

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO NORMA APLICABLE EN CASOS DE DISTRIBUCIÓN DE MEDICAMENTOS DE ALTO COSTO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, ROL N° 76-2023

THE CHILDS RIGHTS CONVENTION AS AN APPLICABLE STANDARD IN CASES OF DISTRIBUTION OF HIGH-COST MEDICINES. COMMENTARY ON THE RULING OF APPEALS COURT OF COPIAPO, ROL N° 76-2023

VALENTINA SILVA BERRÍOS* **

RESUMEN

El presente comentario recae sobre una sentencia de recurso de protección, causa Rol 76-2023, seguida ante Corte de Apelaciones de Copiapó. La referida acción denuncia la vulneración del derecho a la vida, la salud e igualdad ante la ley de la niña de iniciales A.I.Q.Z. Se analiza el razonamiento desplegado por el tribunal en torno a las nociones de ‘vulnerabilidad’ e ‘interés superior del niño’ y se defiende la pertinencia de un análisis interseccional. El trabajo se organizará de la siguiente forma: i) exposición breve la sentencia, ii) planteamiento el problema a revisar, iii) aproximación al concepto de vulnerabilidad, iv) revisión de la jerarquía normativa del

*Licenciada en Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Abogada. Doctoranda en Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Docente, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9075-0224>. Correo electrónico: valentinasilberr@gmail.com.

**Trabajo realizado en el marco del proyecto FONDECYT Regular N°1221269, titulado “Aproximación a un modelo retórico-discursivo para las sentencias que razonan con normas indeterminadas”.

Trabajo recibido el 13 de diciembre de 2023 y aceptado para su publicación el 28 de diciembre de 2023.

interés superior del niño (ISN), v) revisión del contenido del ISN, y vii) exposición de conclusiones.

Palabras Clave: acceso a la salud; medicamento de alto costo; interés superior del niño; recurso de protección; vulnerabilidad; jerarquía normativa.

ABSTRACT

This commentary focuses on a protective recourse judgment, Case No. 76-2023, heard before the Court of Appeals of Copiapó. The mentioned action alleges a violation of the right to life, health, and equality before the law of the girl with the initials A.I.Q.Z. The analysis delves into the reasoning deployed by the court regarding the notions of ‘vulnerability’ and ‘best interests of the child,’ and advocates for the relevance of an intersectional analysis. The work will be organized as follows: i) brief exposition of the judgment, ii) statement of the problem to be reviewed, iii) approach to the concept of vulnerability, iv) review of the normative hierarchy of the best interests of the child (ISN), v) review of the content of the ISN, and vii) presentation of conclusions.

Keywords: Access to Health; High-cost medicine; Best interest of the child; protection action; vulnerability; legal hierarchy principle.

I. DOCTRINA. LOS HECHOS

Desde el año 2017 la Corte Suprema ha desarrollado una línea jurisprudencial en casos de distribución de medicamentos de alto costo. Estos casos presentan las siguientes características: personas que padecen enfermedades cuyo tratamiento es de alto costo recurren de protección reclamando la negativa al financiamiento de sus tratamientos por parte de los servicios públicos de salud.¹ En cuanto al tipo de decisiones adoptadas, la Corte considera que negar el medicamento supone poner en riesgo de manera arbitraria la vida de los recurrentes. El caso analizado en este comentario corresponde a la línea jurisprudencial señalada, sin embargo, con una perspectiva enfocada en NNA.

La niña de iniciales A.I.Q.Z, de un año y once meses padece atrofia muscular espinal tipo 2. El tratamiento de esta enfermedad puede consistir en la administración

¹ MARTÍNEZ, José; POYANCO, Rodrigo, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo”, *Estudios Constitucionales*, 2022, vol. 20, N.º2, pp. 18 – 19.

alternativa de dos medicamentos: Spinraza o Risdiplam. Este último es recetado por el médico tratante. El costo del fármaco es ciento veinte millones de pesos.

Los padres solicitaron el fármaco ante el Hospital Regional San José del Carmen de Copiapó, el Servicio de Salud de Atacama y el Fondo Nacional de Salud. Todos estos organismos negaron la administración del medicamento debido a su alto costo en observancia a los criterios establecidos por la ley N°20.850.² Ante la negativa de los organismos públicos, los padres de la niña interpusieron un recurso de protección alegando la vulneración del derecho a la vida, la salud e igualdad ante la ley. La Corte de Apelaciones de Copiapó acogió el recurso por votación unánime³ y estimó que se vulneraban los derechos constitucionales indicados y aquellos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño (CDN).⁴ Apelado el fallo de primera instancia por los recurridos, la decisión fue confirmada por la Corte Suprema.⁵

II. COMENTARIOS

La sentencia comentada presenta, al menos, cinco problemas de diversa entidad: (i) La jerarquía normativa de los derechos de niños, niñas y adolescentes que consagra la CDN y que ha sido ratificada y está vigente en el orden jurídico chileno; (ii) Las relaciones conceptuales entre los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), y los derechos constitucionales amparados por el recurso de protección; (iii) El contenido del Interés Superior del Niño (en adelante, ISN) en tanto derecho, técnica de interpretación y procedimiento de toma de decisiones; (iv) La operación que realiza el tribunal en orden a priorizar el ISN por sobre todas las consideraciones alegadas por los recurridos y, (v) La noción de vulnerabilidad que usa el tribunal y que está más o menos implícita en la sentencia.

En atención a la extensión y profundidad de este comentario trataré los problemas en el siguiente orden: El problema (v) lo analizaré al inicio y de forma independiente, porque se trata de un antecedente que justifica la existencia de normas especiales para los NNA. A continuación, trataré los problemas (i) y (ii) de forma coordinada y, finalmente, procederé a tratar los problemas (iii) y (iv).

² Ley N° 20.850 de 2015, denominada coloquialmente como ‘Ley Ricarte Soto’.

³ Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de marzo de 2023, Rol N° 76-2023, recurso de protección acogido.

⁴ En adelante “CDN”, para simplificar la redacción.

⁵ Corte Suprema, 5 de abril de 2023, Rol 50.892-2023, confirma recurso de protección.

2.1. Vulnerabilidad, una noción relevante

El considerando décimo de la sentencia analizada usa la expresión ‘población doblemente vulnerable’ para referirse a NNA enfermos. Esto nos reconduce inevitablemente a preguntarnos ¿Qué entiende el tribunal por vulnerable? y ¿Cómo la vulnerabilidad se relaciona conceptualmente con los otros argumentos que la sentencia usa?

a) ¿Qué es la vulnerabilidad? ¿Cuál es su importancia?

Dentro de los instrumentos internacionales, el primero en referirse a la ‘vulnerabilidad’ de manera explícita son las reglas de Beijing en 1985. Por su parte, el resumen no oficial de las principales disposiciones de la CDN se refiere a la “[...] *necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad* [...]”⁶ y en este mismo sentido, el protocolo facultativo de la CDN sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía hace referencia en reiteradas ocasiones a los NNA como una ‘población especialmente vulnerable’.⁷ En definitiva, en el plano internacional, existe sustento normativo para considerar que NNA son una población vulnerable y, en cuanto tal, que requieren de un estándar especial de protección.

No obstante, el concepto de vulnerabilidad no es pacífico ni exclusivo de una disciplina, sino que se trata de un concepto complejo.⁸ Para los efectos del presente análisis considero la ‘vulnerabilidad social’, conforme a la CEPAL “[...] tiene dos componentes explicativos. Por una parte, la inseguridad e indefensión que experimentan las comunidades, familias e individuos en sus condiciones de vida a consecuencia del impacto provocado por algún tipo de evento económico social de carácter traumático. Por otra parte, el manejo de recursos y las estrategias que utilizan las comunidades, familias y personas para enfrentar los efectos de ese evento”.⁹ En otras palabras, la vulnerabilidad social es un conjunto de factores “que exponen a las personas a mayores riesgos, a situaciones de falta de poder o control,

⁶ UNICEF COMITÉ ESPAÑOL (Eds.), *Convención de los Derechos del Niño*, V. mayo de 2015, disponible en línea: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino_0.pdf, [consultado el 12 de noviembre de 2023].

⁷ Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, 2003.

⁸ FEITO, Lydia, “Vulnerabilidad”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2007, N° 30, p. 8.

⁹ PIZARRO, Roberto, *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*, Santiago de Chile, 2001, CEPAL, Serie estudios estadísticos y prospectivos, 6, p. 11.

a la imposibilidad de cambiar sus circunstancias, y por tanto, a la desprotección”.¹⁰

Este concepto resulta útil, pues corresponde a una noción condicionada al ámbito normativo y que admite la posibilidad de más de una condición de vulnerabilidad. Lo que, a su vez, es compatible con lo señalado por los instrumentos internacionales y por el fallo en análisis, el que hace referencia explícita a ‘una población doblemente vulnerable’.¹¹

Sin embargo, la definición expuesta carece de herramientas para identificar la entidad de las condiciones y su interacción con otras. Para salvar esta dificultad propongo escapar del ámbito jurídico y usar la propuesta de LUNA, quien en el ámbito de la ética médica¹² ha planteado que se deben identificar capas de vulnerabilidad y generar salvaguardas para cada una de ellas.¹³ Es decir, para evaluar adecuadamente la vulnerabilidad se deben identificar cada uno de los *Factores de Vulnerabilidad* (en adelante FV), que atraviesa a un sujeto, en este caso a un NNA. En este sentido, resulta interesante la comparación planteada por LUNA entre dignidad y vulnerabilidad al señalar que

*“[Esta] concepción de vulnerabilidad no implica abandonar la idea de que todos los seres humanos son merecedores del mismo respeto. Pero hay dos cosas que es necesario aclarar: que el mismo respeto no necesariamente implica el mismo tipo o nivel de protección y que el respeto debido a todos los seres humanos no necesariamente emana de esta vulnerabilidad existencial [...] la dignidad [es] una “condición permanente e indeleble” de todo ser humano [que] exige un respeto que debe ser igual para todos. La vulnerabilidad, en cambio, requiere de protección”.*¹⁴

De este modo, cada uno de los FV identificados requerirá de una capa de protección especial para ser superado o contenido en su impacto.

¹⁰ FEITO, cit. (n. 7), p. 11.

¹¹ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 76-2023, considerando 10°.

¹² Atingente toda vez que revisamos un caso en que se discute sobre el otorgamiento de prestaciones sanitarias.

¹³ LUNA, Florencia, “Vulnerabilidad: un concepto muy útil. Abandonando los “corsets teóricos”: Respuesta a “Vulnerabilidad: ¿un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria?” *Revista Redbioética - UNESCO*, 2011, p. 86.

¹⁴ LUNA, cit. (n. 12), p. 87.

b) *Su importancia en el caso*

En cuanto al fallo en análisis, este señala en su considerando décimo

“[...] por cuanto los niños y niñas que han obtenido pronunciamientos favorables en la interposición de acciones de protección, como la que nos ocupa, están lejos de ser privilegiados, pues precisamente por sus precarios estados de salud, su riesgo vital inminente y sus condiciones de vida, que muchas veces requieren de máquinas para poder sobrevivir y con expectativas de vida muy mezquinas, como ocurre en el caso de A., constituyen una *población doblemente vulnerable* (cursivas propias), tanto por las referidas condiciones y trayectos vitales, como porque se trata de niños y niñas sujetos de especial protección exigible al Estado de manera directa”.¹⁵

A partir de este considerando es posible sostener que el Tribunal reconoce que el caso que juzga es relativo a una niña vulnerable y que la vulnerabilidad no es una cualidad única, individual o atómica, sino que se compone de varios elementos y en este caso sería doble.

En cuanto a la doble vulnerabilidad a la que hace referencia la sentencia, resulta razonable despejar cuáles son los FV que concurren en el caso en comento. Por un lado, un primer FV es la niñez. Porque el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Corte IDH tiene como punto de partida la necesidad de reconocer un estatuto de protección especial para los NNA es su especial vulnerabilidad.¹⁶ En este sentido, puede afirmarse que los NNA presentan un estado de vulnerabilidad cuya fuente es una ‘desigualdad estructural’ / ‘discriminación estructural’¹⁷ consistente en subestimar su punto de vista, atendido su desarrollo incompleto en términos biológicos.¹⁸

Por otro lado, un segundo FV es la enfermedad. La afirmación que señala

¹⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 76-2023, Considerando 10°.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

¹⁷ Con ‘discriminación estructural’ me refiero al «resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de [grupos vulnerables] por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias» conforme a: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis Argentina, 2007, pp. 166 – 167.

¹⁸ ERIKSON, Erik, *El Ciclo Vital Completado*, Paidós, México, 1988.p. 130-133.

que el hecho de padecer una enfermedad es una condición de vulnerabilidad puede parecer una idea obvia o trivial. Sin embargo, no existe normativa o dogmática jurídica que sustente esta idea.¹⁹ Es necesario entonces, valerse de nociones extrajurídicas. Es particularmente útil la planteada por MACKENZIE en el ámbito de la bioética y la ética médica, que consideran como personas vulnerables a “*aquellas [personas] que son más susceptibles de sufrir una carga excesiva de mala salud y, por lo tanto, requieren protección o apoyo extra*”.²⁰

En virtud de las nociones expuestas, es razonable comprender que la vulnerabilidad no es una sola. Las personas pueden (o no) ser vulnerables y, dentro de aquellas que son vulnerables, existirán algunas que ‘cargan’ con capas de vulnerabilidad más complejas o numerosas que profundizan su exclusión. En otras palabras, la vulnerabilidad bien entendida es una herramienta conceptual complementaria a lo que conocemos como ‘discriminación interseccional’, es decir, aquella discriminación que se produce por un conjunto de factores que simultáneamente construyen un determinado tipo de exclusión,²¹ situación que busca ser revertida mediante la especial protección de estos grupos vulnerables a través de normativa especializada, la cual se aplica en casos como el que se analiza.²²

2.2. Jerarquía normativa y contenido del ISN

La Constitución chilena vigente al momento de escribir este comentario no reconoce explícitamente derechos específicos a los NNA. Sin embargo, el día anterior a la dictación del fallo que se comenta se publicó la Ley N°21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia (LGPI),²³ la que en su artículo sexto establece:

¹⁹ Hay que recordar que ‘estar enfermo’ no es sinónimo de tener la calidad ‘paciente’ en una relación médica. Hay pacientes que no están enfermos y hay enfermos que no son pacientes. En la dogmática, trabajos útiles por analogía podrían ser aquellos que tratan la discapacidad como noción jurídica y médica y aquellos que estudian la noción de ‘débil jurídico’. Por ejemplo, existen algunos puntos de encuentro con la argumentación sobre noción de ‘débil jurídico’ planteada en: LÓPEZ, Patricia, “El débil jurídico en el derecho privado chileno: noción, configuración y tipología”, *Ius et Praxis*, 2023. Vol. 29, n° 1, pp. 124-144.

²⁰ MACKENZIE, Catriona, ROGERS, Wendy; DODDS, Susan, *Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy*. Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 77.

²¹ CATALÁ, Alicia, “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2010, p. 10.

²² En sintonía con lo propuesto por LUNA.

²³ En adelante “LGPI”, para simplificar la redacción.

“Sujetos de derecho. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. Todo niño, niña o adolescente es titular y goza plenamente de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes”.²⁴

Esta normativa implica que, al momento de iniciar la tramitación de la causa, no existían normas que explícitamente indicaran que esta categoría de personas (con relación a su particular etapa de desarrollo) son titulares de algún derecho fundamental especial. Sin embargo, atendido el tenor literal de los considerandos sexto, séptimo y octavo se puede advertir una integración de las normas nacionales e internacionales para configurar un especial sentido del ISN conforme al caso particular. Por esta razón, en las secciones siguientes, se analiza la jerarquía normativa de los derechos de NNA y, luego, el contenido del ISN.

a) Jerarquía de los derechos

Una primera cuestión que es necesario explicitar es que, para los efectos de este análisis los artículos 5° inciso 2; 32 N.° 15; 54 N.° 1; 93 N.° 1 y n°3 de la Constitución permiten establecer que los tratados se integran al ordenamiento nacional. Sin embargo, estas disposiciones no se refieren a la jerarquía normativa de los tratados.²⁵ Según ha sostenido el Tribunal Constitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos son normas de rango infraconstitucional²⁶ y suprallegal.²⁷

²⁴ Ley N.° 21.430, de 2022.

²⁵ HENRÍQUEZ, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Estudios Constitucionales*, 2008, Vol. 6, número 2, p. 77.

²⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol N° 2.265, de 2013.

²⁷ El razonamiento que plantea el tribunal para arribar a dicha conclusión es el siguiente: i) El segundo párrafo del artículo 5 refuerza la obligación de cumplir con los tratados, pero al analizar el texto se concluye que no solo es una reafirmación de este imperativo, sino también el establecimiento de una posición jurídica específica. La soberanía del Estado encuentra su límite en los derechos esenciales de la naturaleza humana, y la Constitución establece que el Estado tiene la responsabilidad de respetar y promover estos derechos esenciales. En respuesta a la pregunta sobre cuáles son estos derechos, la propia Constitución aclara que se refieren tanto a los derechos constitucionales como a los derechos consagrados en los tratados que han sido ratificados y están en vigor, ii) Conforme al artículo 32 N°15 y 54 N°1 de la Constitución los tratados se tramitan ‘en lo pertinente’ conforme a las leyes, de manera que ahí existiría una segunda similitud, y, iii) El artículo 93 N°1 de la Constitución establece que pueden ser sometidos al control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, por lo que serían en cualquier caso infra constitucionales. Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol

En segundo lugar, es importante considerar que en el preámbulo de la CDN se señala: “Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (...)”,²⁸ lo que da cuenta que los derechos consagrados en la CDN son un estatuto especializado para una población que requiere de especial protección en cuando a derechos fundamentales se trata, en congruencia con lo expuesto precedentemente en lo relativo a la vulnerabilidad.

b) Relaciones entre los derechos de niños, niñas y adolescentes y los derechos constitucionales

Corresponde analizar la integración de la normativa nacional e internacional realizada por el tribunal para la configuración de un contenido específico del derecho a la vida que considere los estándares establecidos por la CDN.

Un concepto que nos permite reconstruir lo planteado en el fallo es la noción de ‘interdependencia de los derechos’. Según este concepto, la efectividad de dos o más derechos, o grupos de derechos, puede estar condicionada a su interrelación.²⁹ En este caso, el tribunal considera que la garantía del derecho a la vida se encontraba íntimamente relacionada con el acceso a determinadas prestaciones sanitarias, esto último considerando el especial estándar que corresponde a NNA, en cuanto gozan del “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”.³⁰ De esta manera es posible reconstruir la decisión judicial que se comenta como configuradora de una interdependencia entre el derecho a la vida y a la salud.

Específicamente, los derechos interdependientes serían el derecho a la vida, en los términos consagrados por la Constitución, y el derecho al más alto nivel de salud en los términos consagrados por el artículo 24 n° 1 CDN.³¹ Se puede advertir que el tribunal razona en torno al derecho a la vida en términos similares a lo propuesto por ZÚÑIGA,³² es decir, dota de un contenido específico al derecho a

N° 2387, de 2012.

²⁸ Convención de los Derechos del Niño, 1990.

²⁹ WHELAN, Daniel, “The Two Covenants and the Evolution of Human Rights”, en: MIHR, Anja; GIBNEY, Mark (eds.), *The SAGE handbook of human rights*, SAGE, Los Angeles, 2014, p. 123.

³⁰ Artículo 24, CDN.

³¹ «7°) Que tanto lo establecido en la Carta Política como en la referida Convención –esto último por imperativo del artículo 5° de la Constitución– constituye un mandato obligatorio en el sentido de garantizar a toda niña o niño el más alto disfrute a las prestaciones de salud a fin de resguardar el derecho fundamental a la vida y a su integridad física o psíquica, deberes ineludibles que prevalecen por sobre criterios de orden económico [...]»

³² ZÚÑIGA, Alejandra, “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria”, *Estudios Constitucionales*, 2011, Vol. 9, n° 1, p. 54.

la vida a partir de otras normas. La diferencia radica en que la autora propone que el contenido viene determinado por normas de rango legal, mientras que, en este caso, es posible sostener que el contenido específico asignado por el tribunal viene determinado por las normas contenidas en los tratados internacionales. De esta manera, el tribunal en su razonamiento configura un derecho a la vida que, para el caso de los NNA, comprende y/o se interrelaciona con la garantía del más alto disfrute a las prestaciones de salud.

2.3. Dimensiones del ISN

El Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en su Observación General N°14 ha sostenido que el ISN posee tres dimensiones:

(i) *Un derecho sustantivo*: El derecho del niño o niña a que su interés superior sea una consideración primordial, evaluada y tenida en cuenta al sopesar diversos intereses para tomar decisiones sobre cuestiones en debate, se garantiza al asegurar que este derecho se aplicará en todas las decisiones que afecten a un niño o niña, a un grupo específico o genérico de niños y/o niñas, o a la infancia en general.³³ Esto debe ser entendido a la luz de lo establecido en el artículo 3, párrafo 1 de la CDN³⁴ ya que esta norma establece una obligación intrínseca para los Estados, esto es, la aplicación directa (o aplicabilidad inmediata) de la convención permitiendo que se invoque el ISN directamente ante los tribunales. De este modo, esta primera dimensión del ISN en tanto derecho subjetivo es directamente operativa en sede judicial.

(ii) *Un principio jurídico interpretativo fundamental*: En términos similares a lo planteado por AGUILAR³⁵ en cuanto a su naturaleza de principio, más específicamente se trata de un principio que orienta la interpretación de las normas de manera que siempre tiendan a la protección de NNA. Para los efectos de esta dimensión resulta muy relevante el trabajo realizado por el Comité de los Derechos del Niño como también los protocolos facultativos que orientan la actividad interpretativa de la CDN, y;

(iii) *Una norma de procedimiento*:³⁶ Todas aquellas decisiones que afecten

³³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, 2013, (artículo 3, párrafo 1).

³⁴ “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”.

³⁵ AGUILAR, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2008, Vol. 1, pp. 228 – 230.

³⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, cit. (n. 33).

a NNA, antes de ser tomadas, deben ponderar las consecuencias que puedan presentar en el NNA afectado o afectada.

En la literatura nacional especializada parece existir un amplio acuerdo sobre el ISN en cuanto a que se trata de un concepto jurídico indeterminado.³⁷ Dicha indeterminación ha sido analizada por la literatura especializada porque permite “*cierto margen de maniobra a la apreciación judicial, puede favorecer la discrecionalidad y generar cierta dosis de inseguridad a la hora de su concreción práctica (...)*”.³⁸ Así, el ISN da pie a un problema de razonamiento judicial: el juez tiene que fundar la decisión cubriendo el margen de discrecionalidad mediante razones. Naturalmente, esas razones merecen una cuidadosa evaluación jurídica, porque ellas no solo aplican derecho pre-existente, sino que integran el orden jurídico.

Es importante notar que, en el caso analizado, el tribunal utiliza el ISN en sus tres dimensiones: En cuanto *derecho sustantivo* el tribunal usa el ISN para delimitar un contenido especial del derecho a la vida, en aquellos casos en que existan NNA involucrados.³⁹ Asimismo, reafirma la aplicabilidad inmediata de la CDN en el considerando décimo al señalar que, los casos como el juzgado, corresponde a “sujetos de especial protección exigible al Estado de manera directa”, es decir, aplica de manera inmediata el estatuto de especial protección aplicable a NNA. En cuanto *principio jurídico interpretativo fundamental* el tribunal (de forma implícita) prioriza aquellas interpretaciones de las normas constitucionales que le permiten afirmar que la CDN tiene una jerarquía infraconstitucional y supralegal a fin de integrar el orden jurídico nacional con esa normativa internacional. Luego, el tribunal utiliza las normas de la CDN, como estatuto especializado en NNA, para adecuar el contenido del derecho a la vida al caso. En cuanto *norma de procedimiento* el tribunal considera explícitamente las repercusiones negativas que puede tener en la vida de la niña la imposibilidad de no acceder a un tratamiento para la patología que padece, descartando así consideraciones de índole económica frente a la relación entre vida y salud a la luz del ISN.

³⁷ CARRETTA MUÑOZ, Francesco, “¿Es realmente el interés superior del niño una norma de procedimiento? A propósito de la observación general No 14 del Comité de los Derechos del Niño”, *Ius et Praxis*, 2021, Vol. 27, n° 2, pp. 236-238; RODRÍGUEZ, María, FERNÁNDEZ-ARROJO, María, “La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida”, *Revista Chilena de Derecho*, 2022, Vol. 49, n° 1, pp. 29; RAVETLLAT, Isaac; PINOCHET, Ruperto, “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”, *Revista Chilena de Derecho*, 2015, Vol. 42, n° 3, pp. 903-931.

³⁸ GUTIÉRREZ, Pilar, “La constitucionalización del Derecho Civil”, *Scientia*, 2011, Vol. 65, n° 151, p. 67.

³⁹ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 76-2023, Considerando 7°.

III. CONCLUSIONES

El presente comentario tuvo por objetivo dar cuenta de algunas dificultades que se advirtieron en el razonamiento del tribunal, relativa a dos conceptos: vulnerabilidad e ISN en un caso de distribución de medicamentos de alto costo.

En la sentencia comentada el juez identifica dos factores relevantes: la niñez y la vulnerabilidad. El tribunal, al conferir contenido al derecho a la vida vinculándolo al derecho a la salud y, a través de la CDN, al ISN eleva el estándar de protección del NNA afectado. De forma explícita, el juez considera que la NNA afectada es parte de un grupo doblemente vulnerable y, en este sentido, acierta al usar nociones extrajurídicas para dar contenido al ordenamiento usando como reenvíos extra sistemáticos los factores de indeterminación que son inherentes a los derechos fundamentales y del ISN.

El concepto de vulnerabilidad es una noción que el juez debe tener presente a la hora de fallar casos que involucren NNA, atendido que son una población que requiere de una especial protección. Para su correcta aplicación, se requiere determinar los FV que atraviesan al sujeto y darle protección especializada a cada una de ellas ¿Cómo deberían hacer esa operación de identificación los jueces? Es una pregunta que la jurisprudencia y la doctrina deberían abordar en profundidad en futuras investigaciones sobre el ISN y sus relaciones con los derechos fundamentales garantizados por la acción de protección.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Doctrina

AGUILAR, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2008, Vol. 1.

ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis Argentina, 2007.

CARRETTA MUÑOZ, Francesco, “¿Es realmente el interés superior del niño una norma de procedimiento? A propósito de la observación general No 14 del Comité de los Derechos del Niño”, *Ius et Praxis*, 2021, Vol. 27, n° 2.

CATALÁ, Alicia, “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2010.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Ed.), “Observación general N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, 2013.

ERIKSON, Erik, *El Ciclo Vital Completado*, Paidós, México, 1988.

FEITO, Lydia, “Vulnerabilidad”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2007, N° 30.

GUTIÉRREZ, Pilar, “La constitucionalización del Derecho Civil”, *Scientia*, 2011, Vol.

65, n° 151.

HENRÍQUEZ, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Estudios Constitucionales*, 2008, Vol. 6, número 2.

LÓPEZ, Patricia, “El débil jurídico en el derecho privado chileno: noción, con iguración y tipología”, *Ius et Praxis*, 2023. Vol. 29, n° 1.

LUNA, Florencia, “Vulnerabilidad: un concepto muy útil. Abandonando los “corsets teóricos”: Respuesta a “Vulnerabilidad: ¿un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria?”, *Revista Redbioética/UNESCO*, 2011.

MACKENZIE, Catriona, ROGERS, Wendy; DODDS, Susan, *Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy*. Oxford University Press, Oxford, 2014.

MARTÍNEZ, José; POYANCO, Rodrigo, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo”, *Estudios Constitucionales*, 2022, Vol. 20, N°2, pp. 3–40.

PIZARRO, Roberto, *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*, Santiago de Chile, 2001, CEPAL, Serie estudios estadísticos y prospectivos, 6.

RAVETLLAT, Isaac; PINOCHET, Ruperto, “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su con iguración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 2015, Vol. 42, n° 3.

RODRÍGUEZ, María; FERNÁNDEZ-ARROJO, María, “La Intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida”, *Revista Chilena de Derecho*, 2022, Vol. 49, n° 1.

WHELAN, Daniel, “The Two Covenants and the Evolution of Human Rights”, en: Mihr, Anja y Gibney, Mark (eds.), *The SAGE handbook of human rights*, SAGE, Los Angeles, 2014.

ZÚÑIGA, Alejandra, “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria”, *Estudios Constitucionales*, 2011, Vol. 9, n° 1.

b) Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de marzo de 2023, Rol N° 76-2023, “Quitral con Fondo Nacional de Salud”, recurso de protección acogido.

Corte Suprema, 5 de abril de 2023, Rol 50.892-2023, confirma recurso de protección.

Tribunal Constitucional, Rol 2.265, 2013.

Tribunal Constitucional, Rol 2.387, 2012.

c) Legislación

Convención de los Derechos del Niño, 1990.

Ley N° 20.850 de 2015, Crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos.

Ley N° 21.430 de 2022, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, 2003.



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.