

Sentencia Rol N° 7.074-2012 de la Excma. Corte Suprema

¿Son las vacunas obligatorias, obligatorias?

“La vacuna animal continúa cada día gozando de más favor en el concepto público, i su consumo crece en relación con el prestigio que se ha creado i con las facilidades que suministra su fácil envase i conducción... Por desgracia tenemos que luchar contra preocupaciones arraigadas contra el temor que la jente ignorante tiene a la vacuna, creyendo que ella habría de producirle las viruelas...” (sic).

Memoria del Presidente de la Junta Central de Vacuna correspondiente a 1897, Imprenta de Emilio Pérez L., Santiago de Chile, 1898, ps. 5 y 6.

“Sólo nos faltaría llegar a la vacunación i revacunación obligatorias, escojitando que no fueran jamás vejatorias para alcanzar todo el progreso en esta materia recomendada por los principales higienistas europeos i americanos” (sic)

Ibíd, p. 9.

Doctrina:

- *Para la sentencia en comento:* La oposición de una madre a que su hija recién nacida sea vacunada conforme al calendario nacional de inmunizaciones, es una conducta ilegal, pues infringe el ordenamiento jurídico, en especial el decreto N° 6, de 2010, del Ministerio de Salud, y arbitrario pues se funda en su mero capricho.
- *Para el autor:* Dicha oposición es legal e importa el ejercicio del derecho, expresamente reconocido por la ley N° 20.584, “a otorgar o denegar su voluntad para someterse” al procedimiento de vacunación, y, en la especie, tampoco es arbitraria, pues no puede incurrir en ese vicio quien ejerce un derecho (que la señalada ley precisa debe ser en forma libre, voluntaria, expresa e informada), en base a la información a la que ha podido acceder por distintas vías, en circunstancias que la Administración Sanitaria, la recurrente, estando obligada a proporcionarla en forma adecuada, suficiente y comprensible, así no lo ha hecho.

I. Presentación

1. La vacunación durante mucho tiempo se entendió como un procedimiento médico inocuo que traía grandes beneficios no sólo para el inoculado sino que también para la salud pública. Tal creencia se asentó en antiguas generaciones, conocedoras de enfermedades como el sarampión, rubeola, tos convulsiva, tuberculosis, etcétera, así como de sus síntomas y consecuencias, que por ello valoraron grandemente el beneficio que dicho procedimiento otorgaba a quien a él se sometía en orden a quedar inmune a padecerlas, y por ello, sin mayor cuestionamiento, se sometieron libremente a la vacunación, sin que en ello incidiera el hecho que la ley le confiriera el carácter de obligatoria respecto de ciertas patologías. En este contexto no es de extrañar que una antigua canción infantil, que muchos como niños conocimos y tarareamos, nos hablara implícitamente de la bondad consustancial que antaño se atribuía a las vacunas, en tanto que ellas (inyección), conforme replicaban padres y doctores a un menor renuente al procedimiento, “es la solución para que los niños se sientan mejor”.

2. Hoy la situación es sustancialmente distinta, pues una parte creciente de la población se resiste a la vacunación calificada por la ley (y decreto) como obligatoria, y muy especialmente padres en lo que concierne a sus hijos. Se les conoce por los medios de prensa como los grupos “no vacunas”¹⁶. Las razones de quienes sostienen esta posición son variadas, entre las cuales cabe señalar:

(a).- La vacunación es un procedimiento *anti natura*, siendo la forma natural de inmunización respecto de ciertas patologías el padecerlas;

(b).- La inoculación en el cuerpo humano de cualquier sustancia, más aún si es tóxica como acontece con las vacunas, es siempre, en sí misma, potencialmente dañina;

(c).- Las sustancias que ayudan a preservar algunas vacunas y que estarían presentes especialmente en aquéllas de carácter obligatorio que aplica la Administración Sanitaria (entre ellas el timersal, que contendría trazas de mercurio), podrían producir, en algunos menores, consecuencias neurológicas adversas;

(d).- En cierto porcentaje de la población, aun cuando sea reducido, las vacunas, en sí mismas (ya no la sustancia que sirve para su preservación), podrían producir efectos adversos en la salud del inoculado, desde fiebre y alergias hasta daños neurológicos irreparables e incluso la muerte;

(e).- La aplicación de las vacunas constituye, en sí misma, un riesgo, pues en su realización el personal médico a cargo podría incurrir en negligencias, de las cuales podrían derivarse daños (por ejemplo, que el material con el cual se realice no se encuentre correctamente esterilizado, que sea inyectada erróneamente, que la vacuna se encuentre vencida o contaminada, etcétera); y

(f).- El establecimiento de vacunaciones obligatorias por ley constituye una violación a la libertad de los ciudadanos, pues el Estado no sólo decide por ellos (especialmente en cuanto padres) sino que también lo hace en relación a la esfera más íntima de la persona como es su cuerpo, máxime cuando del procedimiento, según algunos señalan, podrían derivarse igualmente daños, consustanciales o accesorios, de variable gravedad.

¹⁶Sobre esta tendencia véase el reportaje “No vacuno a mis hijos”, en Revista Paula, 20 de diciembre de 2012. En: <http://www.paula.cl/reportaje/no-vacuno-a-mis-hijos/>

3. Tengan o no asidero tales razones, lo cierto es que han influido en muchas personas, mas aún cuando ellas se divulgan ampliamente por la internet y las redes sociales, especialmente en padres, quienes en base a ellas, en un número cada vez más creciente, deciden no vacunar a sus hijos. Lo anterior, en un primer momento, se evidenció en el sistema privado de salud, mas hoy también en el sistema público, mismo que se encuentra por ley perentoriamente “obligado” a otorgar la vacunación que corresponda conforme al calendario nacional de inmunizaciones, generándose así un conflicto jurídico, en cuanto al verdadero alcance de la obligatoriedad de las vacunas obligatorias, entre la Administración Sanitaria y los padres renuentes. El problema ha adquirido singular relevancia, toda vez que, actualmente, en razón de esta tendencia “no vacuna”, un número importante de menores no han sido vacunados conforme al señalado calendario, ya sea por decisión u oposición expresa de sus padres. Así, por ejemplo, si respecto de la BCG, en 2008, el 99,5% de los nacidos eran vacunados, en 2011, sólo lo fue un 91,2 %¹⁷. De ahí que la posición de los “no vacuna” sea, para muchos, la causa del resurgimiento de ciertas enfermedades creídas hasta ahora extintas o controladas¹⁸; es así como, mientras escribo estas líneas, se ha constatado un preocupante brote de sarampión en Santiago, enfermedad cuyo último contagio en Chile tuvo lugar hace más de veinte años atrás, encontrándose hoy 650.000 personas, aproximadamente, sin la respectiva inmunización¹⁹.

4. La sentencia que comentaré es el único caso en el cual se ha discutido judicialmente en Chile la obligatoriedad de las vacunas obligatorias (valga la aparente redundancia). Ella, en síntesis, resuelve el recurso de protección deducido por un servicio de salud en contra de la madre de una menor que se opuso a su vacunación según correspondía conforme a lo previsto en el calendario nacional de inmunizaciones. En ese contexto, para una mejor exposición, me referiré, en primer lugar, al régimen jurídico de la vacunación obligatoria en Chile, y luego extractaré la sentencia antes referida y la comentaré. Al final agrego, además, copia íntegra de la sentencia (Corte Suprema Rol N° 7.074-2012, que confirma, a su vez, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 1.608-2012).

II. Régimen jurídico de la vacunación obligatoria en Chile

Antecedentes históricos

5. Durante la segunda mitad del Siglo XIX, la vacunación quedó radicada en la Junta Central de Vacuna²⁰. El procedimiento era voluntario y se llevaba a cabo en centros dispuestos al efecto por la señalada junta (oficinas de vacuna), pero, en su gran mayoría, a través de las visitas que sus agentes efectuaban a domicilios tanto urbanos como rurales, en las cuales éstos debían necesariamente persuadir

¹⁷Ibíd.

¹⁸En este sentido véase la crónica en el Diario El País, de España: “La moda que disparó el sarampión”, en: http://elpais.com/diario/2011/06/06/sociedad/1307311203_850215.html

¹⁹En este sentido, véase: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/06/680-632512-9-sarampion-al-menos-650-mil-chilenos-no-están-inmunizados.shtml>

²⁰La primera normativa a la que he tenido acceso en relación a la vacunación en Chile, corresponde al Reglamento General de Vacuna de 1° de marzo de 1883.

a la población en relación a los beneficios de aquélla, para con su consentimiento proceder a aplicarla. Mediante de un decreto supremo de 1888, los oficiales del Registro Civil debían suministrar a dicha junta los datos de los menores recién nacidos, con el sólo propósito de facilitar su vacunación, sin que ello afectara la decisión final en cuanto a acceder o no a ella, lo que era de resorte exclusivo y excluyente de los respectivos padres. De esa forma se deseaba “favorecer el propósito que nos hemos impuesto de tener dentro de poco tiempo jeneraciones casi íntegramente vacunadas”²¹. Y si bien la vacunación no era obligatoria, la junta no ocultaba su propósito de que así fuera algún día, pues tal como señaló: “Sólo nos faltaría llegar a la vacunación revacunación obligatorias, escojitando que no fueran jamás vejatorios para alcanzar todo el progreso en esta materia recomendada por los principales higienistas europeos i americanos” (sic)²².

6. El Código Sanitario de 1918 (Ley N° 3.385), en su artículo 57²³, sobre la vacuna antivariólica precisó que la “recibirán (...) todos los habitantes de la República en el primer año de vida, y la revacunación en el décimo y en el vijésimo respectivamente” (sic.), sin conferirle, conforme se observa, expresamente el carácter de obligatoria. En este sentido, cabe destacar que este cuerpo legal reconocía el derecho a eximirse de dicha vacunación, para lo cual se precisaba declararlo por escrito a la Oficina de Vacuna correspondiente, dentro de los primeros tres meses del respectivo plazo. Asimismo, sancionaba el no recibirla con multa de diez a cincuenta pesos, sin perjuicio de la vacunación o revacunación, sin explicitar cómo ésta, en tal caso, se llevaría a efecto. Igualmente, precisó que la vacunación sería gratuita (artículo 58²⁴).

²¹ Memoria del Presidente de la Junta Central de Vacuna correspondiente a 1897, Imprenta de Emilio Pérez L., Santiago, 1898, ps. 8 y 9, en la cual, además, podía leerse: “Como siempre, nuestra más fructífera cosecha no se ha obtenido en las incinas de vacuna: la vacunación a domicilio constituye nuestro principal medio de acción i propaganda. A pesar de que se ha procurado que todas ellas se encuentren situadas en la parte más central de las ciudades en que funcionan, i de que se anuncia su ubicación i las horas de servicio por medio de los diarios, o se las da a conocer por avisos permanentes colocados en las estaciones de los ferrocarriles, mercados, etc., el número de concurrentes es escasísimo: apenas si alcanza al cuatro por ciento del total de las vacunaciones. (/) Dada la tradicional indiferencia de nuestros conciudadanos, sobre todo en la clase más ignorante i desvalida, i el poco interes que manifestaban por obtener los beneficios de la vacuna, ha sido indispensable poner todo nuestro empeño para hacerla domiciliaria, pera llevarla a todos los hogares, recomendando a los vacunadores la recorrida de las ciudades calle por calle, la de todos los villorrios, i la de los campos, habitación por habitación. Así es como podemos obtener los resultados que arroja nuestra estadística. (/) El empeño que continúa poniendo la Junta Central en la vacunación de los recién nacidos, haciéndolos buscar por medio de las listas que nos suministran los oficiales del Registro Civil, en conformidad al decreto supremo de 31 de julio de 1888, contribuye en gran manera a la propagación de la vacuna. Nos proponemos de este modo favorecer el propósito que nos hemos impuesto de tener dentro de poco tiempo jeneraciones casi íntegramente vacunadas” (sic).

²² *Ibíd.*, p. 9.

²³ Cuyo texto era el siguiente:

“Art. 57. Recibirán la vacunación antivariólica todos los habitantes de la República en el primer año de vida, y la revacunación en el décimo y en el vijésimo respectivamente.

Recibirán, asimismo, el virus anti-variólico, dentro del primer año, a contar desde el día en que empiece a rejir este código, todas las personas que en esa fecha no hubieren sido vacunadas o revacunadas, respectivamente.

Los que quieran eximirse de alguna de las disposiciones de los incisos anteriores deberán declararlo por escrito a la oficina de vacuna correspondiente, dentro de los primeros tres meses del respectivo plazo.

Tratándose de incapaces, las incumbencias a que se refiere este artículo serán de cargo a sus representantes legales y, no habiéndolos, a las personas a quienes se haya deferido o que ejerzan de hecho el cuidado personal de los mismos.

Las contravenciones a los dos primeros incisos de este artículo se penarán con multa de diez a cincuenta pesos, sin perjuicio de la vacunación o revacunación.”

²⁴ Cuyo texto era el siguiente: “Art. 58. La vacunación será gratuita, y se practicará a domicilio o en los locales que designe la Dirección Jeneral.”

El Reglamento sobre la Profilaxis de Enfermedades Infecciosas. Vacunación y Revacunación Antivariolítica y Boticas y Droguerías²⁵, de 1919 (Decreto N° 4.555), precisó que “Son obligatorias la vacunación y revacunación, conforme al artículo 57 del Código Sanitario”. Y además estableció, en cuanto al derecho a eximirse de la vacunación o revacunación, que cualquiera persona podría eximirse por sí o siendo incapaz por medio de su representante legal, y no teniéndolo, por la persona o personas a quienes se haya deferido o que ejerzan de hecho su cuidado personal; que dicha declaración de voluntad debía expresarse ante la Oficina Central de Vacuna, en el departamento de Santiago, o ante la respectiva oficina departamental, en cualquier otro departamento; y que procedía dentro de los primeros tres meses de los plazos para vacunarse y revacunarse²⁶.

7. El Código Sanitario de 1931 (Decreto con Fuerza de Ley N° 226), en sus artículos 60 y 61²⁷, estableció expresamente (por primera vez en sede legal) la obligatoriedad de la vacunación y revacunación antivariolítica, la que se llevaría a cabo en la forma que determinara la autoridad sanitaria; y en cuanto al derecho de eximirse lo limitó en comparación a aquél establecido en el Código Sanitario de 1918, pues precisó que procedería sólo en casos especiales, sería temporal y requeriría de un certificado médico que lo justificara. Con todo, dispuso que la vacunación sería no sólo gratuita sino que además permanente, pudiendo llevarse a cabo “a domicilio o en los locales públicos que se indiquen con tal fin”.

8. Hasta acá, en cuanto a la evolución del régimen jurídico de la vacunación obligatoria, puedo señalar lo siguiente:

(a).- En su origen, la aplicación de vacunas por parte de la Administración Sanitaria no fue obligatoria, sino que, por el contrario, subordinada a la voluntad de las personas. De hecho, la

²⁵ Decreto N° 4.555, de 24 de octubre de 1919, en: Reglamentos sobre la Profilaxis de Enfermedades Infecciosas. Vacunación y Revacunación Antivariolítica y Boticas y Droguerías, Imprenta Nacional, Santiago, 1919, p. 21 y ss.

²⁶ A continuación transcribo los artículos más pertinentes:

“Art. 1º. Son obligatorias la vacunación y revacunación, conforme al artículo 57 del Código Sanitario.

Art. 2º. Obliga la vacunación en el primer año de vida.

Art. 3º. Todo oficial del Registro Civil enviará el primero de cada mes, a la Oficina Central de Vacuna en el departamento de Santiago, o a la respectiva oficina de vacuna en cualquiera otro departamento, un estado de los nacidos inscritos durante el mes anterior, con espresión de los padres o si ellos no aparecieron, de las personas que hayan solicitado las inscripciones y de los respectivos domicilios.

Art. 4º. Obliga la revacunación en el décimo y en el vijésimo año de la vida, respectivamente.

Art. 5º. El que debiendo, por su edad, revacunarse, no hubiere recibido en tiempo alguno el virus antivariolítico, lo recibirá en el uno o en el otro de los términos prescritos para la revacunación, según el caso fuere.

Art. 12. Podrá cualquiera persona eximirse de la vacunación o revacunación, por sí, o siendo incapaz por medio de su representante legal, y no teniéndolo, por la persona o personas a quienes se haya deferido o que ejerzan de hecho su cuidado personal.

Art. 13. Se declarará la voluntad de eximirse ante la Oficina Central de Vacuna, en el departamento de Santiago, o ante la respectiva Oficina departamental, en cualquier otro departamento.

Art. 14. Procederá la declaración dentro de los primeros tres meses de los plazos para vacunarse y revacunarse.”

²⁷ Cuyo texto era el siguiente:

“Art. 60. El Servicio Nacional de Salubridad tendrá a su cargo la inmunización de los habitantes contra las enfermedades transmisibles, en la forma determinada por los reglamentos.

La vacunación y revacunación antivariolíticas son obligatorias para todos los habitantes de la República, debiendo hacerse en la forma que determine la autoridad sanitaria. La vacunación será gratuita y permanente y se practicará a domicilio o en los locales públicos que se indiquen con tal fin.

En casos especiales, las personas podrán eximirse temporalmente de la vacunación con un certificado médico que lo justifique.

Art. 61. Los niños deberán ser vacunados contra la viruela dentro del primer año de su vida. El padre, la madre o, en su defecto, la persona a cargo del niño, serán responsables de la infracción de esta disposición”.

propia Junta de Vacuna tuvo que salir de sus oficinas (oficinas de vacuna) con la finalidad de convencer sobre las bondades del procedimiento, eliminar el temor ciudadano en cuanto a que la propia vacunación “habría de producirles las viruelas”²⁸, y sólo con consentimiento, aplicarlas. Con todo, desde entonces existió el propósito de que las nuevas generaciones fueran íntegramente vacunadas, lo que se evidenció en un decreto supremo de 1888 que mandató a los oficiales del Servicio Civil para que informaran a la Junta de Vacuna respecto de los recién nacidos, a fin de que ésta proceda a su vacunación, siempre, claro está, que los padres consintieran.

(b).- En 1918, el Código Sanitario se refirió a la vacunación y revacunación antivariólica en orden a que la “recibirán” todos los habitantes de la República, mas obvió darle el carácter de “obligatoria”, lo que se halla en armonía con el derecho que, a la vez, reconoció para eximirse de ella, a través de una declaración por escrito dentro de los primeros tres meses del respectivo plazo. Con todo, el reglamento del señalado código en lo concerniente a las vacunas, de 1919, fue la primera norma en Chile que estableció expresamente el carácter obligatorio de la vacunación (la antivariólica), reconociendo, en todo caso, el derecho a eximirse.

(c).- El Código Sanitario de 1931 estableció expresamente, por primera vez en sede legal, el carácter obligatorio de la vacunación y revacunación antivariólica, mas igualmente reconoció el derecho de eximirse, claro que sólo en casos especiales, temporalmente y requiriendo certificado médico que lo justifique, de lo que se concluye, además, que tenía cabida sólo por razones médicas.

(d).- Así las cosas, previo al Código Sanitario de 1967 en vigor, el ordenamiento jurídico chileno había establecido la obligatoriedad de la vacunación en los siguientes términos:

(1).- La obligatoriedad era establecida expresamente por ley, sin que remitiera su establecimiento al reglamento o a la autoridad administrativa. De hecho, a modo ejemplar, el artículo 60, inciso 1º, del Código Sanitario de 1931 dispuso que el reglamento precisaría la forma en que el servicio de salud llevaría a cabo las vacunaciones, entre ellas las obligatorias, sin remitir a éste el fijar las vacunas que tendrían esa calidad.

(2).- Tal obligatoriedad, respecto de la Administración Sanitaria, se traducía en el deber de realizar las acciones necesarias en orden a vacunar a la población respectiva, debiendo facilitárselo en todo lo que fuera posible, de lo que se derivaba, entre otros, su carácter gratuito y permanente, así como que ella podría llevarse a cabo “a domicilio o en los locales públicos que se indiquen con tal fin”; y

(3).- Tal obligatoriedad, respecto de la población, tenía un carácter relativo, pues se reconocía a ésta el derecho a eximirse, aun cuando este derecho con el tiempo se haya reducido en los términos antes referidos. Con todo, cuando ya las vacunas contaron con prestigio en la población, tal derecho o bien no se ejerció o bien en muy pocas ocasiones, razón por la que la obligatoriedad atribuida por ley a algunas de ellas no fue, en los hechos, comprobada, pues no se precisó entonces por la Administración Sanitaria, en su mérito, forzar la vacunación de un renuente.

²⁸Memoria del Presidente de la Junta Central de Vacuna correspondiente a 1897, Imprenta de Emilio Pérez L., Santiago, 1898, p. 6.

Régimen vigente

9. El actual régimen jurídico de las vacunas en Chile se encuentra referido en el Código Sanitario, en específico en sus artículos 32 a 34, cuyo tenor es el que sigue:

Artículo 32°.- El Servicio Nacional de Salud tendrá a su cargo la vacunación de los habitantes contra las enfermedades transmisibles.

El Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para los cuales existan procedimientos eficaces de inmunización.

Igualmente, podrá declarar obligatoria la vacunación de los animales contra enfermedades transmisibles al hombre.

El Servicio Nacional de Salud podrá disponer de las medidas necesarias para que, en interés de la salud pública, las autoridades controlen el cumplimiento por parte de los habitantes del territorio nacional de la obligación de vacunarse contra las enfermedades transmisibles en los casos en que tal vacunación sea obligatoria.

Artículo 33°.- La vacunación y revacunación antivariólica son obligatorias para todos los habitantes de la República, con las excepciones que el Servicio Nacional de Salud determine.

Igualmente, son obligatorias las vacunaciones contra la difteria y la tos ferina, dentro de las edades y en las condiciones que el Servicio Nacional de Salud determine.

En casos especiales, las personas podrán ser eximidas temporalmente de las vacunaciones exhibiendo un certificado médico que lo justifique, el que deberá ser visado por la autoridad sanitaria competente.

Artículo 34°.- Toda persona mordida, rasguñada o que hubiere podido ser infectada por un animal enfermo o sospechoso de tener rabia, deberá someterse al tratamiento antirrábico que determine el Servicio Nacional de Salud. Dicho tratamiento estará a cargo de ese organismo, el que podrá disponer el examen y la internación obligatoria de las personas que se encuentren en esa situación.

10. En relación a dichos preceptos legales puedo observar que:

(a).- Se refieren sólo a las vacunas obligatorias. Cabe, por lo pronto, observar que la existencia de éstas no obsta a que los particulares, por voluntad propia y asumiendo en consecuencia los riesgos que ello importa, decidan vacunarse respecto de ciertas enfermedades a fin de prevenirlas, por estar permanente u ocasionalmente expuestos al contagio de la enfermedad de la que se inmuniza (por ejemplo, el veterinario que se vacuna contra la rabia por estar por su trabajo permanentemente expuesto a contraerla, o quien viajará a un país, contra la o las enfermedades que son en él endémicas -lo que constituye incluso en no pocas ocasiones un requisito de ingreso-).

(b).- La obligatoriedad de las vacunas puede ser establecida ya no sólo por la ley, sino que también por decreto.

Así, se hallan en la primera categoría (por ley):

(i).- la antivariólica, en cuyo caso, conforme al referido cuerpo legal, la vacunación es obligatoria salvo en los casos que el Servicio Nacional de Salud determine;

(ii).- la vacuna contra la difteria y la tos ferina (tos convulsiva), dentro de las edades y en las condiciones que determine el referido servicio; y

(iii).- la vacuna antirrábica, respecto de la persona que ha sido mordida, rasguñada o que hubiere podido ser infectada por un animal enfermo o sospechoso de tener rabia. El tratamiento (que consiste en la inoculación sucesiva de dosis de la referida vacuna) estará a cargo del Servicio Nacional de Salud, el que podrá disponer el examen y la internación obligatoria de las personas que se encuentren en esa situación.

A su vez, se hallan en la segunda categoría (por decreto), las vacunas, distintas a las referidas anteriormente, que han sido calificadas como obligatorias por decreto. El que rige actualmente, con sus modificaciones, es el decreto exento N° 6, 2010, del Ministerio de Salud (que reproduciré más adelante), que establece la vacunación obligatoria, en los términos que señala, para, entre otras enfermedades, las siguientes: tuberculosis, poliomiélitis, tétanos, sarampión, etcétera.

(c).- Dado que el conferir a una vacuna el carácter de obligatoria, en principio, limitar la libertad de la población objeto de ella, en su sentido de autonomía y autodeterminación, así como constituir sobre ella una carga singularmente intensa y potencialmente lesiva, estimo que el legislador requiere, para ello, suficiente fundamento para así establecerlo, el mismo que deberá explicitar durante la tramitación legislativa respectiva; y si remite tal competencia a un órgano de la Administración, aquélla debiera ser reglada, precisándole en forma detallada todos los requisitos que deben necesariamente configurarse para que, excepcionalmente, establezca como obligatoria una vacuna, y en caso alguno discrecional, y menos aún en términos tan amplios como se realiza en el Código Sanitario vigente en cuanto dispone 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 cuales existan procedimientos eficaces de inmunización”, para que esto último acontezca sólo bastará que respecto de una enfermedad transmisible se cree una vacuna específica, lo que, por el avance de la ciencia médica, comprende prácticamente a toda esta clase de enfermedades. Así es dable concluir que, con arreglo a dicho precepto legal, hoy es posible por decreto establecer, sin mayor problema, la obligatoriedad de todas y cada una de las vacunas existentes contra enfermedades transmisibles.

Con todo, y sin perjuicio de mis cuestionamientos en cuanto a la remisión amplia que la ley efectúa al decreto a fin de determinar qué vacunas contra enfermedades transmisibles serán obligatorias, estimo que, en ese caso, el señalado decreto no puede sino que ser estrictamente motivado, ya no sólo en cuanto a aspectos jurídicos sino que, por sobre todo, técnicos, a fin de descartar de plano cualquier vicio de arbitrariedad y garantizar, a su vez, la razonabilidad de la decisión (artículo 11, inciso 2º, de la ley N° 19.880), todo ello en atención a la limitación que introduce a derechos constitucionales y la singularidad de la carga que impone, así como también la potencial lesividad de la misma²⁹. Confirma esta posición el hecho de que tal decreto, en cuanto

²⁹Véase: De Gaudemar, Hervé, L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français, en Caudal, Sylvie, La motivation en droit public, Dalloz, Paris, 2013, p. 69 y ss.

amplía las vacunas obligatorias o las dosis que de ellas deban aplicarse a la población objetivo, tiene sustancial incidencia en el erario público, toda vez que en razón de él deberán destinarse ingentes fondos para la adquisición de ellas (vacunas o dosis).

(d).- Hay vacunaciones obligatorias que son sólo preventivas, y otras que no sólo sirven a este propósito sino que, además, constituyen el tratamiento (único) al que puede ser sometido una persona a fin de evitar la muerte, resultado inexorable de la evolución normal de la enfermedad contagiada. Ello acontece con la vacuna antirrábica, toda vez que puede ser aplicada tanto para prevenir un eventual contagio, por ejemplo, la que se aplica preventivamente a los veterinarios (expuestos permanentemente por su trabajo a contraerla), así como también como único tratamiento para la sobrevida de quien, por ejemplo, ha sido mordido por un perro vago que muere al día siguiente, y de rabia. En este último caso, la obligatoriedad de la vacunación es tal (es decir, propiamente obligatoria) que incluso puede aplicarse contra la voluntad del afectado, conforme precisa el artículo 34 del Código Sanita, ello por estar en riesgo evidentemente su vida (de hecho, dicha vacunación, como tratamiento, es el único que podría actualmente evitar su fallecimiento), así como también, dada la gravedad de la enfermedad (mortal), la salud pública. Esta obligatoriedad es, en consecuencia, propiamente, de suerte tal que en su mérito dable es, incluso a través del auxilio de la fuerza pública, forzadamente aplicársela, y por ello el señalado Código otorga, excepcionalmente, a la Administración Sanitaria, para este caso, potestades en ese sentido.

12. El referido decreto exento N° 6, de 2010, del Ministerio de Salud³⁰, concretiza el mandato al que se refiere el artículo 32, inciso 2º, del Código Sanitario, con un lacónico “Considerando: la necesidad de reformular los programas de inmunización con un enfoque integral, con el objeto de prevenir morbilidad, discapacidad y muertes secundarias a enfermedades inmunoprevenibles, a lo largo de todo el ciclo vital”, decreta: “1º Dispónese la vacunación obligatoria de la población contra las enfermedades inmunoprevenibles que se indican, en las oportunidades y efectuada por los establecimientos que se señalan...”. Y a continuación agrega, en su versión original, el siguiente cuadro:

³⁰ En: <http://web.minsal.cl/portal/url/item/a4acd46437f1dd95e04001011f01506b.pdf>

Enfermedades objetivo	Población objetivo	Esquema de inmunización	Establecimientos responsables de la ejecución
1.- Tuberculosis	Toda la población infantil	Una dosis de vacuna BCG durante los primeros días de vida.	Todas las maternidades públicas o privadas del país
2.- Poliomieltis	Toda la población infantil	Tres dosis de vacuna trivalente contra virus Polio tipo 1, 2 y 3, durante el 1er semestre de vida y un refuerzo durante el 2º año de vida	<p>- Todos los establecimientos de la red pública de salud, especialmente establecimientos de atención primaria.</p> <p>- Establecimientos del sector privado con convenios vigentes y vacunatorios autorizados por la SEREMI de salud correspondientes.</p>
3.- Pertussis (tos convulsiva)	Toda la población infantil	Tres dosis durante el 1er semestre de vida, un refuerzo al término del 3er semestre de vida y el otro durante el 5º año de vida.	
4.- Difteria	Toda la población infantil	Tres dosis durante el 1er semestre de vida y 3 refuerzos: 1º) al término del 3er semestre de vida; 2º) durante el 5º año de vida y 3º) durante el 2º año de enseñanza básica.	
5.- Tétanos	Toda la población infantil.	Tres dosis durante el 1er semestre de vida y tres refuerzos: 1º) al término del 3er semestre de vida; 2º) durante el 5º año de vida, y 4º) durante el 2º año de enseñanza básica.	
	Personas con sospecha de exposición	Según esquema vigente.	
6.- Enfermedades por H. Influenzae tipo b	Toda la población infantil	Tres dosis durante el 1er semestre de vida y un refuerzo al términos del 3er semestre de vida.	

Enfermedades objetivo	Población objetivo	Esquema de inmunización	Establecimientos responsables de la ejecución
7.- Sarampión	Toda la población infantil	Una dosis de vacuna trivalente durante el 12° mes de vida y otra durante el 1er año de enseñanza básica.	<ul style="list-style-type: none"> - Todos los establecimientos de la red pública de salud, especialmente establecimientos de atención primaria. - Establecimientos del sector privado con convenios vigentes y vacunatorios autorizados por la SEREMI de salud correspondientes.
8.- Rubéola			
9.- Paperas			
10.- Hepatitis B	Toda la población infantil	Tres dosis durante el 1er semestre de vida y un refuerzo al término del 3er semestre de vida.	Todos los establecimientos de la red pública de salud, especialmente establecimientos de la red primaria.
	Personal del sector público de salud	Tres dosis en los meses 0, 1 y 6, y una cuarta dosis al mes 2 para las personas que ingresan a diálisis.	
	Personas que ingresan a diálisis		
	Personas con infección por virus hepatitis C		
Personas con diagnóstico de hemofilia			
11.- Enfermedades invasoras por S. Pneumoniae	Toda la población de adultos mayores	Una dosis de vacuna durante el 66° año de vida.	<ul style="list-style-type: none"> - Todos los establecimiento de la red pública de salud, especialmente establecimiento de atención primaria. - Establecimientos del sector privado con convenios vigentes y vacunatorios autorizados por la SEREMI de salud correspondiente.
	Niños y niñas con peso de nacimiento <1500 grs. y/o, edad gestacional <32 semanas	Tres dosis durante el 1er semestre de vida y un refuerzo al término del 1er año de vida.	
12.- Influenza	Definida según estrategia epidemiológica anual		<ul style="list-style-type: none"> - Todos los establecimiento de la red pública de salud, especialmente de atención primaria. - Establecimiento del sector privado con convenios vigentes y vacunatorios autorizados por la SEREMI de salud correspondiente.
13.- Rabia humana	Personas con sospecha de exposición al virus de la rabia	Según esquema vigented	<ul style="list-style-type: none"> - Todos los establecimientos de la red pública de salud, especialmente establecimiento de atención primaria. - Establecimientos del sector privado con convenios vigentes y vacunatorios autorizados por la SEREMI de salud correspondiente.

13. Este decreto ha sido recientemente modificado por: (a) Decreto exento C° 1089, de 2010; (b) Decreto Exento N° 35, de 2012; (c) Decreto Exento N° 126, de 2013; y (d) Decreto Exento N° 1.201, de 2013. A través de ellos, en general, se amplió la población objetivo respecto de algunas inmunizaciones, se modificó el esquema de inmunización de algunas enfermedades y se amplió el número de dosis para algunas (por ejemplo, para la tos convulsiva, difteria y tétanos se contempló una cuarta dosis, a aplicar en el 8° año de enseñanza básica). Asimismo, se agregaron dos nuevas vacunas: contra la enfermedad meningocócica y contra la infección por virus papiloma humano, estableciendo como población objetivo y esquema de inmunización, respecto de la primera, a toda la población infantil y con “una dosis de vacuna al año de vida”, y respecto de la segunda, a toda la población infantil femenina y “dos dosis de vacuna durante el 4° año de enseñanza básica y la segunda durante el siguiente año escolar”.

Con tales modificaciones el *calendario de vacunación 2014* quedó de la siguiente forma¹⁶:

EDAD	VACUNA	PROTEGE CONTRA
Recién nacido	BCG	Tuberculosis
2,4 meses	Pentavalente	Hepatitis B Difteria Tétanos Tos convulsiva H. Influenza B
		Polio oral
	Neumocócica conjugada	Enfermedades por neumococo
6 meses	Pentavalente	Hepatitis B Difteria Tétanos Tos convulsiva H. Influenza B
	Polio oral	Poliomielitis
12 meses	Antimeningocócica	Enfermedad Meningocócica
	Tres vírica	Sarampión, rubéola y paperas
	Neumocócica conjugada	Enfermedades por neumococo
18 meses	Pentavalente	Hepatitis B Difteria, tétanos y tos convulsiva H. Influenza B
	Polio oral	Poliomielitis
	Hepatitis A	Hepatitis A
1° Básico	Tres vírica	Sarampión, rubela, paperas
	dTp (acelular)	Difteria, tétanos, tos convulsiva.

¹⁶

http://vacunas.minsal.cl/?page_id=43

niños de 4° básico	VPH	Infección por virus papiloma humano
8° básico	dTp (acelular)	Difteria, tétanos y tos convulsiva
Adultos de 65 años	Neumocócica polisacárida	Enfermedades por neumococo

13. Los comentarios que haré a continuación estarán referidos sólo al decreto exento N° 6, de 2010, del Ministerio de Salud, en su versión original, cuyo cuadro transcribiera en el N° 11:

(a).- En él se contienen las vacunas obligatorias, precisando contra qué enfermedad se inmuniza, qué población está afecta, edades y/o condiciones de la vacunación, y establecimientos responsables de ejecutarla;

(b).- En él se contienen las vacunas que son obligatorias directamente por ley (tos convulsiva, difteria y rabia humana), que destaco con gris, y aquéllas que lo son directamente por este decreto (en conformidad a lo dispuesto en artículo 32, inciso 2°, del Código Sanitario);

(c).- Conforme a él, la población infantil es objeto de las siguientes vacunaciones obligatorias de rutina: tuberculosis, poliomielitis, tos convulsiva, difteria, tétanos, enfermedades por h. influenzae tipo b, sarampión, rubéola, paperas y hepatitis B, que se aplican a través de un total de 21 dosis y hasta cuando cursan el 2° año de educación básica; y

(d).- En cuanto al establecimiento encargado de su ejecución, que, en el caso de la primera de ellas, esto es la vacuna contra la tuberculosis, se aplica por todas las maternidades, públicas o privadas; en tanto que las restantes, por todos los establecimientos de la red pública de salud, especialmente establecimientos de atención primaria, o establecimientos del sector privado con convenios vigentes y vacunatorios autorizados por la Secretaría Regional Ministerial de Salud correspondiente.

14. Con todo, conforme a lo destacado en el N° 10, letra (c), estimo que la motivación del decreto exento N° 6, de 2010, del Ministerio de Salud, y sus modificaciones, en tanto otorga el carácter obligatorio a vacunas distintas a las que la ley precisa, lo que por cierto ésta permite (y ampliamente, conforme he observado con anterioridad), es insuficiente en cuanto a su motivación no sólo en aspectos jurídicos sino que, por sobre todo, técnicos (artículo 11, inciso 2°, de la ley N° 19.880). Lo anterior es sin perjuicio, por cierto, del derecho de acceso a la información pública que asiste a todos los administrados, entre ellos los padres renuentes a la vacunación de sus hijos, en orden a requerir, en conformidad a lo previsto en los artículos 8° de la Constitución y 5° de la ley N° 20.285, “sus fundamentos y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.

III. Jurisprudencia sobre la obligatoriedad de las vacunas

15. A la fecha sólo un fallo judicial se ha referido expresamente a la materia objeto del presente trabajo. Me refiero a la sentencia de la Corte Suprema, sobre recurso de protección, Rol N° 7.074-2012, caratulada “Servicio de Salud de Talcahuano contra Becerra Toledo”, que confirmó, con un voto en

contra (del ministro señor Muñoz Gajardo), la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1.608-2012.

A continuación resumo, en términos generales, los hechos y escritos principales de la sentencia de la Corte de Apelaciones y sentencia de la Corte Suprema.

16. Los hechos y escritos principales

La recurrida, madre de una menor recién nacida, se opuso a que el Hospital Higuera la vacunara, conforme al calendario de vacunación transcrito con anterioridad.

El recurso de protección deducido por el Servicio de Salud de Talcahuano se sustentó en que “con su actuar, ha atentado y continúa haciéndolo a través del tiempo, contra un precepto legal vigente, contra la seguridad pública y fundamentalmente contra el derecho a la vida de la menor”.

A su vez, la recurrida sostuvo, en lo medular, que “tiene la facultad de negarse a que su hija menor sea inyectada con cualquier tipo de sustancia tóxica, dañina y perjudicial para su desarrollo. Que actualmente ha recibido respuesta del Ministerio de Salud, tras el envío de dos cartas pidiendo informes, análisis y certificados que demuestren inocuidad, prospectos y detalles de trazabilidad de las vacunas. Que asimismo, nunca se ha probado la seguridad de las mismas; que éstas no han salvado a la humanidad y nunca lo harán; que además son peligrosas, esconden los síntomas de las enfermedades y dañan el sistema inmunológico serio y permanentemente; que no previenen las enfermedades, sino que las causan y crean las condiciones para que actúen agentes que esas vacunas dicen van a prevenir, además de exponer al cuerpo a innumerables infecciones bacterianas y virósicas; causan alergias, sensibilidades a comidas y otras sustancias, y por último, existe evidencia de la vinculación de la vacunas con daño cerebral y hasta la muerte”.

17. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción

En lo medular expuso: “9.- Que, conforme lo dispone el artículo 14 del Código Civil, la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. En consecuencia, el decreto exento referido en el motivo séptimo de esta sentencia, dada su obligatoriedad para la población, debe cumplirse”. Y agregó: “10.- Que de lo expuesto en los fundamentos que preceden, queda de manifiesto que la negativa de la recurrida, madre de la menor, en vacunarla conforme al calendario de vacunas que ha establecido el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, ha sido ilegal, esto es contrario al ordenamiento jurídico, en el caso, al decreto exento N° 6 de 2010 publicado el 19 de abril de 2010 en el Diario Oficial, y arbitrario, por cuanto dicha negativa ha sido sólo por la voluntad o capricho de la recurrida. Además ha amenazado el legítimo derecho a la vida de la menor de autos, ya que al no ser vacunada, se encuentra expuesta a contraer enfermedades inmunoprevenibles que podrían acarrearle discapacidades, e incluso la muerte”

En atención a todo ello, en lo pertinente resolvió: “Que se acoge sin costas, por gozar la recurrida de privilegio de pobreza, la acción de protección(...) en contra de doña Desiré Becerra Toledo. En consecuencia, se autoriza al organismo recurrente para que proceda a la vacunación de la menor(...) tan pronto como quede ejecutoriada la presente sentencia, pudiendo recabar el auxilio de la fuerza pública en caso de oposición, bastando para ello, la sola presentación de copia autorizada de esta resolución...”, agregando que debe obrarse al efecto en los términos referidos en el considerando 11°,

esto es “debiendo la recurrente adoptar las medidas de resguardo para que la menor sea inoculada con todas las vacunas pendientes, si procediere y sin que ello ponga en riesgo la salud de la misma”, y que, “Comuníquese la presente sentencia al Tribunal de Familia de Talcahuano, para que, en el procedimiento que corresponda, proteja los derechos de la menor(...) si fuere procedente”.

18. Sentencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema, al conocer la apelación de la referida sentencia, por cuatro votos contra uno, la confirmó.

El voto disidente, del ministro señor Sergio Muñoz Gajardo, razonó en tres órdenes de materias:

(a).- La madre no ha obrado con el mero capricho. Al respecto afirma: “conforme al mérito de los antecedentes, la negativa de la recurrida no aparece como caprichosa, pues como madre busca impedir que su hija, actualmente sana, reciba sustancias tóxicas y es por esa razón que ha solicitado al Ministerio de Salud -según se lee a fojas 21- informes que éste tenga en su poder y que demuestren que las vacunas que recibirá su hija no son dañinas, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta alguna del aludido organismo. Aún más, al evacuar informe el Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío-Bío, éste se limita a señalar que las vacunas cuentan con componentes seguros, no acompañando antecedentes o estudios que demuestren lo aseverado, no satisfaciendo en esta sede las inquietudes de la madre de Emilia, quien no se niega injustificadamente a que su hija sea vacunada, sino que exige que, previo a ello, se le demuestre que las mencionadas vacunas son beneficiosas y no perjudiciales” (Considerando N° 3°).

(b).- No hay amenaza al derecho a la vida de la menor. Al respecto afirma: “Que desde otra perspectiva, cabe preguntarse si efectivamente se vulnera el derecho a la salud y a la vida de la menor amparada constitucionalmente desde que ésta es una niña sana y si el hecho de no recibir las vacunas no la expone por esa sola circunstancia a determinadas enfermedades. Conforme a ello, resulta necesario reflexionar sobre los deberes que el Estado puede asumir respecto del derecho a la salud y la vida de las personas, es decir, establecer cuándo éste puede imponer coactivamente medidas, obligando al ciudadano a realizar determinadas conductas aun en contra de su voluntad, por estimar que existe riesgo para un bien superior a la libertad del individuo, cual es su salud y la vida del mismo, cuestión que en el caso de autos no se verifica, razón por la cual la intervención estatal para salvaguardar la salud y vida de la niña no se justifica” (Considerando 4°).

(c).- Indirectamente, solicita transparencia a la Administración respecto de sus decisiones, señalando: “Que indirectamente la recurrida está haciendo uso del derecho a ser informada de una acción que tiende a preservar la salud, y además ejerce y reclama transparencia y publicidad a una autoridad determinada respecto de hechos y circunstancia precisas, sin que dicha autoridad cumpla con su deber de entregar lo requerido” (Considerando 5°).

IV. Comentario

En cuanto al alcance de la obligatoriedad de la vacunación obligatoria:

19. En mi opinión, el correcto análisis de esta cuestión exige, primeramente, distinguir entre el alcance de la obligatoriedad de la vacunación obligatoria (a). para la Administración Sanitaria y (b). para los administrados.

20. (a).- Alcance de la obligatoriedad de la vacunación obligatoria para la Administración Sanitaria. Esta obligatoriedad se traduce, para la Administración Sanitaria, en un deber en orden a realizar todas las acciones tendentes a vacunar al mayor número de la población objetivo, lo que exige, por una parte, realizar la actividad de vacunación propiamente dicha cumpliendo todos los estándares técnicos necesarios, y por otra, facilitar su acceso a dicha población, de lo que se sigue que su aplicación deberá ser gratuita, permanente y llevada a cabo en sus recintos o a domicilio, y si es del caso, frente a las consultas que sobre ellas les formulen potenciales inoculados o representantes legales de éstos, a fin de persuadirlos, informar suficientemente sobre sus razones, ventajas y eventuales riesgos.

21. (b).- Alcance de la obligatoriedad de la vacunación obligatoria para los administrados. Sobre este punto analizaré el (i) principio de la excepcionalidad de la vacunación *propiamente* obligatoria; (ii) la vacunación *propiamente* obligatoria; y (iii) la vacunación *nominalmente* obligatoria.

22. (i).- Principio de la excepcionalidad de la vacunación propiamente obligatoria. Cabe desde ya señalar que la vacunación obligatoria en estricto sentido, vale decir aquella en cuya virtud la Administración Sanitaria puede llevar a cabo forzadamente, contra la voluntad del inoculado o de sus representantes legales, incluso con el auxilio de la fuerza pública, no puede ser sino que excepcional. Ello, por cuanto dicho procedimiento o tratamiento, aplicado en esa forma, en sí mismo violenta la libertad individual, entendida como autonomía o libre determinación, así como también la integridad física de la persona de esta forma inoculada sino acaso su vida, ya que si bien dicho procedimiento es en principio inocuo, de él, ya sea consustancial o accesoriamente, podrían igualmente derivarse daños de variable intensidad (incluso, para algunos, irreparables o la muerte), riesgos que sólo dicha persona, debidamente informada, puede, en mi opinión, consentir.

23. De ahí que en atención a este principio, a mi entender, el carácter obligatorio de ciertas vacunas no puede ser establecido sino que por ley expresa (ello en conformidad a lo previsto en el artículo 19, N° 26, y 22, N° 3, de la Constitución), misma que en lo absoluto puede ser arbitraria (el principio de interdicción de la arbitrariedad es igualmente vinculante al legislador), razón por la que el fundamento de su establecimiento deberá ser siempre explicitado durante la respectiva tramitación legislativa y ser suficiente para justificar una medida tan interventora como aquélla. Con todo, si la determinación de la obligatoriedad de todas o algunas de las vacunas, por defecto legislativo (o como es el caso en estudio, por tratarse de una disposición legal pre-constitucional), fuera remitida en términos amplios a la autoridad administrativa, el respectivo acto (en este caso, el decreto) deberá ser, en la misma forma, motivado.

24. (ii).- La vacunación propiamente obligatoria. Tiene el carácter de vacunación propiamente obligatoria aquella por ley así dispuesta para prevenir el contagio de enfermedades inexorablemente mortales, cuando el riesgo de contraerla sea evidente, o como único tratamiento, cuando así sea mé-

dicamente posible, una vez contagiado o existan fundadas sospechas de ello. Esto es lo que acontece, por ejemplo, con la “persona mordida, rasguñada o que hubiere podido ser infectada por un animal enfermo o sospechoso de tener rabia”, ya que la vacunación en estos casos es el único tratamiento posible a fin de evitar el desarrollo de la enfermedad y, con ello, su muerte, así como también los riesgos ciertos que ello significaría para la salud pública (atendido el carácter mortal de la enfermedad). Corrobora su calidad de *propiamente* obligatoria el hecho que la propia ley le confiere a la Administración Sanitaria potestades legales expresas para forzar su aplicación (artículo 34 del Código Sanitario), ya que al efecto podrá “disponer el examen y la internación obligatoria de las personas que se encuentren en esa situación”.

25. (iii).- La vacunación nominalmente obligatoria es toda vacunación, distinta al caso señalado en la número precedente, calificada como tal por el Código Sanitario o por el decreto exento N° 6, de 2010, del Ministerio de Salud y sus modificaciones. En estos casos, en mi opinión, estando la Administración Sanitaria obligada a realizar actuaciones positivas en pos a aplicarla a la población objetivo, conforme a lo precisado en el N° 19, es resorte de quien la reciba, o de su representante legal, manifestar su voluntad en orden a acceder o no a ella; en consecuencia, no es para éstos una vacunación *propiamente* obligatoria sino sólo *nominalmente*. En apoyo a esta tesis cabe sostener que, en estos casos, la ley no ha conferido a la Administración Sanitaria potestades legales para forzar su aplicación, como sí acontece con el caso referido en el número precedente (vacunación *propiamente* obligatoria).

26. Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta para que la Administración Sanitaria, en el caso de la vacunación nominalmente obligatoria y atendidas las condiciones especiales de la persona a quien corresponda la vacunación (caso concreto), recurra de protección en su favor si su negativa o la de su representante legal resulta ser ilegal o arbitraria y amenaza con ello su derecho a la vida, integridad física, etcétera, solicitando a la Corte de Apelaciones respectiva, como medida para restablecer el imperio del derecho, que ordene la vacunación e incluso, si es preciso, con el auxilio de la fuerza pública. En este sentido cabe observar que, precisamente, porque la obligatoriedad de esta clase de vacunación es nominativa, en el caso que da origen a la sentencia que comento, el Servicio de Salud de Talcahuano, carente de potestades para forzar la vacunación de la menor, ha debido recurrir de protección en estos términos en contra de la madre.

27. Correspondencia de lo señalado precedentemente con la ley N° 20.584. Lo indicado precedentemente está en armonía con la ley N° 20.584, que *regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud*, de 2012, aplicable al tema de análisis, en tanto la vacunación es, según el caso, un “procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud” y dicho cuerpo legal rige a todo prestador¹⁷. En especial, sus artículos 14 y 15, que señalan:

¹⁷ Conforme a su artículo 1°: “Esta ley tiene por objeto regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

Sus disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud”.

Artículo 14.- Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 1618.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue, según lo establecido en el artículo 1019.

En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse.

Artículo 15.- No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:

a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.

b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.

c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

¹⁸ Estas limitaciones son ajenas a nuestro estudio pues dicen relación con un especial derecho de otorgar o denegar su voluntad, que asiste a las personas en estado de salud terminal.

¹⁹ En lo medular, en lo que nos interesa, la remisión está realizada a los incisos 1° y 2° del artículo 10:

“Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional. Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente.”

28. A la luz de tales preceptos, en relación al caso de las vacunas obligatorias, cabe observar:

(a).- Como se advierte, estos artículos insertos en el párrafo 6º, del Título I, de la ley N° 20.584, intitulado “De la autonomía de las personas en su atención de salud”, plasman precisamente este principio que rige todo procedimiento o tratamiento vinculado a la atención de salud, conforme al cual toda persona (o su representante legal) tiene el derecho a otorgar o denegar su voluntad en relación a ellos. De esto se sigue que siendo la vacunación un procedimiento –e incluso en ciertos casos un tratamiento, conforme he señalado- vinculado a su atención en salud, este derecho le resulta plenamente aplicable.

(b).- Dicho derecho, en lo que concierne a la vacunación obligatoria, como procedimiento o tratamiento que es, debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante (por la Administración Sanitaria) entregue información adecuada, suficiente y comprensible (lo que está en armonía con el alcance que diera a la obligatoriedad de las vacunas respecto de la Administración Sanitaria en el N° 19) y muy especialmente, por interpretación analógica del artículo 10, inciso 1º, de la ley 20.584, cuando la vacunación obligatoria constituye un procedimiento, entre otros, sobre el estado de salud, las alternativas disponibles, los riesgos que ello pueda representar y el proceso previsible. Ahora, si la vacunación obligatoria constituye un tratamiento, como acontece con la vacuna antirrábica en el caso descrito en el artículo 34 del Código Sanitario, deberá informar lo que corresponde a esa clase de acciones de atención en salud, conforme a lo dispuesto por el referido artículo 10, inciso 1º.

(c).- Por aplicación de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la ley N° 20.584, la entrega de información sobre la vacunación obligatoria, propia o nominal, así como la aceptación antes referida, deberá ser verbal, incluso en el caso de la vacuna antirrábica aplicada como tratamiento, pues ella no conlleva riesgo relevante y conocido para la salud de los inoculados.

(d).- La excepción al principio de autonomía que contempla la letra a) del artículo 15 de la ley N° 20.584, en cuanto a que puede desatenderse la voluntad de quien es objeto de la acción de salud o de su representante legal, en relación a acceder o rechazar el procedimiento o tratamiento, “En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley”, es aplicable, a mi juicio, sólo respecto de la vacunación antirrábica como tratamiento (en la hipótesis indicada en el artículo 34 del Código Sanitario), ya que en este caso existe verdaderamente un riesgo cierto para la salud pública (certeza requerida para que opere esta causal, lo que está en correspondencia con el principio de excepcionalidad de la vacuna obligatoria, conforme precisara en los N°s 22 y 23), en tanto se trata de una enfermedad mortal; riesgo cierto para la salud pública que, además, así ha sido calificado por la ley no sólo señalándole el carácter de vacunación obligatoria, sino que, además, confiriéndole a la Administración Sanitaria potestad expresa para concretarla. En relación a las restantes vacunas, estimo que no rige esta excepción, porque no se advierte cómo no aplicarlas, individualmente, supone un riesgo cierto para la salud pública, así como tampoco, cómo, de conformidad con lo dispuesto en la ley, tendría cabida dicha suposición (en cuanto al riesgo cierto para la salud pública), si en relación a ellas la ley no ha conferido expresamente potestad alguna a la Administración Sanitaria para

concretarla, y máxime cuando su calificación como obligatoria ha correspondido a un decreto y no a la ley, al menos no directamente.

En cuanto a la sentencia en comentario

29. Conforme ha podido observarse en el acápite 3 de este comentario, la Corte Suprema, a fin de acoger el recurso de protección deducido por el Servicio de Salud de Talcahuano en contra de la madre renuente a vacunar a su hija recién nacida, confirmando la respectiva sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, sostuvo, en síntesis: (a). que la conducta de la recurrida, en orden a oponerse a la vacunación de su hija, es ilegal, en tanto infringe el ordenamiento jurídico, en específico el decreto N° 6, de 2010, del Ministerio de Salud; (b). que dicha conducta sería además arbitraria, pues obedecería a su mero capricho; y (c). con ella ha amenazado el legítimo derecho a la vida de la menor, ya que al no ser vacunada queda expuesta a contraer enfermedades inmunoprevenibles que podrían acarrearle discapacidades, e incluso la muerte. A continuación analizaré la pertinencia de tales fundamentos:

(a).- A mi entender, la conducta de la madre, en orden a oponerse a la vacunación de la menor, no ha sido ilegal, pues los artículos 32 y 33 del Código Sanitario no pueden, hoy, ser interpretados sino que en armonía con lo preceptuado en los artículos 10, 14 y 15 de la ley N° 20.584, que entrara en vigor el primero de octubre de 2012 (la sentencia en comentario data del quince de noviembre del mismo año). Dicho lo anterior, siendo la vacunación que motiva el caso en cuestión un procedimiento vinculado a su atención en salud, asistiría a la madre, en tanto representante legal de la menor, el derecho a otorgar o denegar su voluntad para el mismo. Por ello, su negativa malamente puede ser calificada como ilegal. Con todo, cabe hacer presente que, en este caso, no tenía cabida la causal de excepción señalada en la letra a) del artículo 15 de la ley N° 20.584, pues el no vacunar a la menor en caso alguno suponía un riesgo cierto para la salud pública, y menos podría afirmarse que ello fuera “de conformidad con lo dispuesto en la ley”, máxime si en el caso en cuestión se trata de una vacuna cuya obligatoriedad ha sido establecida, en rigor estricto por el decreto exento N° 6, de 2010, del Ministerio de Salud, y la ley no le ha conferido a la Administración Sanitaria, respecto a este tipo de vacunación, ninguna potestad tendente a aplicarla forzosamente (precisamente por ello, dicha Administración ha debido instar al efecto por la vía judicial).

(b).- Por otra parte, estimo que la conducta de la madre en caso alguno ha sido arbitraria (fundada en el mero capricho), ya que si bien se opuso a que su hija recién nacida fuera vacunada, lo hizo en base a ciertos reparos que tiene, con mayor o menor fundamento, respecto del procedimiento de vacunación (reparos que señalara a propósito de los grupos “no vacuna”, en términos generales, en el N° 2). Lo anterior bastaría para descartar la arbitrariedad en su conducta, pues, conforme se observa, no ha obrado en base al mero capricho. Con todo, a mayor abundamiento, habiendo la recurrida hecho presente tales reparos a la Administración Sanitaria, ésta en lo absoluto los desvirtuó proporcionando la información adecuada, suficiente y comprensible, como perentoriamente le indica la ley. Atendido lo anterior, en mi opinión, la recurrida no podría incurrir en arbitrariedad si ha ejercido un derecho (que la ley N° 20.584 precisa debe serlo en forma libre, voluntaria, expresa e informada), en orden a rechazar el procedimiento de vacunación de su hija, con base en la información a la que ha podido acceder por distintas vías, si la Administración

Sanitaria, estando por ley expresamente obligada a proporcionarla en los términos antes referidos, no lo ha hecho. Por tanto, en la especie, la arbitrariedad de la recurrente sólo podría verificarse si previamente dicha Administración hubiese cumplido con su deber legal de proveerle la señalada información. Si se sostuviera lo contrario, como señaló el fallo el comentario, esto es que la recurrida obró en forma arbitraria, a pesar que la Administración no cumplió con dicho deber, se obviaría que la conducta de la primera está indisolublemente unida a la omisión ilegal de la segunda (de no proporcionarle la información debida sobre el procedimiento de vacunación, conforme a la ley), con lo cual esta última, la recurrente de protección, se aprovecharía de su propia negligencia, evidenciada como inactividad administrativa, en circunstancia que ello le está expresamente vedado conforme al adagio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

(c).- Finalmente, si bien la amenaza a la vida es un criterio que, por regla general, la jurisprudencia ha tenido en consideración para ordenar, en sede de protección, la aplicación de procedimientos, tratamientos o intervenciones vinculados a la atención en salud²⁰, incluso en contra de la voluntad del afectado o representante legal, no lo es menos que, en la mayoría de esos casos, dicha amenaza ha sido cierta, vale decir que era muy probable que de no llevarse a cabo la acción de salud requerida, aquél habría fallecido. Ello, en lo que concierne a las vacunas, tiene lugar sólo en relación a la vacuna antirrábica como tratamiento, conforme precisa el artículo 34 del Código Sanitario. En el caso que motiva la sentencia en comentario, en mi opinión, no se evidenciaba amenaza cierta a la vida de la menor, ya que al momento de la negativa de la madre, ésta se encontraba perfectamente sana, y si bien el hecho de no haber sido vacunada la privaría de inmunización respecto de ciertas enfermedades, en caso alguno esa circunstancia, por sí sola, la expondría a padecerlas, así como tampoco a sus consecuencias (y menos a aquellas que señala el fallo en comentario: “discapacidades, e incluso la muerte”).

V. Texto íntegro de la sentencia

Corte Suprema

Santiago, quince de noviembre de dos mil doce.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de tres de septiembre pasado, escrita a fojas 42.

Acordada con el voto en contra del señor Muñoz, quien estuvo por revocar el fallo aludido y rechazar la acción cautelar impetrada, en virtud de los siguientes fundamentos:

1º) Que se ha interpuesto la presente acción de protección de garantías constitucionales por el Servicio de Salud de Talcahuano en contra de doña Desiree Becerra Toledo, impugnando el acto calificado de ilegal y arbitrario consistente en la negativa de la recurrida a que su hija Emilia Cordero Becerra, nacida el 29 de marzo último, reciba las vacunas que son parte del programa

²⁰ En este sentido, por todos, véase: Tocornal Cooper, Josefina, *La Responsabilidad Civil de Clínicas y Hospitales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 328 y ss.

de vacunación obligatorio dispuesto por el Ministerio de Salud, mediante Decreto Exento N° 6, de 29 de enero de 2010, con lo cual expondría a la lactante al contagio de enfermedades y podría poner en riesgo su vida, vulnerando la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental respecto de la menor.

2º) Que al informar la recurrida, expone que es efectivo que se niega a que su hija sea inyectada con cualquier tipo de sustancia que pudiese resultar dañina y perjudicial para el desarrollo de su hija. Expone que la menor es completamente sana, en razón de ello ha solicitado al Ministerio de Salud informes, análisis y certificados que demuestren la inocuidad de las vacunas, no recibiendo respuesta.

3º) Que, contextualizada la discusión, se debe analizar si efectivamente la negativa de la recurrida a que su hija reciba las vacunas que son parte del programa de vacunación obligatorio, reviste el carácter de arbitraria, esto es, sustentada en el mero capricho. En este punto, se debe señalar que, conforme al mérito de los antecedentes, la negativa de la recurrida no aparece como caprichosa, pues como madre busca impedir que su hija, actualmente sana, reciba sustancias tóxicas, y es por esa razón que ha solicitado al Ministerio de Salud -según se lee a fojas 21- informes que éste tenga en su poder y que demuestren que las vacunas que recibirá su hija no son dañinas, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta alguna del aludido organismo. Aún más, al evacuar informe el Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío-Bío, éste se limita señalar que las vacunas cuentan con componentes seguros, no acompañando antecedentes o estudios que demuestren lo aseverado, no satisfaciendo en esta sede las inquietudes de la madre de Emilia, quien no se niega injustificadamente a que su hija sea vacunada, sino que exige que previo a ello, se le demuestre que las mencionadas vacunas son beneficiosas y no perjudiciales.

4º) Que desde otra perspectiva, cabe preguntarse si efectivamente se vulnera el derecho a la salud y a la vida de la menor amparada constitucionalmente, desde que ésta es una niña sana y el hecho de no recibir las vacunas, no la expone por esa sola circunstancia a determinadas enfermedades. Conforme a ello, resulta necesario reflexionar sobre los deberes que el Estado puede asumir respecto del derecho a la salud y la vida de las personas, es decir, establecer cuando éste puede imponer coactivamente medidas, obligando al ciudadano a realizar determinadas conductas aun en contra de su voluntad, por estimar que existe riesgo para un bien superior a la libertad del individuo, cual es su salud y la vida del mismo, cuestión que en el caso de autos no se verifica, razón por la cual la intervención estatal para salvaguardar la salud y vida de la niña no se justifica.

5º) Que indirectamente la recurrida está haciendo uso del derecho a ser informada de una acción que tiende a preservar la salud, ejerce y reclama transparencia y publicidad a una autoridad determinada, respecto de hechos y circunstancia precisas, sin que dicha autoridad cumpla con su deber de entregar lo requerido.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del voto de minoría a cargo de su autor.

Rol N° 7074-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., el Ministro Suplente Sr. Carlos Cerda F., y los Abogados Interrogantes Sr. Emilio Pfeffer U., y Sr. Alfredo Prieto B. No firman, no obstante haber concurrido

al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar en comisión de servicios y el Ministro señor Cerda por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 15 de noviembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a quince de noviembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Corte de Apelaciones de Concepción

Concepción, tres de septiembre de dos mil doce.

VISTO:

A fs.9 comparece don **ANIBAL CEA HENRIQUEZ**, abogado en calidad de mandatario judicial del Servicio de Salud Talcahuano, ambos domiciliados en calle Thompson 86, Talcahuano, recurriendo de protección en contra de doña **DESIREE FRANCISCA BECERRA TOLEDO**, domiciliada en calle Matta 142, Sector Arenal, Talcahuano, por la acción ilegal y arbitraria que se indicará, que importa una privación, perturbación y amenaza a su legítimo ejercicio de la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 número 1 de la Constitución Política de la República.

Expone que la recurrida es madre de la menor Emilia Antonia Cordero Becerra, nacida el 29 de marzo de 2012, en el Hospital Higuera, Talcahuano; que, desde esa fecha, se ha negado a la vacunación que corresponde a los recién nacidos, que protege contra la tuberculosis o BCG, y la que se le debe aplicar a los dos meses de vida, que hace lo mismo contra la poliomeilitis, difteria, coqueluche, hepatitis B, haemophilus influenza tipo B y neumococo. Que su negativa se basa en que su vacunación no sería necesaria, dado que su hija es sana.

Añade que el Ministerio de Salud, mediante decreto N° 6 de 29 de enero de 2010, en razón de políticas sanitarias tendientes a evitar morbilidad, discapacidad y muertes secundarias a enfermedades infecciosas como los ya señaladas, dispuso la vacunación obligatoria para toda la población infantil, de enfermedades inmunoprevenibles tales como la tuberculosis, la difteria, la poliomeilitis, etc. Que, por ello, a su juicio, la recurrida con su actuar, ha atentado y continua haciéndolo a través del tiempo, contra un precepto legal vigente, contra la seguridad pública y fundamentalmente contra el derecho a la vida de la menor.

Termina solicitando tener por interpuesto el presente recurso, y, acogiéndolo, ordenar que se proceda a la vacunación de la menor Emilia Cordero Becerra, con el auxilio de la fuerza pública en caso de oposición.

A fs. 23 informó **la recurrida**, expresando que tiene la facultad de negarse a que su hija menor sea inyectada con cualquier tipo de sustancia tóxica, dañina y perjudicial para su desarrollo. Que actualmente no ha recibido respuesta del Ministerio de Salud, tras el envío de dos cartas pidiendo informes, análisis y certificados que demuestren inocuidad, prospectos y detalles de trazabilidad de las vacunas. Que asimismo, nunca se ha probado la seguridad de la mismas; que éstas no han salvado a la humanidad y nunca lo harán; que además son peligrosas, esconden los síntomas de las enfermedades y dañan el sistema inmunológico seria y permanentemente; que no previenen las enfermedades, sino que las causan y crean las condiciones para que actúen

agentes que esas vacunas dicen que van a prevenir, además de exponer al cuerpo a innumerables infecciones bacterianas y virósicas; causan alergias, sensibilidades a comidas y otras sustancias, y por último, existe evidencia de la vinculación de las vacunas al daño cerebral y hasta la muerte.

Hace referencia a un estudio de medicina español sobre los efectos de las sustancias que contienen las vacunas, y que no existe la posibilidad de saber a qué componente su hija pudiera ser alérgica, dada su corta edad.

Concluye solicitando se rechace el presente recurso.

A fs. 36 informa don **BORIS OPORTUS ORTIZ**, médico cirujano, Secretario Regional Ministerial de Salud, señalando que el Programa Nacional de Inmunización de la Salud (PIN) es parte integral de la iniciativa de la Organización Panamericana de Salud (OPS) y de la Organización Mundial de Salud (OMS), destinada a proteger a la población infantil, contra enfermedades propias de la infancia, para lo cual se dispone de vacunas cuya eficacia y seguridad ha sido probada. Que para ello la OPS cuenta con un Comité Técnico Asesor, conformado por expertos mundiales reconocidos en este campo, que se reúnen regularmente para revisar las evidencias científicas disponibles y proponer la inclusión o suspensión de vacunas, tomando en cuenta políticas de la OMS. Añade que tal como lo ha expresado el Servicio de Salud Talcahuano en su recurso, el Programa Nacional de Inmunizaciones, se encuentra respaldado por el decreto exento N° 6 de 29 de enero de 2010, que dispone la vacunación obligatoria contra enfermedades inmunoprevenibles de la población del país, según el calendario de vacunas vigentes, con el objeto de prevenir morbilidad, discapacidad y muertes secundarias.

Refiere que la recurrida ha fundamentado su negativa a vacunar a su hija, en aberraciones sin consistencia científica, desvirtuando cada una de las afirmaciones que ésta expuso en su informe.

Por último acota que las vacunas cuentan con componentes que permiten asegurar su seguridad tales como el antígeno, preservantes y adyuvantes, y que a esa Autoridad Sanitaria le compete promover y fiscalizar la ejecución del Programa Nacional de Inmunización y, por tanto, concuerda con las acciones realizadas por el Servicio de Salud de Talcahuano, en cuanto a obtener como resultado, la vacunación de la menor de autos.

A fs.38 se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1.- Que, el recurso de protección ha sido instituido por el constituyente como una acción destinada evitar las posibles consecuencias dañosas derivadas de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, que produzcan privación, perturbación o aún amenaza en el goce de alguna o algunas de las garantías expresamente señaladas en la Constitución Política de la República, a fin de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección a quien pueda resultar afectado.

2.- Que el ordenamiento jurídico nacional consagra en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, el derecho a la vida y la integridad física y síquica de la persona, garantía protegida especialmente por el recurso de protección establecido en el artículo 20 del mismo cuerpo legal, de modo que es imperativo, especialmente para los servicios públicos de salud, velar,

precisamente, por la salud y la vida de las personas que conforman la sociedad, aun contrariando la voluntad de éstas y/o la de su entorno familiar.

3.- Que, en efecto, del mérito de los antecedentes expuestos en la parte expositiva, aparece que en la acción cautelar interpuesta, el mandatario Judicial del Servicio de Salud Talcahuano, recurre de protección en contra de doña Desirée Becerra Toledo, madre de la menor Emilia Antonia Cordero Becerra, nacida en el Hospital Higuera de la comuna de Talcahuano, el 29 de marzo de 2012, por su negativa a que se le apliquen las vacunas dispuestas por la autoridad de salud, a través del servicio que representa, por cuanto dicha menor no fue vacunada al nacer, ni tampoco las que le correspondían al cumplir dos meses de edad.

4.- Que la recurrida, informando el recurso, expresa que efectivamente no ha vacunado a la menor referida, por cuanto ésta se encuentra sana y no se ha comprobado la seguridad ni la prevención de enfermedades de éstas, además de ser peligrosas, dañar el sistema inmunológico sería y permanentemente, y causar enfermedades.

5.- Que informando el Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío-Bío, ha expresado la necesidad de la vacunación, en atención a lo expuesto en lo expositivo de este fallo.

6.- Que el recurrente ha actuado judicialmente en mérito al ordinario número 678 de 26 de junio de 2012, proveniente del Jefe de la Unidad de Neonatología del Hospital Las Higuera, que rola en fotocopia a fojas 1, por el cual le informa de la negativa de la recurrida de vacunar a su hija Emilia Cordero Becerra con BCG, la que provoca muy pocos efectos secundarios y protege a los niños contra la TBC miliar y la meningitis tuberculosa, por lo que “es indispensable y necesario vacunar a todos los RN con peso superior a 2.000 grs. en las maternidades para evitar estas formas de TBC.” Y “Además esta lactante no se ha vacunado a los dos meses, contra la polio, difteria, coqueluche, hepatitis B, haemophilus influenza tipo B y neumococo, exponiéndola al contagio con coqueluche existiendo actualmente un brote.”

7.- Que el Servicio de Salud recurrente, ha fundado su recurso, en la obligatoriedad de las vacunaciones omitidas en la lactante de autos, las que fueron dispuestas mediante decreto N°6 exento, promulgado el 29 de enero de 2010, que dispone “la vacunación obligatoria de la población contra las enfermedades inmunoprevenibles que se indican, en las oportunidades y efectuada por los establecimientos que señalan:...” , entre las cuales se encuentran las vacunas omitidas, según un recurso, en las fechas allí indicadas.

8.- Que al resolver el presente recurso, debe tenerse presente que:

a) Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra “vacuna” se define como “sustancia orgánica o virus convenientemente preparado que, aplicado al organismo, hace que éste reaccione contra él preservándolo de sucesivos contagios”.

b) Se está recurriendo de protección a favor de una lactante de 5 meses de edad, por una negativa (omisión) de su madre, con quien vive y se encuentra bajo su cuidado.

c) La Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 3°, número 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”.

d) El artículo 24 N°1 de la misma Convención, expresa 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.” En el N°2 de este mismo artículo señala que se “adoptarán medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; ...”; c)”Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud...”.

9.- Que, conforme lo dispone el artículo 14 del Código Civil, la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. En consecuencia, el decreto exento referido en el motivo séptimo de esta sentencia, dada su obligatoriedad para la población, debe cumplirse.

10.- Que de lo expuesto en los fundamentos que preceden, queda de manifiesto que la negativa de la recurrida, madre de la menor, en vacunarla conforme al calendario de vacunas que ha establecido el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, ha sido ilegal, esto es contrario al ordenamiento jurídico, en el caso, al decreto exento N°6 de 29 publicado el 19 de abril de 2010 en el Diario Oficial, y arbitrario, por cuanto dicha negativa ha sido sólo por la voluntad o capricho de la recurrida. Además ha amenazado el legítimo derecho a la vida de la menor de autos, ya que al no ser vacunada, se encuentra expuesta a contraer enfermedades inmunoprevenibles que podrían acarrearle discapacidades, e incluso la muerte.

Según la doctrina, para que la amenaza concurra en esta acción de protección, debe constituir peligro de suceder algún mal y posible de concretarse en un tiempo próximo (Recurso de Protección, Casos y Jurisprudencia, José Luis Zavala Ortiz, Tomo I, Editorial Punto Lex, junio 2009, pág.12).

11.- Que, en consecuencia, el recurso de protección se acogerá, debiendo la recurrente adoptar las medidas de resguardo para que la menor sea inoculada con todas las vacunas pendientes, si procediere y sin que ello ponga en riesgo la salud de la misma.

Por estas consideraciones, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara:

Que **se acoge**, sin costas, por gozar la recurrida de privilegio de pobreza, la acción de protección deducida en lo principal de la presentación de fs.9 por don Aníbal Cea Henríquez, en representación del Servicio de Salud Talcahuano, en contra de doña Desirée Becerra Toledo. En consecuencia, se autoriza al organismo recurrente para que proceda a la vacunación de la menor Emilia Cordero Becerra tan pronto como quede ejecutoriada la presente sentencia, pudiendo recabar el auxilio de la fuerza pública en caso de oposición, bastando para ello, la sola presentación de copia autorizada de esta resolución; obrando, en lo demás, de la forma dicha en el fundamento undécimo de este fallo.

Comuníquese, la presente sentencia al Tribunal de Familia de Talcahuano, para que, en el procedimiento que corresponda, proteja los derechos de la menor Emilia Antonia Cordero Becerra, si fuere procedente.

Regístrese y en su oportunidad, archívese.

Redacción de la Ministro doña Vivian Toloza Fernández.

Habiendo concurrido a la vista y al acuerdo, no firma el Abogado Integrante Sr. Luis Ubilla Grandi, por estar ausente.

Rol.1608 -2012.