

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil veintitrés.

A los folios N° 34, 36 y 37: a todo, téngase presente.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que comparece doña María Teresa Rubio Gallegos, abogada, en representación de su hija doña [REDACTED], interponiendo recurso de protección en contra del Ministerio de Salud, representado por doña Ximena Paz Aguilera Sanhueza, por el acto arbitrario e ilegal consistente en la exclusión de vacunación contra el Covid-19 a los menores de 2 años, 11 meses y 31 días, lo que afecta las garantías fundamentales de los N° 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Se refiere al virus SARS-Cov-2, causante de la enfermedad Covid-19 y las medidas epidemiológicas que se decretaron con el objeto de proteger a la población, en particular, se refiere a la aparición de las vacunas creadas para hacer frente al referido virus y el plan de vacunación nacional contra el Covid-19. Hace presente que con el paso del tiempo se amplió el rango etario para la inoculación.

Agrega que el Comité de Urgencia para la evaluación de medicamentos y vacunas cuya indicación terapéutica esté destinada a la prevención o tratamiento del virus SARS-CoV-2, perteneciente al Instituto de Salud Pública, en las vacunas Coronavac, Moderna Spikevax y Pfizer, por consenso, recomendó aprobar la inmunización en niños desde los 6 meses.

Refiere que el Ministerio de Salud, a pesar de contar con la autorización del organismo que históricamente es el encargado de evaluar el ingreso y aprobación en Chile del uso de medicamentos, vacunas y dispositivos médicos, se niega a la implementación de la vacuna a los menores de 2 años, 11 meses y 31 días, haciendo presente que a la fecha no se ha hecho ninguna gestión ante la CNRP, que demuestre el interés del MINSAL y sus representantes para implementar la inoculación en el referido grupo etario.

A continuación, trata el grupo etario de menos de 3 años e indica que aquellos no son inmunes al virus y que han existido muertes de niños de esta edad, por lo que estamos frente a un grupo etario que es vulnerable y que la mayoría de las veces no tiene voz para exigir sus derechos, siendo



minimizado en cada una de las decisiones que el estado de Chile realiza frente a ellos.

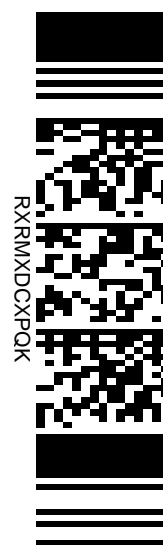
Luego, trata el Covid persistente (Long Covid Kids) y PIMS en menores de 3 años, indicando que, si bien el virus es nuevo y falta bastante estudio, a la fecha existen documentos científicos que apuntan a que está subestimado la incidencia y consecuencia de los síntomas de Covid-19 en los niños, trivializando el impacto que puede tener en ellos, existiendo una resistencia significativa por parte de las autoridades de reconocer que los síntomas persistentes es una realidad en adultos, adolescente y niños, siendo un problema real que las vacunas ayudan a prevenir, tanto en los efectos y los post efectos del virus.

Posteriormente, desarrolla la política de inmunización en Chile y refiere que no existe ningún argumento para negar que se vacune a un niño menor de 3 años, haciendo presente que recurre con el fin de que se ordene la inoculación de su hija contra el Covid-19, ya que al no ser vacunada se encuentra expuesta a contraer dicha enfermedad, sin que exista ninguna razón clínica ni técnica para negar la vacuna a los niños menores de 2 años, 11 meses y 31 días, dando cuenta de otros países en que se ha practicado la inmunización desde los 6 meses de edad.

Conforme lo anterior, señala que se ha generado una afectación grave a la garantía fundamental sanagrada en el N° 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es, el respeto a la salud e integridad física de su hija, lo que genera un daño reparable solo por esta vía, siendo el acto arbitrario e ilegal el que la autoridad, sin mayores argumentos, hubiera decidido excluir del plan de vacunación contra el Covid-19 a los menores de 2 años 11 meses y 31 días de edad, a pesar de que las vacunas están autorizadas por el Instituto de Salud Pública.

Previas citas jurisprudenciales, solicita que se ordene al Ministerio de Salud adoptar todas las medidas necesarias tendientes a vacunar contra el Covid-19 a su hija en el centro de salud en el que se atiende, con expresa condenación en costas.

Segundo: Que informa doña Yasmina Vierra Bernal, abogada de la División Jurídica del Ministerio de Salud, solicitando el rechazo del recurso.



En primer lugar, señala que las medidas adoptadas por el MINSAL en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el SARS-COV-2 forman parte de las políticas públicas dictadas por la autoridad en el contexto de la pandemia por COVID-19 y que la actividad desplegada por la Administración del Estado para el control de la pandemia se fundamenta, en primer término, en el DFL N° 1 de 2005, que Fija el 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 MINSAL.

En segundo lugar, precisa que el ISP es la autoridad encargada de realizar el control sanitario de calidad de los productos farmacéuticos, pero no tiene injerencia alguna en la formulación de políticas, el diseño de programas y la implementación de estrategias y prácticas de inmunización por COVID-19.

En mérito de lo expuesto, señala que el 29 de agosto de 2022, el ISP aprobó el uso en emergencia de las vacunas contra SARS-CoV-2 de los laboratorios Sinovac, Moderna y Pfizer-BioNTech en personas mayores de 6 meses. Sin embargo, explica que las vacunas de ARNm (Pfizer y Moderna) -cuyo uso destaca por sobre la vacuna de virus inactivado- presentan una dosificación y composición diferente a las que se encuentran en nuestro país; por lo cual, acceder a ellas implicaría un proceso de compra que compromete recursos, un stock de vacunas de proveedores internacionales y un periodo de tiempo para su entrega, pero que, a requerimiento de la Subsecretaría de Salud Pública, el Comité Asesor en vacunas y estrategias de inmunización está revisado la información científica disponible para entregar sus observaciones respecto a una posible inmunización de personas menores de 3 años contra SARS-CoV-2 y; el MINSAL está realizando las gestiones necesarias para el eventual ingreso a Chile del cargamento de vacunas destinadas a dar cobertura a este grupo etario.

En tercer lugar, se refiere a la campaña de inmunización, haciendo presente que se trata de una medida sanitaria que obedece a criterios técnicos de salud pública, cuyo mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia están radicados en la autoridad de salud. Lo anterior habría sido ratificado por la OMS, la que ha sido categoría en señalar que son las autoridades locales de salud pública las que deben elaborar y ejecutar los programas nacionales



de vacunación contra el COVID-19 y que los ciudadanos pueden confiar en el rigor de ese proceso para la administración de las vacunas.

A continuación, indica que la presente acción es improcedente, pues la denuncia de la recurrente se dirige en contra de una política pública implementada por el MINSAL en el marco de la pandemia por Covid-19 y dispuesta por expresa indicación legal conforme a la normativa y orgánica a la que hace alusión en su informe, intentando la recurrente, a través de su recurso, impugnar la estrategia nacional que sustenta el plan de inmunización Covid-19.

Finalmente, señala que la pretensión de la recurrente excede el ámbito y naturaleza de esta acción cautelar por cuanto pretende impugnar una política pública, sin que sea procedente que el órgano judicial suplente a la autoridad sanitaria a fin de fijar medidas técnicas de resguardo de la población ante situaciones como las que vive hoy el país.

En síntesis, sostiene que el presente recurso debe ser rechazado desde que: (i) las medidas sanitarias que la recurrente reprocha han sido adoptadas por la autoridad administrativa con la finalidad de proteger a la población, ajustándose su ejercicio al mandato Constitucional dispuesto en los artículos 6, 7 y 19 N° 2; (ii) la parte recurrente no señala hechos o circunstancias fácticas que constituyan una vulneración a las garantías constitucionales previstas en el artículo 20 de la Carta Fundamental y que justifiquen el ejercicio de esta vía cautelar excepcional y; (iii) la situación que se denuncia excede la naturaleza y objeto de esta acción constitucional.

Solicita, por tanto, el rechazo del recurso de protección, con expresa condena en costas a la recurrente.

Tercero: Recurrentemente se viene sosteniendo por esta Corte que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.



Conforme a lo anterior, para la procedencia del recurso de protección se requiere la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos de fondo: a) que se compruebe la existencia de una acción u omisión reprochada; b) que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esa acción u omisión; c) que de la misma se siga directo e inmediato atentado (privación, perturbación o amenaza) contra una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía; y d) que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección.

Cuarto: Que, resolver el conflicto planteado mediante este arbitrio importa determinar si la actuación de la recurrida, consistente en no incluir a los menores entre seis meses y tres años de edad -entre ellos a [REDACTED] en el Programa Nacional de Vacunas contra el Covid constituye o no un acto u omisión ilegal y arbitrario que afecte las garantías fundamentales de los N° 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Quinto: Que son hechos no controvertidos en la presente causa que:

1. Desde comienzos del año 2020 afecta a nuestro país y a nivel internacional la situación de pandemia ocasionada por la propagación de Covid 19.

2. En el año 2021 comenzó el programa de vacunación nacional respecto del signado virus, estableciéndose al efecto un sistema de calendarización en razón al correspondiente rango etario previa autorización del Instituto de Salud Pública.

3. En la actualidad, en nuestro país, las vacunas contra el Covid-19 en están autorizadas para ser inoculadas en niños desde los dos años en caso de emergencia con vacunas Moderna, a partir de los tres años con Sinovac y desde los cinco años con Pfizer.

4. Con fecha 22 de agosto de 2022, el Instituto de Salud Pública con la colaboración y recomendación del Comité de Expertos de Evaluación de vacunas, aprobó la ampliación del rango etario desde los seis meses de edad para las vacunas contra COVID-19 de los laboratorios Pfizer, Sinovac y Moderna. Asimismo, recordó que, a la fecha, la población pediátrica cuenta con vacunas autorizadas para su uso de emergencia desde los dos años de edad en el caso de Moderna; desde los tres años de edad en el caso de Sinovac y; a partir de los cinco años de edad, en el caso de Pfizer. En dicha



instancia, se señaló por parte de la signada autoridad que, para tomar esta decisión, el Comité evaluó la información de seguridad, eficacia y los datos de fabricación disponibles, que demuestran que los beneficios de inmunización son mayores a los posibles riesgos descritos en los estudios clínicos. De igual forma, los expertos destacaron el uso de las vacunas de mRNA mensajero por sobre la de virus inactivado, pero al mismo tiempo enfatizaron que todas las vacunas evaluadas tienen una alta eficacia para prevenir una enfermedad grave. Enfatizaron también que, respecto a la relevancia de vacunar a la población pediátrica que incluye lactantes, implica otorgar alternativas preventivas, según la disponibilidad de vacunas, a niños y niñas que no solo están en sus hogares a cargo de sus padres o cuidadores, sino también en las salas cunas o jardines infantiles, de esta forma también se refuerza la protección en el entorno educativo.

Agregan, además, que:

- En cuanto al esquema de vacunación indicado por los laboratorios, para la vacuna de Pfizer, destinada a niños desde los 6 meses a 4 años es de 3 dosis, las dos primeras dosis deben ser administradas con intervalos de 3 semanas, seguida de una tercera dosis administrada al menos con 8 semanas de diferencia, después de la segunda dosis.

- Para la vacuna de Moderna, el esquema recomendado para la población de 6 meses y 2 años es de dos dosis, con un intervalo de 28 días. En el caso de la vacuna de Sinovac se aconseja para su uso en el grupo entre los 6 meses a 3 años, dos dosis con una diferencia entre 14 a 28 días.

Recalca que, así como en todas las autorizaciones cursadas, los expertos recomiendan para las tres vacunas implementar un plan de manejo de riesgos en la población chilena, enviar al ISP informes periódicos de seguridad y notificar los Eventos Supuestamente Atribuibles a Vacunación e Inmunización (ESAVI).

5. Con fecha 28 de diciembre de 2022, el gobierno prorrogó el estado de Alerta Sanitaria por Covid hasta el 31 de marzo de 2023, oportunidad en que la Ministra de Salud doña Ximena Aguilera, informó a la población que se adoptó de manera preventiva debido a la incertidumbre del escenario epidemiológico que se presenta en este momento en China, situación que



también ha llamado la atención de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Sexto: Que, en primer término, es dable tener en consideración que las medidas tomadas por la autoridad sanitaria tienen por objeto resguardar la salud de las personas, siendo esto una política pública para controlar la propagación del virus COVID-19.

Séptimo: Que, en este orden de ideas, corresponde señalar que, actualmente se encuentra vigente el estado de Alerta Sanitaria dictada por el Ministerio de Salud y de acuerdo al Decreto Supremo N° 9 de 16 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud, se le confirió a dicha cartera de gobierno, la coordinación general de todas las acciones y medidas tendientes a efectuar un adecuado manejo de la emergencia sanitaria

Por su parte, conforme a la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Salud, el D.F.L. N° 1 de 2005 y el Código Sanitario, en sus artículos 36, 57, 67 y 94, facultan a la autoridad sanitaria para dictar todas las medidas tendientes al resguardo sanitario de la población, las que deben ser formalizadas a través de los correspondientes actos administrativos, debiendo el Estado y sus organismos garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes del territorio nacional.

Octavo: Que el Instituto de Salud Pública es un servicio público con autonomía de gestión, personalidad jurídica y de patrimonio propio, dependiente del Ministerio de Salud cuya misión es contribuir al mejoramiento de salud en Chile, garantizando la calidad de bienes y servicios y entre otros, el control de las vacunas. De esta forma, se advierte que dicho organismo es una instancia técnica y resolutive para la toma de decisiones en cuanto a las vacunas que deben ser inoculadas en la población.

Noveno: Que, como se ha señalado, no existe controversia en cuanto a que el Instituto de Salud Pública recomendó la vacunación a niños y niñas entre los seis meses y tres años de edad y que, desde agosto de 2022, la recurrida no ha realizado inclusión alguna en el Programa Nacional de Vacunación de dicho rango etario, a pesar de haberse prorrogado el estado de alerta sanitaria por Covid 19.

Décimo: Que, la Constitución Política de la República prescribe, en el inciso cuarto de su artículo 1, que *"El Estado está al servicio de la persona*



humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece", en tanto el N° 1 de su artículo 19 estatuye que: "La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona".

Undécimo: Que, en cuanto al análisis del presente arbitrio constitucional y dado que lo que se persigue es la protección de la salud e integridad física de los niños y niñas entre los seis meses y tres años de edad, es dable considerar que, el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, prescribe: *"En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de Bienestar Social, los Tribunales, las Autoridades Administrativas o los Órganos Legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del menor"*.

Por su parte, en el artículo 222 inciso primero prescribe: *"La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades"*.

Además, el artículo 242 inciso 2 del Código Civil dispone que: *"En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez"*.

También corresponde indicar que, el artículo 7 de la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia prescribe que: *"Interés superior del niño, niña o adolescente. El interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta.*

Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los



principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado.

Conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente.

Los procedimientos se guiarán por garantías procesales para asegurar la correcta aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente, que exige procedimientos transparentes y objetivos que concluyan en decisiones fundamentadas con los elementos considerados para efectivizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Para su determinación, se deberán considerar las circunstancias específicas de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes como:

a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.

b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla.

c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.

d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente.

e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico.

f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.

g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos.



h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente considerando su entorno de vida.

i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro”.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley N° 21.430 dispone: *“Efectividad de los derechos. Es deber del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos que le son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes”.*

En especial, el artículo 38 del cuerpo normativo que precede dispone que: *“Derecho a la salud y a los servicios de salud. Todo niño, niña y adolescente, con independencia de su edad y estatus migratorio, tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y a servicios y procedimientos de medicina preventiva, tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud.*

Los niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en el Título II de 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, en la forma prescrita en dicha ley y sus reglamentos. En especial, tienen derecho a contar con la compañía de familiares, cuidadores o personas significativas para él, tanto en las atenciones ambulatorias como en las hospitalizaciones, salvo cuando motivos clínicos aconsejen lo contrario, debiendo el Estado velar por la efectividad de este derecho.

El Estado debe garantizar progresivamente a todos los niños, niñas y adolescentes acceso universal e igualitario a planes, programas y servicios de prevención, promoción, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud. Asimismo, debe asegurarles acceso a servicios médicos y odontológicos periódicos y a servicios de salud mental, adoptando todas las medidas necesarias para su plena efectividad, sea en el sistema público o en el sistema privado de salud. Los niños, niñas y adolescentes deberán contar



con su propia credencial de pertenencia a un sistema de salud, sea público o privado.

La situación de discapacidad de un niño, niña o adolescente nunca podrá emplearse como fundamento para negarle los derechos de que trata esta ley. En especial, se prohíbe toda práctica que tenga por finalidad la desinformación sobre su sexualidad, suspender la entrega de métodos anticonceptivos o la esterilización de niños, niñas o adolescentes con fines contraceptivos.

Las acciones dirigidas a la protección o tratamiento de la salud física o mental de un niño, niña o adolescente que se encuentre internado para dichos fines, no se podrán impedir, restringir, obstaculizar o interrumpir en virtud de motivos ideológicos, morales o religiosos, salvo los casos establecidos en la ley.

El Estado deberá garantizar que los establecimientos de salud públicos y privados cumplan con las disposiciones de la ley N° 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, en relación con niñas menores de 18 años de edad.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la inmunización contra las enfermedades prevenibles. El Estado debe asegurar programas gratuitos de vacunación obligatoria dirigidos a todos los niños, niñas y adolescentes. En estos programas, el Estado debe suministrar y aplicar las vacunas, mientras que los padres, madres o responsables legales de su cuidado deben garantizar que los niños, niñas y adolescentes sean vacunados oportunamente”.

Por último, la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño señaló que: “A. *El interés superior del niño: un derecho, un principio y una norma de procedimiento.*

1. *El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en*



lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

2. El interés superior del niño no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

3. La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3).

4. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que "[lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

5. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los



intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.

6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

7. En la presente observación general, la expresión "el interés superior del niño abarca las tres dimensiones arriba expuestas".

Duodécimo: Que, tal como se ha sostenido por esta Corte, en causa Rol N° 40.789-2021, conforme a lo establecido en el artículo 3° de la



Convención sobre los Derechos del Niño, aplicable en el caso *sub júdice*, se debe considerar primordialmente el interés superior del niño, entendiéndose por tal, la mayor realización espiritual y material de los niños, niñas y adolescentes y el pleno respeto a sus derechos fundamentales, teniendo como parámetro mínimo los derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política del Estado (así lo ha señalado esta Corte en sentencias 2115-2019; 2945-2019; 2589-2019; 654-2020; 400-2021; 555-2022; 995-2022; y, 2754-2021).

Decimotercero: Que, en la especie, es menester proteger el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de todos los niños y niñas que se encuentren en el rango etario que va entre los seis meses y tres años de edad, toda vez que, de acuerdo a las prescripciones del organismo técnico -ISP- resulta conveniente acceder a su inoculación, situación que debe resguardarse por sobre una interpretación que ampare que por falta de los procesos administrativos a seguir para su autorización, se coloque en situación de desigualdad y peligro respecto de quienes se hace necesaria la materialización de una decisión de la autoridad que está llamada por ley y la Constitución para hacerlo. En concreto, las razones de orden administrativo o económico resultan insuficientes y deben, necesariamente, ceder ante la necesidad de resguardar su interés superior, desde que se ve vulnerado su derecho a la vida y a la integridad física de los niños y niñas entre los seis meses y tres años de edad.

En este sentido, el numeral 1 del artículo 24 de la citada Convención dispone que: *“Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”*.

Decimocuarto: Que, de esta forma, en relación a la no inclusión de los niños entre los seis meses y tres años de edad en el Programa Nacional de Vacunación contra el Covid 19, pese a encontrarse autorizado por el ISP desde agosto de 2022, la recurrida no dio a conocer los motivos o fundamentos para incurrir en esa omisión, por cuanto sólo ha expresado que configura una decisión de política pública que incluye distintos pasos a seguir



pero no ha dado contexto a la dilación en cuanto a aquélla no ha podido ser plasmada en estos cinco meses.

Decimoquinto: Que, por lo tanto, es posible concluir que la recurrida ha incurrido en una omisión arbitraria e ilegal pues se encuentra acreditado en autos que, técnicamente, le asiste a los niños y niñas entre los seis meses y tres años de edad, la inclusión en el Programa Nacional de Vacunas contra el Covid-19. En efecto, el proceso de vacunación debe en primer término, ser avalado por el organismo técnico -ISP- y todas las decisiones que se adopten a su respecto, no tener el carácter de discriminatorias, por cuanto resulta ser imperativo que la política pública incluya a todos los habitantes del país, sin hacer distinciones entre personas que se encuentren en una misma situación. En efecto, lo denunciado mediante la interposición de este arbitrio constitucional no constituye una decisión u omisión proporcionada y racional, esto es, adecuada y necesaria, en que se vele por la vida, integridad física e interés superior de los niños y niñas entre los seis meses y tres años de edad, por cuanto la vacunación es vital para impedir la propagación del virus, lo que ha quedado demostrado con la baja en los contagios y en la tasa de mortalidad a raíz de la puesta en marcha de dicho proceso.

Decimosexto: Que tal como ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 8367-2018, considerando *“Séptimo: Que, en términos generales, la vigencia efectiva de garantías constitucionales que pueden verse amagadas en un caso específico por la aplicación de un precepto legal, debe enmarcarse en la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la protección de la salud contemplado en el inciso primero del numeral noveno de su artículo 19.*

Octavo: Que a estos efectos las circunstancias fácticas de la situación específica que se revisa deben ilustrar la decisión del asunto y es así que de los propios antecedentes se ha podido establecer que el facultativo que atendió directamente a la recurrente y forma parte de la propia red de prestadores de la Isapre recurrida, estimó como una opción médica pertinente y necesaria para enfrentar su situación de salud, atendidos los riesgos que involucraba realizarle dos operaciones convencionales, tratar en



una sola sesión los dos pequeños tumores que se le diagnosticaron a la recurrente mediante (...)

Noveno: Que en esta línea de razonamiento, el factor de la indicación médica como el sustrato profesional objetivo y adecuado en el tratamiento de una enfermedad, implica que determinado procedimiento para afrontar, en este caso, el problema de salud “Tumores Primarios del Sistema Nervioso Central”, es el medio apto e idóneo para solucionarlo, y si bien dicho tratamiento puede no encontrarse en el arancel del Fondo Nacional de Salud ni en el de la Isapre recurrida, aquel procedimiento médico no es un modo experimental que carezca de sustento técnico.

Décimo: Que en la operatoria de homologación del procedimiento aludido, obviamente la recomendación médica y técnica debe resultar prioritaria, teniendo presente, asimismo, que para la institución previsional el costo económico y financiero no resultará mayor, toda vez que el monto solicitado cubrir u homologar alcanza sólo a aquellos que el arancel establece por la prestación a la cual se homologa. Razonar de otra forma importaría aceptar la omisión de la Administración, la cual por medio de su pasividad excluiría determinados medios aptos para mantener o recuperar la salud de las personas.

Undécimo: Que en este contexto, cabe tener presente que el derecho a la protección de la salud es integral y correlacionado con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, de lo cual se concluye que la interpretación relativa a las normas que se refieren a esas garantías constitucionales, deben ser interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra en riesgo y cuyo costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato”.

Decimoséptimo: Que, en los términos que han sido expuestos, no se advierte razón que justifique y legitime la determinación de no incluir en el Programa Nacional de Vacunación al grupo etario antes signado, como tampoco la conducta omisiva de la recurrida quien, sobre la base de protocolos que aduce que no se han cumplido a su respecto, no ha informado, a esta Corte las medidas que hubiere adoptado en la toma de una decisión en un tiempo prudente y razonable a pesar de que contaba con la autorización del organismo técnico y consultivo existente al efecto desde



hace cinco meses a la fecha. Ninguna de estas conductas u omisiones resultan aceptables desde la perspectiva de la garantía constitucional de la igualdad, sin perjuicio que además ellas producen una afectación del derecho a la protección a la salud que le asiste a los niños y niñas entre los seis meses y tres años de edad.

En estas condiciones, la omisión de la recurrida de no incluir al signado grupo etario en el Programa Nacional de Vacunación contra el Covid-19, -a pesar de que no se encuentra controvertida su prescripción y procedencia por el Instituto Nacional de Salud Público-, constituye una acción y omisión arbitraria e ilegal que conculca la garantía del derecho a la vida y a la integridad física y el derecho a la igualdad de Florencia, ello por cuanto las normas que rigen a la administración del estado corresponden sean interpretadas y aplicadas de forma tal, de maximizar el pleno y cabal ejercicio de los derechos que son inherentes a la persona humana entre ellos, además del ya referido, la protección a la salud garantizado en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental, todos los cuales deben ser respetados por todos y constituir por cierto las directrices que todo gobierno debe tener dentro de su política pública.

Decimoctavo: Que, en consecuencia, con su actuar u omisión la recurrida afectó la garantía constitucional de la recurrente contemplada en el artículo 19 N° 1, 2 y 24 de la Constitución Política, velando por su interés superior y las demás garantías y derechos que le reconoce la Convención de los Derechos del Niño y la Ley N° 21.430, razón por la cual corresponde que se acoja el recurso deducido en los términos que se indicarán en lo resolutive de esta sentencia.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se acoge** el recurso de protección deducido en favor de la niña [REDACTED] [REDACTED] en contra del Ministerio de Salud, representado por doña Ximena Paz Aguilera Sanhueza en cuanto deberá accederse a la solicitud efectuada, una vez que se incluya bajo las indicaciones del Instituto de Salud Pública dentro del Programa Nacional de Vacunación contra el Covid-19 al grupo etario correspondiente entre los seis meses y tres años de edad,



proceder este último que deberá ser materializado dentro de los treinta días de que quede ejecutoriada la presente sentencia.

Acordada la decisión anterior con el voto en contra de la abogada integrante señora Paola Herrera Fuenzalida, quien fue del parecer de rechazar el presente arbitrio constitucional en base a las siguientes argumentaciones que se proceden a exponer:

1° Que las medidas adoptadas por el MINSAL en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el SARS-COV-2 forman parte de las políticas públicas dictadas por la autoridad en el contexto de la pandemia por COVID-19 y que la actividad desplegada por la Administración del Estado para el control de la pandemia se fundamenta, en primer término, en el DFL N° 1 de 2005, que Fija el 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 MINSAL.

2° Que al respecto es dable aclarar que, el ISP es la autoridad encargada de realizar el control sanitario de calidad de los productos farmacéuticos, pero no tiene injerencia alguna en la formulación de políticas, el diseño de programas y la implementación de estrategias y prácticas de inmunización por COVID-19.

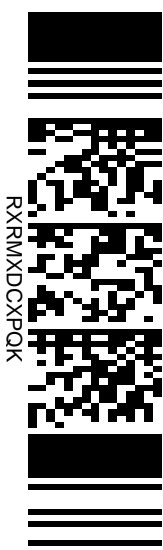
3° Que la campaña de inmunización configura una medida sanitaria que obedece a criterios técnicos de salud pública, cuyo mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia están radicados en la autoridad de salud.

4° En razón a lo antes expuesto, se verifica que en el presente caso no existe ningún acto ilegal que sea necesario enmendar por medio de este recurso de protección atribuible al Ministerio de Salud, por cuanto en el marco de las potestades que posee dicha autoridad debe hacer frente a esta emergencia sanitaria, respetando completamente lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución Política de la República y las demás normas legales pertinentes.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Protección N° 102533-2022.

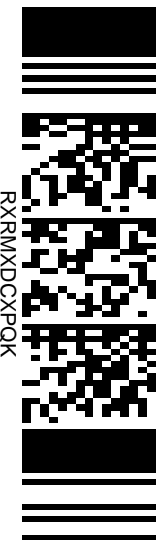




RXRMXDCXPQK

Pronunciado por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Antonio Ulloa M., Veronica Cecilia Sabaj E. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, veinticuatro de enero de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veinticuatro de enero de dos mil veintitrés, 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 11 de Septiembre de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.