jurídico, pueden dar origen a casos trágicos. Además, hay que tener en cuenta que la textura abierta de las normas constitucionales crea marcos interpretativos más laxos, lo que favorece, especialmente en algunos temas, la mantención de discrepancias profundas en el seno de la comunidad jurídica.

Con todo, la existencia de un caso trágico y la asunción implícita de que la rationalidad jurídica es limitada frente a los dilemas morales, no implica sostener que este tipo de asuntos se deban resolver desde la mera emocionalidad, o que se excluya la necesidad de fundar las decisiones judiciales en argumentos. Al contrario, en estos casos, probablemente más que otros, el juez debiera considerar con mayor acuciosidad la variedad de enfoques morales comprometidos de manera que su decisión descansen sobre razones plausibles.

Creo que el caso del menor Gómez Noa involucra una decisión trágica para todos los intervenientes (niño, madre, facultativo y jueces) porque supone favorecer una probable extensión de la vida a costa de la autonomía personal o privilegiar esta última acortando la vida. Y la cuestión se vuelve todavía más trágica, si cabe, porque la edad de Robynson (11 años) implica que la decisión respecto de su (sobre)vida la tomará en cualquier caso desde el punto de vista jurídico-formal, otro sujeto: su representante legal o un tribunal.

Así las cosas, hay dos cuestiones centrales sobre las que debía razonarse en este asunto y que están desarrolladas de mejor manera en el fallo de la Corte que en la resolución de primera instancia. Evidentemente, en la medida que he afirmado que se trata de un caso trágico, cuando sugiero que la exposición de razones es preferible en una sentencia que en otra, estoy aludiendo a la construcción argumental de cada uno de los textos y no, necesariamente, al valor intrínseco de las razones contenidas en ellos.

Estas dos cuestiones o problemas jurídicos son: el contenido y alcance del derecho a la vida, por un lado, y, por otro, el significado del principio del interés superior del niño. Ambos problemas son abordados en el fallo de la Corte, mientras que en el fallo de primera instancia, el razonamiento se enfoca únicamente en el primero.

Como es sabido y sobre ello discurre también la sentencia de alzada, el derecho a la vida tiende a ser conceptualizado como una suerte de *preferred right*, cuando no senci-

¹ Atienza, M. “Los límites de la interpretación judicial, De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Isonomía (Publicaciones periódicas) Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, abril, 1997, p. 15.

llamente como un derecho absoluto,² la que parece ser la tesis del tribunal de familia. En ambos enfoques, suele arribarse a la conclusión de que el derecho a la vida no es disponible por parte de su propio titular de modo que más que como una libertad se le configura como un derecho-deber. Para apoyar esta conclusión suele argumentarse –como evoca el fallo de la Corte– que la vida sería la base de “la estructura de plausibilidad sobre la que pueden ejercerse por los particulares y protegerse por el Estado el resto de los derechos” (considerando noveno). Pero como establece también la sentencia de alzada, esta cuestión no necesariamente tiene que ser apreciada como una evidencia de la indisponibilidad de la vida, sino que puede verse, simplemente, como una constatación empírica de que los titulares de los derechos son las personas vivas y no los muertos o, dicho de otra manera, que la vida es el presupuesto fáctico (y no ya moral) del ejercicio de los derechos. Si se parte de esta última premisa, en cambio, no hay mayores obstáculos para sostener que la decisión sobre cómo vivir y sobre cómo morir pertenecen al ámbito de las concepciones morales particulares de los individuos y que, respecto de ellas, el Estado no debiera tener injerencia. Desde luego, este último razonamiento involucra una visión liberal del derecho a la vida y por tanto una aproximación moral de tipo instrumental o formal, mientras que la tesis de la indisponibilidad de la vida se encuentra emparentada con morales de tipo sustantivas. La sentencia de la Corte muestra que una tesis de tipo liberal sobre el significado del derecho a la vida es perfectamente sostenible a partir de nuestro sistema constitucional pese a que la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales (incluyendo el fallo de primera instancia aquí referido) ha tendido a imponer la tesis contraria.

El segundo aspecto involucrado en este asunto se relaciona con la interpretación del principio del interés superior del niño. Recordemos que dicho principio está contenido en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y que ha sido recogido en numerosos ordenamientos internos –incluido el chileno– a través de un proceso expreso de constitucionalización (inserción explícita en norma constitucional) o implícito (como consecuencia de la noción del bloque de constitucionalidad). Con todo, el significado de este principio está lejos de ser prístino. En algunos casos pareciera ser interpretado como un criterio de resolución de conflictos entre los derechos de los padres, por un lado, y los derechos de los hijos menores, por otro; que habilitaría al juez para, desde una posición paternalista, determinar aquello que realmente implica el bienestar del niño o niña³. En otros casos, se interpreta como una manifestación más del proceso de individuación de los niños que supone el reemplazo de un paradigma jurídico protecciónista por un paradigma de especificación de derechos fundamentales en el que se reconoce al niño como titular de derechos, sin perjuicio de considerar su especial vulnerabilidad. En esta última aproximación, el interés superior del niño implica no sólo el bienestar de los niños o niñas sino, además, cierto grado de autonomía de éstos para adoptar decisiones personales. Así concebido este principio, no sólo es oponible a

² Véase la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la pildora del día después, en lo concerniente a la interpretación del derecho a la vida del no nato.

³ Véase, en este sentido, el caso Atala.

los padres sino también a los órganos del Estado, incluidos los tribunales. Pareciera ser que ésta es la óptica que asume el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia aunque no lo diga expresamente.

Evidentemente, uno u otro punto de partida pueden conducir a soluciones diversas y aunque una posición paternalista no excluye *ipso facto* la garantía de los derechos del niño contemplados en la Convención respectiva, parece ser que el espíritu de dicho tratado internacional impone que la opinión de los niños sea, necesariamente, uno de los elementos específicamente ponderados en la decisión judicial. Es esta la fórmula que consagra el *proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud* de 2006. Este proyecto permite que los mayores de 14 y menores de 18 puedan rehusar tratamientos médicos siempre y cuando hayan sido informados de sus consecuencias y establece que respecto de los menores de 14 años su opinión debe ser consultada siempre.