

Valdivia, siete de julio de dos mil veintidós.

VISTOS:

Comparece don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], Abogado, en representación del Hospital [REDACTED], e interpone un recurso de protección para salvaguardar la vida, la integridad física y la salud de la lactante [REDACTED] nacida el 18 de Febrero de 2022, hija de doña [REDACTED] y don [REDACTED], ambos ciudadanos de [REDACTED], con domicilio en [REDACTED] acción que interpone en contra de su madre ya individualizada.

Expone que funda su acción en la negativa de la madre para permitir la aplicación de las vacunas BCG (Bacillus Calmette-Guérin), que protege a los niños contra la tuberculosis en todas sus variantes y HBV, Hepatitis B, que protege al niño de la infección crónica con el virus de la hepatitis B y sus graves consecuencias, incluida la cirrosis hepática y el cáncer hepatocelular. Explica que tanto el Servicio de Neonatología, como el área gineco-obstétrica y el equipo psicosocial del Hospital le explicaron en detalle a la recurrida la importancia de la administración de la citada vacuna, no obstante lo cual ella negó arbitraria e ilegalmente, dejándose constancia expresa de ello en la Ficha Clínica. En concreto, se informó del riesgo que corre el recién nacido al no ser inmunizado, tales como hospitalizaciones, complicaciones y/o muerte y los riesgos de contagio a que expone al resto de la población, además de la evidencia científica que acredita que las vacunas son inocuas y beneficiosas para la salud.

Indica, desde el punto de vista clínico, que la hepatitis B es una infección viral que ataca al hígado y puede ocasionar una enfermedad aguda y crónica. La infección crónica a lo largo de la vida puede ocasionar daño hepático, insuficiencia hepática, cáncer del hígado o incluso la muerte. Los recién nacidos pueden adquirir esta infección durante el parto si la madre está infectada con el virus de la hepatitis B. La vacuna contra la hepatitis B se administra después del nacimiento y es muy eficaz para prevenir la infección en el recién nacido. El objetivo principal de las estrategias de inmunización contra la hepatitis B es evitar la infección crónica con el virus de la hepatitis B (HBV) y sus graves consecuencias, incluida la cirrosis

RCMGXXLJLPXF



hepática y el cáncer hepatocelular. En el año 2005, el Ministerio de Salud de Chile, a través del Programa Nacional de Inmunizaciones, incorporó la vacuna contra la hepatitis B en toda la población infantil a la edad de 2, 4 y 6 meses. A partir de abril de 2019 se incorporó al recién nacido en el calendario de vacunaciones. Expresa el recurrente que, de acuerdo a la American Academy of Pediatrics (AAP), los recién nacidos sanos deben recibir su primera dosis de la vacuna contra la hepatitis B dentro de las 24 horas seguidas al nacimiento para mejorar su protección contra esta resistente y potencialmente mortal enfermedad. La indicación actual del MINSAL es administrar la vacuna contra VHB al RN en la atención inmediata post parto o Unidad de Neonatología, en establecimientos públicos y privados, donde se realice atención de trabajo de parto y parto, durante las 24 horas siguientes al nacimiento.

Por su parte, expone que, respecto de la vacuna BCG, la tuberculosis (TBC) es una infección por *Mycobacterium tuberculosis* y continúa siendo un problema de salud a nivel mundial, correspondiendo a la principal causa de muerte por un agente infeccioso en el mundo. Los niños menores de 4 años presentan mayor riesgo de enfermedad diseminada (tuberculosis miliar y meningitis tuberculosa) y muerte. La vacuna Bacilo Calmette-Guerin (BCG) es una vacuna viva atenuada derivada del *Mycobacterium bovis*, única vacuna aprobada en el mundo para prevenir la tuberculosis, y es habitualmente administrada en los días posteriores al nacimiento en los recién nacidos con el objetivo de reducir la incidencia de enfermedad tuberculosa, principalmente las formas diseminadas.

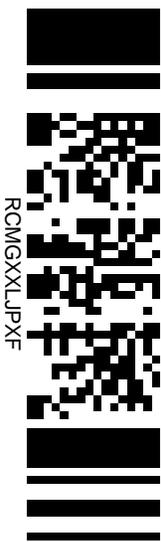
Desde el punto de vista jurídico, expresa que la negativa de la madre es contraria al ordenamiento jurídico, siendo absolutamente ilegal, por cuanto existe norma legal expresa aplicable en la especie, que establece la obligatoriedad de la aplicación de esta vacuna, concretamente el Decreto Exento N°6 del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, publicado el 19 de abril de 2010 en el Diario Oficial, que “Dispone la Vacunación Obligatoria de la Población Contra Enfermedades Inmuno Prevenibles de la Población del País”, que en su artículo 1° dispone la vacunación obligatoria de la población contra las enfermedades que se indican, en las oportunidades y efectuada por los establecimientos que señalan,



entre las cuales se encuentra la vacuna BCG, indicándose que una dosis debe ser suministrada durante los primeros días de vida, obligación que se funda en políticas sanitarias tendientes a evitar la morbilidad, discapacidad y muertes, secundarias a enfermedades infecciosas, como la señalada.

Así, la negativa de la madre a la inmunización de la niña afecta, además, su derecho al disfrute del más alto nivel de salud de los servicios sanitarios, en este caso, de la vacunación. En esta caso, por tratarse de un lactante, la normativa constitucional se ve complementada y enriquecida por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en su Art. 3º, N.º2, dispone que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Asimismo, su artículo 24 N.º1 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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.” Y a continuación, en su N.º2 se establece que “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible...; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva...”

Continúa indicando que la decisión negativa de los padres es arbitraria, pues carece de fundamentos y se basa en sus meras apreciaciones subjetivas, sin contar con respaldo alguno. En efecto, consta de la ficha clínica de la madre, que se le prestó la consejería apropiada, según se ha reseñado antes, pero ella insiste en no vacunar a su hija en contra de tuberculosis, ni ninguna otra vacuna.



Posteriormente, ambos padres firman un formulario de rechazo indicando el motivo para el mismo: “motivos religiosos y sanitarios.” Esa negativa se sustenta, así, en apreciaciones absolutamente subjetivas, sin prueba ni sustento científico. Simplemente no quieren vacunarla y exponen no sólo a su hija, sino que a todos los niños que lo rodean, a una enfermedad que puede ser evitada con esta vacuna obligatoria a nivel nacional.

Esa decisión afecta, por amenaza, no sólo la vida de su hija, sino que también su salud y su integridad física, todos bienes de interés público y señalados en los numerales 1° y 9° del Art. 19 de la Constitución Política del Estado. Como se comprende, la decisión se agrava porque también puede verse afectada la vida, la salud y la integridad física del resto de la población, debido al contagio de la Tuberculosis y Hepatitis B.

Cita luego las disposiciones del D.F.L. N° 1 que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto LEY N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 Y N° 18.469; del Decreto N° 38 de 2005, Reglamento Orgánico de los Establecimientos de Salud de Menor Complejidad y de los Establecimientos de Autogestión en Red, para fundar normativamente la obligación del Hospital de promover las acciones tendientes a restablecer el imperio del Derecho, para resguardar los derechos constitucionales de pacientes y funcionarios, para concluir solicitando a esta Corte que ordene a los padres a vacunar a su hija contra la Tuberculosis y Hepatitis B, con fuerza pública si fuere necesario.

Informando el recurso, don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], abogado, en representación de don [REDACTED], padre de la niña cuya protección pretende el Hospital, expresa, en primer lugar, que la religiosidad de sus representados, su fe y su espiritualidad les generan la convicción de ser cada humano una creación especial de Dios, al que se dota providencialmente de un sistema inmunológico capaz de cuidar al individuo durante su vida natural mientras este funciona de la manera adecuada, teniendo plena consciencia de que ante ciertas excepciones como enfermedades autoinmunes o la necesidad del uso de drogas inmunosupresoras, dicho sistema inmune requiere de tratamientos específicos como las vacunas, lo que no ocurre en este caso, por lo que no ven la



necesidad médica ni la base científica para administrarle el indicado procedimiento.

Desde la perspectiva sanitaria y científica, informa que la decisión de los padres, lejos de ser arbitraria, se basa en los hechos documentados, publicados y disponibles al público. Expresa que la vacuna BCG es una fórmula antigua que se administra en algunos países (no es obligatoria ni habitualmente administrada en el país de origen de la familia [REDACTED] [REDACTED]) la mayoría países subdesarrollados o en vías de desarrollo como el caso de Chile. Ella, sostiene, tiene una eficacia muy debatida, que varía entre 19% a 50% dependiendo de la investigación consultada. Además, es reconocido que la vacuna BCG está asociada con “numerosos efectos secundarios locales y sistemáticos”. Es cierto, apunta, que la incidencia de tuberculosis y por consiguiente la razonabilidad de la obligación de su administración se basa en muchos factores como clima, situación sanitaria local, además de la higiene personal de cada persona y su entorno físico. Por ello fue decidido por el sistema político que la forma más fácil de combatir la tuberculosis era hacer obligatoria la aplicación de la vacuna BCG, no obstante su baja eficacia y efectos secundarios. Agrega que ciertamente no será el sistema político ni los intervinientes en este recurso quienes cuidarán de la niña en caso de que ella sufra uno de los documentados efectos secundarios.

Cuestiona luego las bases científicas de la obligatoriedad de la vacunación, comparando la incidencia de tuberculosis en Chile con otros países similares en base a varios factores (climáticos, económicos, población), concluyendo que dicha incidencia no concuerda con la simple aplicación de la vacuna BCG, por ende, no resulta admisible sostener que tal vacuna sea la panacea, más cuando la evidencia científica apunta a que la vacuna BCG no siempre (esto es, en el 100% de los casos) protege a las personas contra la tuberculosis.

En relación con la información provista por el Hospital [REDACTED] la cuestiona por haber sido formulada en términos muy abstractos y borrosos, sin explicar, por ejemplo, cómo la niña, por no ser sujeta a un tratamiento de vacunación, tendría más riesgo que una niña nacida en Austria que tiene un clima similar a nuestra zona y el por qué dicho país no obliga la administración de la



vacuna BCG. Chile, sostiene, con la pretendida obligatoriedad de administración de la vacuna BCG a todos los recién nacidos, tiene una incidencia mayor a un país de clima comparable pero sin la vacunación. En un ejemplo contrario, expresa que desde 1973 es obligatoria la vacuna BCG en Sudáfrica. A pesar de esta obligatoriedad, ese país padece una incidencia de tuberculosis mucho mayor a Chile. Si la vacuna BCG proporcionara eficacia por sí sola contra la tuberculosis, como se da por hecho en el recurso de protección, entonces la incidencia de tuberculosis en África del Sur sería similar a la incidencia de tuberculosis Chile y no exponencialmente más alta como demuestran los datos. Concluye entonces que: 1) la aplicación de la vacuna BCG lleva consigo varios riesgos por los cuales el estado no responderá, a pesar de la pretendida obligatoriedad a todo evento de dicha vacuna; 2) la vacuna no es la respuesta final al tema de la tuberculosis ya que su aplicación y obligatoriedad no concuerda con la incidencia de dicha enfermedad, según se puede observar al comparar a Chile con casos de Austria y Sudáfrica; y 3) “no hay ninguna indicación médica provista por el recurrente de que nuestra hija presenta ninguna necesidad de dicha intervención, respaldándose el recurrente solamente en una apelación a la autoridad (el supuesto requisito legal de la aplicación arbitraria de este tratamiento) que carece de cualquier base científica o sanitaria relevante a nuestra situación y la salud de nuestra hija.” A los casos antes citados agrega luego el de Rusia, que confirmaría sus conclusiones, en el sentido que es claro que la incidencia de tuberculosis no se basa en la vacunación, sea la comparación del país a base de clima, situación económica u obligatoriedad.

Destaca, también, que en ningún momento al padre o madre de la niña se les presentó información relevante a los riesgos de la aplicación de la vacuna BCG. La ética de consentimiento informado requiere que el paciente (o su padre/tutor) esté informado de “las cargas, los riesgos, y beneficios esperados de todas opciones”. La Ley N° 20.584 establece que el paciente tiene el derecho a saber “los riesgos que ello pueda representar”, indicando los tratamientos que recibe de parte de los profesionales de salud que lo atiendan. Esto presenta, sostiene, “una grave vulneración de nuestros derechos como padres y principales



responsables del bienestar de su hija y ahora son perseguidos por tomar una decisión informada contra este procedimiento.”

Apunta que el recurrente incluye en su acción constitucional a la vacuna contra la Hepatitis B pero carece de explicación (otra vez) de por qué su hija la necesita. No tiene Hepatitis B, ni ella ni su madre, pues la aplicación de esta vacuna tiene incluso menos sentido que la vacuna BCG. Por lo tanto, la rechazan también y por las mismas razones.

En un tercer acápite del informe, los padres rechazan enérgica y totalmente la acusación de irresponsabilidad parental que supone el recurso, que podría en peligro la vida o salud de su hija [REDACTED]. Expresa que durante casi 14 años de matrimonio, los padres han tenido tres hijos varones, completamente sanos, educados y formados con educación en casa de manera ordenada por sus padres. Siendo estadounidenses de origen, pero acomodándose lo más posible a la cultura de Chile dentro de los límites de su filosofía religiosa/espiritual, han aprendido castellano, participan en eventos en varios lugares y tienen amigos a través del país, tanto norteamericanos como chilenos. Es su deseo criar a sus hijos primeramente para glorificar a Dios con toda su vida, segundamente para ser buenos padres si Dios les permite tener hijos propios y tercero, que sean ciudadanos chilenos productivos y pacíficos si es que logran la ciudadanía en algún momento futuro y deciden quedarse en Chile.

Comenta que cuando la madre se embarazó con el cuarto hijo (una niña esta vez), decidieron tener un parto natural, en casa, atendido por una matrona reconocida y con buenos antecedentes. A las 33 semanas se le rompió la bolsa de agua y la matrona los envió directamente al Hospital [REDACTED] ya que allí gozan de una UCI neonatal. Siendo responsables y conscientes de la situación, se acogen al sistema de salud público. Mientras [REDACTED] estaba hospitalizada, le resultó un “positivo” por un examen PCR y tuvo que aislarse, a pesar de nunca demostrar ningún síntoma más allá de una tos seca. Antes que terminara su aislamiento, la bebé nació de forma vaginal a las 34 semanas pero una hora después del nacimiento, fue llevada a la UCI neonatal y no dejaron a [REDACTED] verla durante tres días. Cuando por fin dejaron que viera a su hija en la



UCI neonatal, empezó a recuperar su peso y mejorar su estado de salud ya que nació con un peso de 2.040 gramos. Una semana después de que [REDACTED] pudo visitar a su hija, la dieron el alta con un peso de 2.080 gramos y volvió a casa con nosotros. Cuatro días después, al pesarla el pediatra, pesó 2.270 gramos habiendo subido de peso gracias a la atención de su madre, experimentada también con el cuidado de su primer hijo que nació prematuro también. Así que gracias al cuidado y responsabilidad pare recurrir al establecimiento adecuado para la situación de salud de la madre, están ahora siendo perseguidos legalmente por un agente de un hospital estatal. Quieren nada más que vivir tranquilamente, contribuyendo a la sociedad y la economía chilena. No presentan ningún peligro ya que se cuidan de su salud y preferimos alimentos naturales y sanos. Que surgiera una urgencia fuera de nuestro control no indica que de repente se volvieran en padres irresponsables o que sus hijos corren peligro simplemente porque no están de acuerdo con la postura rígida del sistema de salud público de Chile en cuanto a la vacunación supuestamente obligatoria. Expresa que la decisión de analizar la necesidad y pertinencia de las vacunas para su hija se basa en un juicio informado a base de los datos científicos públicamente disponibles además de un entendimiento del funcionamiento del sistema inmunológico. No aceptan lisa y llanamente que la salud viene de una jeringa, si no que la salud es principalmente un proceso de cuidado personal, higiene y alimentación cuidadosa. Teniendo en cuenta el conjunto de los antecedentes y siendo ellos los guardianes y los responsables por su salud, han decidido que por lo pronto a su hija no le hace falta la vacuna.

Termina haciendo presente que en el Tribunal de Familia [REDACTED], bajo el RIT [REDACTED] existe en tramitación una medida de protección a favor de la niña y contra su padre y madre, que tiene por finalidad determinar posibles afectaciones graves contra la niña en cuestión por parte de sus padres, relacionado con la internación neonatal y vacunación, entre otras. Tratándose de una materia de suyo compleja, corresponde la situación sea analizada y fallada por un solo tribunal, en juicio de lato conocimiento, ante el Tribunal de Familia. Por otra parte, apunta que en RIT [REDACTED] del Tribunal de Familia [REDACTED] en

RCMGXXLJLPXF



caso muy similar, también respecto de familia norteamericana, la magistrada falló en el sentido de respetar la decisión informada de los padres, acreditando el buen cuidado y preocupación por la salud de su hija.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben decretar ante una acción u omisión arbitraria o ilegal que impida, amenace o perturbe ese ejercicio.

SEGUNDO: Que el acto cuya ilegalidad y arbitrariedad se reprocha por esta vía por parte del Hospital Base de Osorno, consiste en la negativa de los padres a autorizar la vacunación de su hija recién nacida, que prescribe el esquema de vacunación obligatoria del Estado de Chile, en lo relativo a las vacunas BCG y Hepatitis B.

TERCERO: Que, en consecuencia, el conflicto jurídico que se somete a conocimiento de esta Corte dice relación con la validez del cuestionamiento específico que realizan los padres, al negarse a vacunar a su hija, de una política pública sanitaria. En ese contexto, esta Corte es de parecer que la jurisdicción que ejerce, por mandato constitucional, no la habilita para incidir en el sustrato científico que avala una política estatal de salud, o para evaluar una argumentación que intente desacreditar esa política. Un Tribunal de Justicia no es el lugar del debate científico; y tampoco es el lugar apropiado para el debate sobre las políticas estatales. Para lo primero las Cortes carecen de las facultades legales (que se limitan a la resolución definitiva de conflictos de relevancia jurídica en el orden temporal); para lo segundo las Cortes carecen de los conocimientos generales (esto es, más allá del caso particular sometido a su conocimiento), y de la necesaria legitimidad democrática.

CUARTO: Que, por la razón expresada antes, no cabe a esta Corte cuestionar la política pública que hace obligatorio para la población un determinado procedimiento médico, en este caso, de vacunación. Y en ese

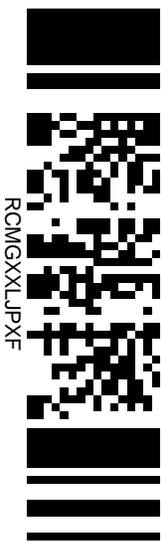


sentido (esto es, por la existencia de una regla de Derecho que hace obligatorio el procedimiento), este es un caso completamente diverso de aquellos en los que se pretende imponer jurisdiccionalmente un tratamiento médico que no es normativamente obligatorio (como un tratamiento de quimioterapia para el cáncer, por ejemplo).

QUINTO: Que la anterior argumentación se fortalece, en los casos de vacunación obligatoria, porque la medida beneficia no sólo al sujeto que se vacuna, sino al conjunto de la población; respecto de la que se produce el paradójico efecto de que quien no se vacuna suele no enfermar precisamente porque la generalidad de la ciudadanía sí cumple la norma.

SEXTO: Que para reprochar un acto como vulneratorio de un derecho constitucional de aquellos que se alegan como amenazados por el recurso no es menester que el acto sea a la vez ilegal y arbitrario. El texto constitucional del artículo 20 permite acoger el recurso en cualquiera de los dos casos. Y por lo mismo, le permite a esta Corte declarar que la negativa de los padres ██████ a vacunar a su hija recién nacida no resulta arbitraria, en el sentido que no se funda en un mero capricho, sino que se aloja en una convicción razonada respecto de lo que ellos creen es lo mejor para sus hijos, al menos respecto de la vacuna BCG. El hecho de que tal convicción esté sazonada con elementos religiosos y subjetivos, y que por lo tanto pueda estar completamente equivocada, no obsta a que ese razonamiento excluya la arbitrariedad, y permita atenuar, por lo mismo, la acusación de irresponsabilidad o negligencia de la que los padres se sienten objeto. Debe decirse también que respecto de la vacuna contra la Hepatitis B, la convicción de los padres (al menos la vertida en el informe) se presenta como mucho menos racionalmente argumentada, puesto que se limitan a aseverar que su hija “no tiene Hepatitis B, ni ella ni su madre, pues la aplicación de esta vacuna tiene incluso menos sentido que la vacuna BCG. Por lo tanto, la rechazamos también y por las mismas razones.”

SÉPTIMO: Que, sin embargo, resulta claro para esta Corte que el acto recurrido (la negativa a vacunar a un menor respecto de vacunas normativamente obligatorias) debe ser considerado ilegal, en cuanto se endereza, precisamente, a



objetar el cumplimiento de una obligación sanitaria con fundamento legal y objetivos de sanidad pública, acto ilegal que vulnera los derechos constitucionales de su hija, razones por las cuales el presente recurso deberá ser acogido, en los términos que se dirán en lo resolutivo de esta sentencia.

Con el mérito de lo razonado, disposiciones legales y reglamentarias citadas, y teniendo presente lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del recurso de protección de garantías constitucionales, se resuelve:

Que **SE ACOGE** el recurso de protección interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] en representación del Hospital [REDACTED] [REDACTED], a favor de la lactante [REDACTED], hija de doña [REDACTED] y don [REDACTED] y en consecuencia se autoriza al referido hospital para proceder a la vacunación de la lactante, debiendo los padres proceder en consecuencia con las políticas públicas estatales, bajo apercibimiento de ser sancionado con algunas de las medidas contempladas en el numeral 15° del Auto Acordado que regula la materia.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción a cargo del Abogado Integrante don Juan Andrés Varas Braun
Rol 121-2022-Protección

Samuel David Muñoz Weisz
MINISTRO
Fecha: 07/07/2022 12:14:48

Gloria Edith Del Carmen Hidalgo Alvarez
FISCAL
Fecha: 07/07/2022 13:28:05

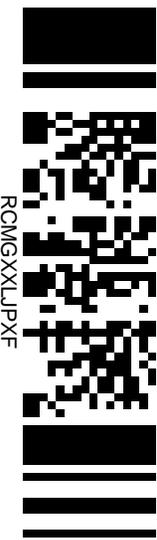
Juan Andres Varas Braun
ABOGADO
Fecha: 07/07/2022 15:38:24

RCMGXXLJLJPF



Pronunciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia integrada por Ministro Samuel David Muñoz W., Fiscal Judicial Gloria Edith Hidalgo A. y Abogado Integrante Juan Andres Varas B. Valdivia, siete de julio de dos mil veintidós.

En Valdivia, a siete de julio de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>