



Vacunación obligatoria

Análisis de la constitucionalidad de la vacunación compulsiva de menores en el ordenamiento jurídico argentino.

TRABAJO FINAL DE GRADO

Alumno: María Fernanda Glück

Matrícula: ABG07461

Carrera: Abogacía

Materia: TFG

Abstract

La vacunación tiene como finalidad el bien común de la sociedad mediante la prevención de enfermedades contagiosas. Actualmente crece el número de personas que deciden no vacunar a sus hijos. Estos alegan que las mismas pueden tener efectos nocivos sobre la salud de los niños. En la mayoría de los casos son padres que se guían por la medicina homeopática o ayuverdista las cuales consideran que son menos perjudiciales al basarse en remedios naturales.

Argentina posee un calendario de vacunación obligatorio y gratuito. Este prevé que de no cumplimentarse con la totalidad de las vacunas las mismas pueden ser aplicadas de manera compulsiva sin la necesidad de autorización de los responsables de los menores.

La vacunación compulsiva plantea un problema al limitar la autonomía de la voluntad de quienes ejercen la responsabilidad parental. El presente trabajo busca brindar, desde una perspectiva objetiva, un análisis sobre la limitación a la autonomía de la voluntad de los padres en la toma de decisiones que afectan la salud de sus hijos. Se indagará las medidas que puede tomar el estado en caso de no vacunación de menores que se encuentren bajo la responsabilidad parental y si estas son constitucionales.

Palabras clave: Vacunación compulsiva. Autonomía de la voluntad. Responsabilidad parental

Vaccination is aimed at the common good of society through the prevention of contagious diseases. Currently the number of people who decide not to vaccinate their children grows. These claim that they can have harmful effects on the health of children. In most cases they are parents who are guided by homeopathic medicine or ayuverdista which they consider to be less harmful by relying on natural remedies.

Argentina has a compulsory and free vaccination calendar. That provides that if it is not completed with all vaccines they can be applied compulsively without the need of the authorization from those responsible for the children.

Compulsive vaccination has a problem by limiting the autonomy of the will of those who exercise parental responsibility. This work seeks to provide, from an objective perspective, an analysis on the limitation to the autonomy of the will of parents in making decisions that affect the health of their children. Will be investigated the measures that the state can take in case of non-vaccination of minors who are under parental responsibility and if these are constitutional.

Key words :compulsory vaccination. autonomy of the will. Parental responsibility

Índice

Abstract.....	2
Introducción.....	6
Capítulo 1 Aspectos generales. Introducción a la temática.....	8
1.1 Nociones generales.....	8
Autonomía de la voluntad. Definición.	8
1.2 Evolución histórica de la autonomía de la voluntad.....	11
1.3 Derecho a la Salud y Vacunación	15
1.4 Artículo 18 de la ley 22.909.	20
Conclusiones parciales:.....	23
Capítulo 2. Límites a la autonomía de la voluntad.....	25
2.1 Límites a la autonomía de la voluntad.....	25
2.2- Orden público. Definición.....	26
2.3 –Interés superior del Niño.	28
2.4 – Ley de protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley 26.061.32	
Conclusiones Parciales:.....	35
Capítulo 3- Responsabilidad Parental.....	36
3.1 Definición de familia	36
3.2- Definición de Responsabilidad Parental.....	38
3.2.1. Antecedentes Históricos de la Responsabilidad Parental.....	41
3.3 Antinomia Jurídica	43
Conclusiones parciales:.....	44
Capítulo 4- Jurisprudencia y legislación comparada.....	46
4.1 Jurisprudencia	46
N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas.	46
F. S. DE B., Ñ. y R.N. S. DE B. en Situación de Riesgo	47
HOSPITAL DR. PEDRO BIANCHI DE SIERRA GRANDE (P.O.D.) S/ MEDIDA DE PROTECCION DE DERECHOS", Expte Nº 1496/14/J7.....	48
4.2 Derecho Comparado.....	49
ITALIA	49
España.....	50
Estados Unidos.....	50

Conclusión:.....	52
Bibliografía	54
Doctrina	54
Libros:.....	54
Revistas	55
Legislación.....	55
Internacional:.....	55
Nacional	56
Jurisprudencia.....	56
Otros	56
Artículos Periodísticos.....	57

Introducción

Aunque aún no representan un número considerable de personas, en Argentina, cada vez son más las familias que deciden no vacunar a los menores que tienen a su cargo. Actualmente son casos aislados, pero se está convirtiendo en una tendencia que se incrementa anualmente.

El régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles, ley nacional 22.909¹, establece la obligatoriedad de la vacunación en todo el suelo de la República Argentina. Impone la pena de multa e incluso la vacunación compulsiva en caso de que los padres, tutores, curadores o guardadores no vacunen a los menores o incapaces a su cargo. Es decir Argentina posee un régimen de prevención de enfermedades basado en un sistema de inmunización a través de vacunas obligatorias con cumplimiento coercitivo.

Existen casos en los que los padres, tutores o encargados se niegan a la vacunación de las personas que tienen a su cargo, aun conociendo las ventajas que posee la vacunación. Hace 20 años el médico Andrew Wakefield presentó una investigación preliminar, que fue publicada en la revista científica The Lancet. En ella informaba que doce niños vacunados habían desarrollado comportamientos autistas e inflamación intestinal grave². Desde aquella publicación la desconfianza en las vacunas fue aumentando, provocando que cada vez sean más las personas que no cumplen con el calendario obligatorio de vacunación. Luego se demostró que el investigador había mentido, inventando o tergiversando los datos y, que mantenía contactos de interés con organizaciones antivacunas poderosas.

Por otro lado, la responsabilidad parental se encuentra definida en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 638. Establece que la misma es “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.”³

¹ “Régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio”,

² <https://www.nytimes.com/2015/02/02/us/a-discredited-vaccine-studys-continuing-impact-on-public-health.html>

³ Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, 2014, art. 638.

El ejercicio de la responsabilidad parental implica la autonomía de la voluntad en la toma de decisiones que atañen a un proyecto de vida familiar. La ley nacional 26061 “de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” en su artículo 7 explica que la familia es la responsable prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.⁴

Entonces la pregunta que se plantea es: ¿Puede el Estado ordenar la vacunación compulsiva en menores ante la negativa de quienes ejercen la responsabilidad parental? ¿Viola, esta obligación, el principio constitucional de autonomía de la voluntad?

Existe un conflicto entre distintos valores jurídicos. Se enfrentan por un lado la libertad a decidir sobre un proyecto de vida familiar y el derecho a ejercer la autonomía de la voluntad, y por el otro el deber del Estado de velar por la salud de la población en su conjunto.

Entiendo que la vacunación compulsiva en menores por parte del Estado no es violatoria del principio constitucional de autonomía de la voluntad, ya que prevalecen el Interés Superior de niño (también con jerarquía constitucional) y la salud de la comunidad. Si esto no fuera así se perjudicarían derechos de terceros. Se busca a través de la vacunación compulsiva el bienestar del niño primordialmente, y también la prevención de enfermedades, erradicadas o no, en el resto de la sociedad.

La presente tesis se compone de cinco capítulos, en ellos se hace referencia a los valores jurídicos que entran en conflicto en la temática en cuestión. En el primer capítulo se introduce la temática planteada: la autonomía de la voluntad, la importancia de la vacunación y el artículo 18 de la ley 22.909. Seguidamente, en el capítulo II se describen cuáles son los límites a la autonomía de la voluntad en el caso concreto. En la tercera parte se aborda la responsabilidad parental y la forma de resolver el conflicto de normas de igual jerarquía. Luego, se describe la jurisprudencia y el derecho comparado, para finalizar en el último capítulo se formulan las conclusiones.

⁴ Ley N°26.061, 2005, art. 7.

Capítulo 1 Aspectos generales. Introducción a la temática

1. Nociones generales.

1.1 Autonomía de la voluntad. Definición.

Este primer capítulo intenta contribuir con una noción general de autonomía de la voluntad, derecho a la salud y vacunación. Se analizarán los conceptos básicos sobre los que girará el Trabajo Final de Graduación.

La palabra autonomía proviene del latín: auto significa “uno mismo” y nomos “norma”. Mientras que la voluntad es la facultad de decidir y ordenar nuestra propia conducta. Es decir que la autonomía de la voluntad es la capacidad que tiene una persona de establecer sus propias normas y regirse por ellas a la hora de tomar decisiones.

Según la Real Academia española la autonomía de la voluntad es la “capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala.”⁵ En la misma definición de la autonomía de la voluntad se consigna que posee límites impuestos por la ley.

La autonomía de la voluntad es la máxima expresión de libertad ya que es la facultad que posee cada hombre de autoregularse, de dictarse sus propias normas. Es un reconocimiento de autogobierno.

La Constitución Nacional enumera los derechos personalísimos, que son aquellos con los que cuenta el hombre desde su nacimiento y a lo largo de toda su existencia, estos derechos son innatos, vitalicios, inalienables, esenciales, absolutos y necesarios y entre ellos encontramos derecho a la vida, a la libertad, al honor, a la intimidad. La autonomía de la voluntad se encuentra regulada a nivel nacional en la Constitución argentina, en su artículo 19⁶. Es la base sobre la que se estructura el derecho privado, y consiste en la

⁵ Real Academia Española. En Diccionario de la lengua española (Edición del tricentenario) Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=4TsdjBo>. 10 de marzo de 2018.

⁶“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

facultad que posee toda persona para autodeterminarse y sujetarse a determinado orden. Significa poder darse la propia norma o regla mediante la cual se juzga la propia conducta.

La redacción de nuestro artículo 19 de la C.N. establece un principio de no interferencia del Estado en la vida privada de los individuos. Explica que gozamos de autonomía en la medida que somos dueños de nuestras propias decisiones, estas no pueden ser impuestas.

El artículo 19 de la C.N. habla de tres acciones distintas:

- a) Acciones privadas de los hombres.
- b) Acciones que no ofendan el orden público y la moral.
- c) Acciones que no perjudiquen a terceros.

Sagües explica que la directriz constitucional es aparentemente clara: una acción privada deja de serlo si causa daños a los demás. Ahora bien, ese daño debe ser a un bien jurídico razonablemente evaluado. (Sagües, Néstor, 2012, p.587). Esto quiere decir que se valoran de manera independiente los derechos individuales, y los mismos se comparan con los derechos de índole colectivo. El derecho individual no podrá producir perjuicios a terceros sobre bienes o valores que sean reconocidos como bienes jurídicos. Estos tienen que ser bienes, ya sean materiales o inmateriales, que gozan de protección jurídica, tutelados.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento elaborado por representantes de distintas regiones del mundo. Esta declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. La Declaración establece cuáles son los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero. Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los hombres, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.

La DUDH establece en su artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias

o ataques.”⁷ Es decir todos los individuos tenemos derecho a elegir los valores con los que vamos a guiar nuestra vida y la de nuestra familia. Y estamos exentos de intromisiones de terceros.

La autonomía de la voluntad implica confiar en nuestro propio parecer para determinar qué principios son válidos justificando las acciones que involucran derechos de índole individual. Implica el derecho que tiene cada individuo a tomar sus propias decisiones.

Una de las definiciones más completas de autonomía de la voluntad, explica que la misma es un derecho básico, del que surgen los bienes que son protegidos por la misma y que son imprescindibles para poder llevar a cabo un plan de vida basados en nuestros ideales. Esta definición es brindada por Carlos Nino, quien establece:

El principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y la materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos, la libertad de expresión, la libertad de cultos, el acceso a recursos materiales, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y el acceso al ocio, etc., son todos prerequisites para la elección y materialización de planes de vida. (Nino, Carlos, 2002, p.167)

Es también Carlos Nino quien nos da una de las definiciones más claras de autonomía de la voluntad. Aquí el autor vuelve a poner el acento en los ideales perseguidos por el hombre y explica que es el Estado quien debe mantenerse al margen de estos y su interferencia debe ser al solo fin de poder cumplir con ellos.

Un (...) principio de la filosofía liberal puede denominarse el “principio de la autonomía de la persona humana”. Este principio prescribe que el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales e ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción se opone al enfoque perfeccionista, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho

⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003. Fecha 10 de marzo de 2018

debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana. De ahí la conocida postura liberal (...) de que el derecho debe sólo ocuparse de reprimir acciones que perjudiquen a terceros.” (Nino, Carlos, 2002, p.167).

Según Aída Kemelmajer de Carlucci desde una perspectiva amplia, la autonomía se relaciona con la libertad, que puede ser definida como la facultad natural del hombre para actuar a voluntad sin restricciones, respetando su propia conciencia:

...la autonomía se identifica con la libertad. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. (Kemelmajer de Carlucci, Aída; 2015; <http://www.saij.gob.ar>)

Según la página del ministerio de Salud de la Nación

“en ejercicio de su autonomía, obrar con libertad de conciencia se erige en un imperativo ético y un valor socio jurídico que implica su protección como parte de los derechos humanos fundamentales, en un marco de sociedades democráticas donde hoy encontramos una enorme diversidad de cosmovisiones ideológicas y religiosas.” (Fernandez de Lerena, Mariano José; 2017; <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-objecion-de-conciencia>. Recuperado: 01/04/18

Actualmente la autonomía de la voluntad es un derecho inherente a la persona, con jerarquía constitucional, pero esto no fue siempre así, por tal motivo es importante explicar cuál fue su evolución histórica. Ya que de al conocer la evolución de la libertad se puede entener el verdadero significado de la misma.

1.2 Evolución histórica de la autonomía de la voluntad

La noción de autonomía de la voluntad fue evolucionando a través del tiempo, en un principio se creía que el hombre no podía elegir, que el destino de cada uno ya estaba decidido. En Grecia, por ejemplo, no se concebía la idea de autonomía de la voluntad, esto queda evidenciado en la fábula de Edipo quien no puede cambiar su destino a pesar de que lo intente. El oráculo ya había decretado cual era y eso no podía ser modificado. Esto era así ya que los griegos pensaban que los hombres, los dioses, el mundo, eran parte de un universo unificado, en el que las cosas se ubicaban en un orden armónico. Poseían

una noción distinta de autonomía de la voluntad, ya que para los griegos significaba poder consagrarse al estudio y a la observación de los fenómenos cotidianos.

Luego, en Roma comienza a dividirse la noción de Estado e individuo, lo que trae aparejado una mayor autonomía de los romanos, aunque por supuesto esta es aún muy limitada y solo para los patricios ya que los plebeyos prácticamente no poseían derechos. Paralelamente al imperio Romano, con el surgimiento de las religiones monoteístas, el hombre también se encontró limitado en su accionar. Las religiones no solo imponían modos de vida, sino que también los valores que debían considerarse primordiales.

Con el desarrollo del cristianismo la autonomía de la voluntad se elevó a un plano filosófico se relacionaba con el dogma; surgía una contradicción entre el concepto de libertad del hombre y la condición de Dios como poseedor de todo el saber y de todo el poder, renaciendo la idea de predestinación divina. El hombre era considerado pecador en caso de no actuar conforme los lineamientos de la iglesia, es decir, se concibe el libre albedrío como la posibilidad de elección y la libertad como la opción de escoger el bien.

En el período moderno se consagra al hombre, como el más apto para explicar el mundo y para actuar según las normas morales. Dota al hombre de razón y le da la posibilidad de decidir mediante su libre determinación.

Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia fueron los países que comenzaron el movimiento constitucionalista, en el caso de Estados Unidos fue a través de la Declaración de Derechos de Virginia, de 1776 que manifiesta en su artículo 1 “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o despojados en su posteridad por ningún tipo de pacto...”⁸

La revolución francesa trajo consigo un cambio de paradigma en relación con los derechos individuales y colectivos. No sólo provocó una reafirmación del constitucionalismo (que comenzó a gestarse en Gran Bretaña con el “Bill of Rights de

⁸ SECTION I. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity... http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm. Recuperado: 15/04/18

1689”), sino que también nos legó la base para nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional (donde, como ya se dijo anteriormente, se encuentra plasmado el principio constitucional de autonomía de la voluntad). La idea de que los humanos poseían derechos innatos fue afirmada por John Locke, estos eran comunes para todos los habitantes.

Todos los hombres poseen el derecho personalísimo a la vida y a la integridad física, y por tal motivo puede disponer de su cuerpo, es decir posee libertad de elección, ya sea de su proyecto de vida o el de su familia, siempre y cuando las elecciones que realice no sean perjudiciales para terceros. La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789 en sus arts., 4to y 5to enuncian⁹:

Art. 4 – “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otro límite que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley.”

Art. 5 – “La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”.

El Pacto de San José de Costa Rica, por su parte, especifica que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia” (art. 11, inc. 2).¹⁰

Este concepto se relaciona ampliamente con el concepto de libertad. En Argentina la Asamblea del año XIII fue la encargada de abolir la esclavitud. En un principio sólo se estableció la libertad de vientres, ya que únicamente los que nacieran luego de este decreto eran considerados libres, aquellos que eran esclavos lo seguirían siendo. Antes de esta proclama el hijo nacido de un esclavo pasaba a formar parte del patrimonio del propietario de su madre.

⁹ Declaración de los Derechos del Ciudadano y del Hombre, 1789, arts. 4 y 5.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 1969, art 11.

La constitución argentina fue dictada en 1853 y logró su consolidación en 1860 convirtiéndose en la ley fundamental de nuestro país. Carlos Nino nos explica que

“...aun luego de dictarse la Constitución, la Argentina se alejó muchas veces de un pleno constitucionalismo. Sus habitantes sufrieron incontables restricciones a sus derechos y libertades; se cometieron irregularidades y abusos en el ejercicio de facultades como la declaración del estado de sitio y la intervención a las provincias por el Gobierno federal (...). Desde el 10 de diciembre de 1983 rige de nuevo la Constitución de 1853/60 con una amplitud sin precedentes en la historia argentina: los gobiernos que han actuado en los diversos planos en esta transición democrática han mostrado (...) una escrupulosidad apreciable en el respeto de sus cláusulas y los tribunales han estado especialmente alertas frente a amenazas de violación. (Nino, Carlos, 2002, p.2).

El artículo 19 de la Constitución Nacional tiene una fuerte concepción liberal de la sociedad. Este artículo fue promovido por los sacerdotes Antonio Sáenz y Pedro Ignacio de Castro Barros, aunque ya estaba incluida en los más tempranos proyectos constitucionales, como los Estatutos de los años 1815 y 1817.

Tal como nos enseña Aída Kemelmajer de Carlucci, la palabra “autonomía” no apareció en el Código Civil Argentino hasta entrado el siglo XXI., en efecto, la única vez que se la cita es en el art. 152 ter, según redacción impuesta por la ley 26.657 promulgada el 2 de diciembre de 2010. (Kemelmajer de Carlucci, Aída; 2015; <http://www.saij.gob.ar>)

La definición de autonomía de la voluntad ha ido modificándose con el pasar de los años, pasando los hombres de no tener posibilidad de elegir su destino a, que la misma posea una protección constitucional, como es el caso en nuestro país. Este principio se relaciona con el derecho a la salud y a la vacunación, ya que tutela la posibilidad de elegir un plan de vida relacionado con nuestro cuerpo y el de nuestros hijos. Este respeto sobre las decisiones que se adopten sobre la salud no puede incluir medidas que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a los derechos de terceros y, en el caso planteado, a los intereses y/o salud de los niños. Por tal motivo estimo que se debe definir el concepto de salud y destacar la importancia de la vacunación.

1.3 Derecho a la Salud y Vacunación

1.3.1. Derecho a la Salud

En primer término, debemos definir que es la Salud, ya que es lo que buscamos proteger con las vacunas y por lo cual admitiríamos que el estado pueda vacunar compulsivamente a los niños que no posean sus carnets de vacunación completo. Luego se explicará en que consisten las vacunas y cuál es su marco legal.

Según el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud¹¹ (en adelante OMS), adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional en 1946: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. En el mismo documento se asegura que “La salud de todos los pueblos (...) depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados (...) y una cooperación activa por parte del público (...) para el mejoramiento de la salud del pueblo.” La OMS también afirma que el derecho a la salud incluye el acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente.

La OMS afirma que el derecho a la salud abarca libertades y derechos. Entre las *libertades* se incluye el derecho de las personas de controlar su salud y su cuerpo (por ejemplo, derechos sexuales y reproductivos) sin injerencias (por ejemplo, torturas y tratamientos y experimentos médicos no consensuados).

Los *derechos* incluyen el derecho de acceso a un sistema de protección de la salud que ofrezca a todas las personas las mismas oportunidades de disfrutar del grado máximo de salud que se pueda alcanzar.¹²

La Constitución Nacional de 1853-1860 no contenía normas sobre derechos sociales, y tampoco normas relacionadas con el derecho a la salud. Miguel Alberto Piedecabras nos plantea que en la Constitución Nacional no está consagrado expresamente el derecho a la vida y a la salud, aunque si se ha construido doctrinaria y jurisprudencialmente en base a los arts. 19 y 33¹³ CN. Asimismo, se encuentra consagrado en la mayoría de las Constituciones Provinciales. (Piedecabras, 2014).

¹¹ Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/suggestions/faq/es/> recuperado: 19/04/18

¹² Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>. Recuperado 01/06/2018

¹³ **Artículo 33.-** Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Entre las constituciones provinciales que poseen cláusulas sobre el derecho a la salud se pueden mencionar: Buenos Aires (art. 36); Ciudad Autónoma de Buenos Aires –CABA– (art. 20); Catamarca (art. 64); Córdoba (arts. 51 y 59); Chaco (art. 36); Chubut (art. 18, 2.); Entre Ríos (art. 19); Formosa (art. 80); Jujuy (art. 21); La Rioja (art. 57); Neuquén (art. 134); Río Negro (art. 59); Salta (art. 41); San Juan (art. 61); San Luis (art. 57); Santa Fe (art. 19); Santiago del Estero (arts. 16 y 21) y Tucumán (art. 146). La Corte sostuvo en el fallo “Asociación Benghalensis”, donde confirma que el Estado Nacional está obligado a proteger la salud pública, y que las provincias son parte integrante del sistema y resultan indispensables para una eficiente implementación de la normativa vigente.¹⁴

Con respecto a la evolución del Derecho a la Salud en la Constitución Nacional, Armando Canosa nos expone:

(En) la Constitución Nacional de 1853-1860(...) este derecho no fue incluido de manera expresa, considerándose que se encontraba implícitamente reconocido a través de lo normado en el artículo 33 que contiene los denominados derechos no enumerados. La reforma constitucional de 1994 nos brinda otra cobertura a la protección del derecho a la salud con la inclusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de acuerdo a lo normado en la nueva redacción del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna. (Canosa, 2017, <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/12>)¹⁵

El derecho a la salud es un derecho de reingambre constitucional, si bien no se encuentra expresamente en un artículo, (sólo se menciona el derecho a la salud en el artículo 42 de la CN ¹⁶) si está dispuesto en los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Las vacunas son un pilar importante de la medicina preventiva, no sólo protegen a la persona que se aplica las mismas sino a terceros que se ven beneficiados ya que al mayor porcentaje de población vacunada es más efectivo el regimen de vacunación.

¹⁴ Derecho a la Salud: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/135>. Recuperado 19/04/18

¹⁵ Derecho constitucional y Salud: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/12>

¹⁶ Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

1.3.2 Vacunación

“A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...”¹⁷

Una vacuna es un preparado que contiene un agente infeccioso o parte de él, inactivado o debilitado, y que, inoculado en el paciente, es capaz de producir en este una respuesta inmunológica. Mediante este procedimiento, el organismo adquiere una “memoria inmunológica” que le permitirá responder ante un eventual contacto del receptor con el agente infeccioso contra el cual ha sido inmunizado.¹⁸

Según un artículo publicado en la revista de la Universidad Nacional de Córdoba, la historia de la vacunación se remonta a la antigua China e India donde ya en el siglo XI se practicaba la “variolización”. Sin embargo, este procedimiento no estaba exento de riesgos y aproximadamente el 3% de las personas morían tras la variolización.¹⁹

La variolización consistía en la inoculación del pus de la viruela en individuos sanos para provocar la enfermedad en forma atenuada y así inmunizar al paciente. En 1766, Edward Jenner, de forma experimental, inmunizó con linfas de viruela de vacas (de allí surge el nombre vacunas) en James Phipps, quien en un principio se sintió terriblemente mal pero luego se recuperó de la enfermedad que adolecía. Luego inyectó al mismo niño con material de una llaga fresca de viruela humana y James se mantuvo sano, siendo este el primer experimento concreto de vacunación.

En Francia a mediados de siglo XIX morían cientos de personas a causa de la rabia, luego de largos sufrimientos. Por tal motivo, los mismos ciudadanos franceses ante el miedo de ser contagiados asesinaban a las personas que mostraban los primeros síntomas de la enfermedad.

¹⁷ Organización Mundial de la Salud.

http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44210/9789243563862_spa.pdf;jsessionid=499104C0C9F69617CEF61D34B4E190B5?sequence=1. Recuperado 29/05/2018

¹⁸ <https://buenavibra.es/movida-sana/salud/la-vacunacion-no-es-opinable-es-una-obligacion-y-una-responsabilidad-social/>. Recuperado: 3/04/18

¹⁹ <http://www.euskonews.com/0550zbnk/gaia55001es.html> Recuperado 29/05/2018

Los españoles al llegar a América también trajeron consigo las enfermedades europeas. Una de ellas fue la viruela, que pronto se convirtió en una de las principales causas de muerte de los nativos. Pronto se convirtió en una epidemia y a lo largo de la historia fue una de las enfermedades más mortales. Actualmente se encuentra erradicada gracias a la vacunación.²⁰

Luis Pasteur fue el encargado, luego de varios estudios en animales, de derrotar la rabia gracias a la inoculación del virus a José Meister. Las enfermedades infectocontagiosas han disminuido y prácticamente han sido erradicadas gracias a la vacunación contra las mismas.

La palabra inmunidad proviene del latín *immunis* que significa estar protegido, y se entiende como la capacidad del organismo para hacer frente a la entrada de microorganismos que puedan enfermarnos. Esta inmunidad puede adquirirse a través de la infección natural o de la inmunización. La inmunización consiste en la inducción y producción de una respuesta inmune específicamente protectora en un individuo sano como consecuencia de la administración de una vacuna.

Es importante recalcar que en la Argentina no se requiere el consentimiento informado de los padres para vacunar ya que las mismas son obligatorias. Según registros públicos del Programa Nacional de Inmunizaciones del Ministerio de Salud de la Nación, Argentina logró erradicar el sarampión desde 2000, el síndrome de rubeola congénita y la rubeola desde 2009, la difteria desde 2006 y el tétanos neonatal desde 2007. Además, eliminó el trasplante de hígado por causa de virus de Hepatitis A, se redujo en un 50 por ciento la internación por neumonía desde 2012, y un 82 por ciento la letalidad por tos convulsa en neonatos. A esto se suma la total erradicación de la poliomielitis y la viruela en su momento²¹.

Si bien se declaró la erradicación del sarampión en 2016, luego de una política de vacunación obligatoria, al ser esta enfermedad sumamente contagiosa y aún vigente en

²⁰ Historia de la viruela: <https://www.historyofvaccines.org/es/contenido/articulos/historia-de-la-viruela>
Recuperado: 21/04/18

²¹ <http://redbioetica.com.ar/vacunas-derecho-individual-responsabilidad-social/> Recuperado: 10/04/2018

otras partes del mundo hay riesgos de brotes. Esto puede suceder ya que pueden ingresar al país turistas o extranjeros que posean el virus, o habitantes del país pueden contagiarse en el extranjero en países en donde la vacunación contra esta enfermedad no sea obligatoria.

La vacuna que previene el sarampión es la triple viral, que se encuentra dentro del calendario obligatorio de vacunación y debe ser aplicada al año y se refuerza a los seis años. “Esta vacuna tiene una falla de 10% para la primera dosis y de 5% para la segunda, por lo que existe un porcentaje de la población vacunada que puede no tener inmunidad”.²²

Por tal motivo, es que se fundamenta la vacunación de toda la sociedad, ya que no siempre las vacunas son efectivas en el 100% de la población. Las vacunas que hoy son obligatorias antes de la ley no lo fueron por lo que hay un porcentaje grande de la población que no se encuentra inmunizada, y pone de relieve que la vacunación es un beneficio de la sociedad y no solamente de la persona vacunada.

CALENDARIO NACIONAL DE VACUNACIÓN

El Estado Nacional garantiza **VACUNAS GRATUITAS** en centros de salud y hospitales públicos de todo el país

Edad	Vacunas		BCG (1)	Hepatitis B HB (2)	Neumococo Conjugada (3)	Quintuple Pentavalente DTP-HB-Hib (4)	Polio (5)		Rotavirus (7)	Meningococo (8)	Gripe (9)	Hepatitis A HA (10)	Triple Viral SRP (11)	Varicela (12)	Cuádruple o Quintuple Pentavalente DTP-Hib (13)	Triple Bacteriana Celular DTP (14)	Triple Bacteriana Acelular dTpa (15)	Virus Papiloma Humano VPH (16)	Doble Bacteriana dT (17)	Doble Viral SRP (18)	EXCLUSIVO ZONAS DE RIESGO	
	única dosis (A)	dosis neonatal (B)					IPV (5)	OPV (6)													Fiebre Amarella FA (19)	Fiebre Hemorrágica Argentina FHA (20)
Recién nacido																						
2 meses					1ª dosis	1ª dosis	1ª dosis		1ª dosis (D)													
3 meses										1ª dosis												
4 meses					2ª dosis	2ª dosis	2ª dosis			2ª dosis (E)												
5 meses																						
6 meses								3ª dosis		3ª dosis												
12 meses					refuerzo							única dosis	1ª dosis									
15 meses																						
15-18 meses								1ª refuerzo							1ª refuerzo							
18 meses																					1ª dosis (I)	
24 meses																						
5-6 años (ingreso escolar)								2ª refuerzo				2ª dosis			2ª refuerzo							refuerzo (M)
11 años										única dosis							refuerzo					refuerzo (N)
A partir de los 15 años												iniciar o completar esquema (J)										única dosis (N)
Adultos											una dosis (G)								refuerzo cada 10 años			iniciar o completar esquema (I)
Embarazadas															una dosis (J)							iniciar o completar esquema (I)
Puerperio																						iniciar o completar esquema (I)
Personal de salud															una dosis (K)							iniciar o completar esquema (I)

(1) BCG: Tuberculosis (Forma Invasiva)
 (2) HB: Hepatitis B
 (3) Pneumia de Meningitis, Neumococo y Sepsis por Neumococo.
 (4) DTP-HB-Hib (Pentavalente) Difteria, Tetanos, Tos Convulsa, Hep B, Hemofilia B
 (5) IPV (Cada) Poliovirus inactivado.
 (6) OPV (Cada) Poliovirus oral.
 (7) Rotavirus.
 (8) Meningococo
 (9) Antigripal
 (10) HA: Hepatitis A
 (11) SRP (Triple viral) Sarampión, Rubéola, Paperas.
 (12) Varicela
 (13) DTP-Hib (Quadruple) Difteria, Tetanos, Tos Convulsa, Hemofilia B.
 (14) DTP (Triple Bacteriana Celular) Difteria, Tetanos, Tos Convulsa.
 (15) dTpa (Triple Bacteriana Acelular) Difteria, Tetanos, Tos Convulsa.
 (16) VPH: Virus Papiloma Humano.
 (17) dT (Doble Bacteriana) Difteria, Tetanos.
 (18) SR (Doble Viral) Sarampión, Rubéola.
 (19) FA (Fiebre Amarella)
 (20) FHA (Fiebre Hemorrágica Argentina)

(A) Antes de egresar de la maternidad.
 (B) En las primeras 12 horas de vida.
 (C) Vacunación Universal. Si no hubiera ocurrido el esquema completo, deberá completarlo.
 En caso de tener que iniciar aplicar 1ª dosis, 2ª dosis al mes de la primera y 3ª dosis a los seis meses de la primera.
 (D) La 1ª dosis debe administrarse antes de los cuatro meses y seis días a tres meses y media.
 (E) La 2ª dosis debe administrarse antes de los veinticinco meses o los seis meses de vida.
 (F) Debe iniciarse en la primer vacunación. 2 dosis de la vacuna separadas al menos por cuatro semanas.
 (G) En cada embarazo deberá recibir la vacuna antigripal en cualquier trimestre de la gestación.
 (H) Papapan debe recibir vacuna antigripal si no lo hubiera recibido durante el embarazo, antes del egreso de la maternidad y hasta un máximo de diez días después del parto.
 (I) Si no hubiera recibido dos dosis de triple viral o una dosis de triple viral + 1 dosis de doble viral, después del día de vida para los menores mayores de 15 años.
 (J) Aplicar dTpa en un caso embarazo independientemente del tiempo desde la dosis previa. Aplicar a partir de la semana 22 de gestación.
 (K) Personal de salud que trabaja menores de 12 meses. Revacunar cada 5 años.
 (L) Residentes en zona de riesgo.
 (M) Residentes en zona de riesgo única refuerzo o los diez años de la primera dosis.
 (N) Residentes o trabajadores con riesgo ocupacional en zona de riesgo y que no hayan ocurrido anteriormente la vacuna.
 (O) 2 dosis separadas por intervalo mínimo de 6 meses.

Para más información:
 0-800-222-1002 salud.gov.ar



²² <https://www.infobae.com/salud/2018/03/21/toda-la-region-esta-en-alerta-por-brotes-de-sarampion-y-advierten-sobre-el-riesgo-de-reintroduccion-en-el-pais/>

El Estado es quien tiene el deber controlar y garantizar la salud de la población. Debe implementar de una política de control de las enfermedades prevenibles por vacunación, gratuidad de las vacunas para lograr equidad social. Las vacunas son obligatorias para todos los habitantes que se encuentren comprendidos en el calendario de vacunación. Esta obligatoriedad se ve reflejada en el artículo 18 de la ley 22.909.

1.4 Artículo 18 de la ley 22.909.

La Ley 22.909 es una ley sancionada en septiembre del año 1983. Ese mismo año el pueblo argentino votaba, luego de siete años de dictadura (eligiendo como presidente de la Nación a Raúl Alfonsín). Por tal motivo, esta ley no tuvo el tratamiento bicameral que poseen las leyes en época de democracia ya que la misma fue dictada en un período de facto.

El artículo 5to²³ del Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional confería al presidente de facto la posibilidad de dictar leyes. El proyecto era sometido a consideración del presidente, quien decidía si lo aprobaba o no. De hecho, la ley en cuestión fue firmada por Reynaldo Bignone -presidente de facto-, Llamil Reston – Ministro del Interior-, Lucas Jaime Lennon- Ministro de Justicia-, Horacio Rodriguez Castells - Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente – y Cayetano Antonio Licciardo- Ministro de Educación-.

La nota²⁴ enviada al poder ejecutivo que acompañaba el proyecto de ley 22.909, informaba que cada afectación poseía una modalidad distinta de tratamiento, aunque

²³ Art. 5º- Las facultades legislativas que la Constitución nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, serán ejercidas por el presidente de la Nación, con excepción de aquellas previstas en los artículos 45º, 51º y 52º y en los incisos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 del artículo 67º. Una Comisión de Asesoramiento Legislativo intervendrá en la formación y sanción de las leyes, conforme al procedimiento que se establezca.

²⁴ Buenos Aires, 9 de setiembre de 1983.

Excmo. Señor Presidente de la Nación:

Tenemos el honor de someter a consideración del excmo. Señor Presidente el proyecto de ley que se acompaña, por el que se establece un régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio a fin de consolidar el más adecuado nivel de protección de la salud de todos los habitantes del país.

En este campo, la legislación sanitaria nacional se compone de una serie de disposiciones cada una de ellas relativa a una afección en particular, con diferente modalidad, bien que con análogo propósito, en un marco territorial de aplicación extendida a toda la República.

Así, el dec.-ley 15.039/44 (ratificado por la ley 12.912) referido a vacunación antitifoídica; la ley 12.670 a vacunación antidiftérica; las leyes 13.218 y 14.022 a la vacunación contra la fiebre amarilla; la ley 14.837,

a la vacunación antituberculosa; las leyes 15.010 y 19.218, a vacunación antipoliomielítica y la ley 19.968 a vacunación antisarampionosa, han proporcionado elementos importantes para la cobertura de la población, determinando la realización de programas de inmunización que se llevan regularmente a cabo en el país, así como de campañas especiales cuando la situación epidemiológica lo requiere.

La vigencia de las mencionadas normas legales ha proporcionado una rica experiencia sectorial de la que resulta, entre otros aspectos, la evidencia de que coexisten como relación constante entre sus respectivos textos, dos planos bien individualizados. Uno, inherente a determinada enfermedad, cuya agresión se pretende neutralizar mediante la vacunación específica que, por serlo impone particularidades que singularizan la acción a desarrollar. Otro, común en todos los casos, caracteriza los aspectos sustantivos desde el punto de vista sectorial y está enderezado a destacar las atribuciones y deberes de las autoridades sanitarias por un lado y de los individuos por el otro, especialmente en cuanto atañe a la responsabilidad social de cada uno en materia de enfermedades transmisibles.

La acelerada evolución del conocimiento científico contemporáneo hace previsible un considerable refuerzo del arsenal de que actualmente se dispone para actuar contra esas enfermedades, mediante la incorporación de nuevas vacunas.

En tal probable supuesto la modalidad de sancionar una ley para cada caso acentuaría los inconvenientes que ya se advierten y que no favorecen la estructuración de un sistema global de vacunaciones en el país.

En función de todo ello se elaboró el proyecto que ahora se eleva a la consideración del excmo. señor Presidente, con carácter de norma general para la vacunación de los habitantes de la República contra las enfermedades que determine la autoridad sanitaria nacional de acuerdo al panorama epidemiológico de todo o parte del país y según lo permita la progresiva evolución del conocimiento científico en la materia.

El proyecto cuida de propender a la participación activa de todas las jurisdicciones del país en el logro de los fines perseguidos mediante la formulación y ejecución de los programas que en cada caso sea necesario llevar a cabo. Dada la índole de la materia, la compatibilización técnica y la coordinación operativa constituyen requisitos indispensables para el éxito y la pertinente responsabilidad ha sido atribuida a la autoridad sanitaria nacional, la que --por otra parte-- deberá concertar acuerdos con aquellas jurisdicciones que soliciten su colaboración, a fin de proporcionarles asesoramiento técnico o recursos para el mejor cumplimiento de la finalidad del proyecto que, en otro orden de cosas, establece que sólo podrán utilizarse vacunas aprobadas por dicha autoridad con observancia de las normas legales en vigencia sobre elaboración, importación y comercialización de drogas y medicamentos de uso humano.

El registro actualizado de las vacunaciones, cualquiera sea su naturaleza, que se lleven a cabo en cada jurisdicción, y el intercambio de la pertinente información para el contralor epidemiológico nacional es otro de los aspectos fundamentales previstos en el proyecto.

La importancia de una constante educación sanitaria y la difusión de los datos concernientes a las acciones a llevar a cabo según cada programa o campaña de inmunización ha sido también considerada en el proyecto, estableciéndose al respecto la obligación de las autoridades sanitarias de todo el país.

La gratuidad de las vacunas y de los actos de vacunación que lleven a cabo las dependencias oficiales queda también establecida en la ley proyectada.

La aplicación de vacunas no se limita a dichas dependencias oficiales facultándose al efecto a obras sociales y entidades de bien público, las que podrán llevarla a cabo de acuerdo a los convenios que a tal fin las autoridades sanitarias consideren oportuno celebrar.

También se estima permisible la vacunación en farmacias y establecimientos asistenciales privados autorizados al efecto mediante prescripción médica.

El proyecto establece también la obligación por parte de todos los habitantes de la República, de someterse a la vacunación contra las enfermedades que se especifiquen por imperio de sus normas y se determinan las sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

Finalmente, se contempla también la posibilidad de emergencia epidemiológica, circunstancia ante la cual queda determinada la obligatoriedad de la colaboración que los organismos oficiales, las entidades privadas y las personas de existencia visible deben prestar a las autoridades sanitarias que la soliciten.

En suma, el proyecto ha contemplado todos los aspectos sustantivos y generales contenidos en la legislación vigente y aquellos otros que provienen de la experiencia resultante de su aplicación, con el fin de proporcionar un cuerpo normativo cuyas disposiciones representan un avance significativo para la actividad sectorial.

Por lo expuesto confiamos en que el mencionado documento ha de merecer la aprobación del Excmo. Señor Presidente.

Dios guarde a V. E. Horacio M. Rodríguez Castells; Cayetano A. Licciardo; Lucas J. Lennon; Llamil Reston.

todas tendían al mismo propósito, por tal motivo consideraba que era conveniente unir las diferentes normas relacionadas a la vacunación y dictar una que sea general y con alcance nacional. Además, establece la obligatoriedad de la vacunación para todos los habitantes de la República y que en caso de incumplimiento será la ley la que determine cuál será la sanción.

El artículo que establece la obligatoriedad de la vacunación es el 11, y el mismo dice: Artículo 11 — “Las vacunaciones a que se refiere esta ley son obligatorias para todos los habitantes del país, los que deben someterse a las mismas de acuerdo a lo que determine la autoridad sanitaria nacional con respecto a cada una de ellas.

Los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables, con respecto a las personas a su cargo, del cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior.”²⁵

Asimismo, es el artículo 18 el encargado de esclarecer cual es la consecuencia en caso de falta de vacunación. El mismo indica: Art. 18 — “La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados por el artículo 11 determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva.”²⁶

Se advierte que el art. 18 no tiene en cuenta las intenciones de los padres sino el interés del niño o de la comunidad. Ya que lo que debe tenerse presente es que para que la vacunación funcione debe haber un alto porcentaje de vacunados. Es importante que la vacunación sea de grupo, colectiva o de rebaño (*herd immunity*), porque los sujetos vacunados proveen protección indirecta a aquellos que no lo están, pero para que esta regla se cumpla el porcentaje de vacunación debe ser alto.

En Argentina la vacunación es obligatoria y la justicia falla en ese sentido, sin embargo, las resoluciones tardan en llegar. González Ayala analiza un caso en La Plata, provincia de Buenos Aires, en el que uno de los padres se negaba a vacunar a su hijo. Por tal motivo

²⁵ Ley N°22.909, 1983, art. 11.

²⁶ Ley N°22.909, 1983, art. 18.

se realizó una denuncia. Recién a los siete años el niño comenzó a recibir las vacunas.²⁷ Este niño estuvo durante 7 años expuesto a enfermedades que poseen inmunización, y no solo pudo haberse enfermado él, sino que también pudo haber puesto en peligro al resto de sus compañeros al ser posible portador de enfermedades contagiosas.

La autonomía de la voluntad, tal como se formuló anteriormente, está relacionada con el concepto de libertad. Pero esta libertad no es ilimitada, ni sirve como argumento para abusar de los derechos que poseemos como individuos ni como componentes de una sociedad. En el capítulo 2 se analizarán las limitaciones a la autonomía de la voluntad relacionadas con el tema del trabajo final de graduación.

Conclusiones parciales:

En el capítulo I queda planteado el problema de investigación, ya que se establece el conflicto notorio de dos valores jurídicos muy importantes, como ser la autonomía de la voluntad por un lado y la obligatoriedad de una norma impuesta por el Estado para cuidar la salud de la población.

La autonomía de la voluntad es inherente a la libertad que nos permite la realización de proyectos ya sean éstos de índole profesional, forma de vida o contractual. La defensa de la autonomía impone la decisión de limitar las inferencias de terceros o del Estado en las decisiones personales y tiene como finalidad última la dignidad de la persona.

En el ámbito sanitario, se protegen derechos vitales de la persona (vida, salud, dignidad, etc.), pero muchas veces la protección de esos derechos trae aparejado la vulneración de otros derechos como ser la autonomía de la voluntad. Se debe resaltar que la vacunación no sólo repercute en el individuo que la recibe, sino que también incide directamente en el resto de la población, afectando de esta manera la salud pública.

Sin embargo, no podemos perder de vista que el Estado al impulsar normas de bien común pretende cuidar a la sociedad, y estas normas deben ser acatadas, ya que de no hacerlo perjudicamos a terceros. Por tal motivo, impone normas que no pueden ser evitadas.

²⁷ Cuestionamientos y polémica alrededor de los padres que no vacunan a sus hijos. <https://www.eldia.com/nota/2015-2-14-cuestionamientos-y-polemica-alrededor-de-los-padres-que-no-vacunan-a-sus-hijos>

Muchos de los grupos antivacunas consideran que no es necesario inmunizar a sus hijos porque el resto de los niños ya lo están. Esta conclusión no es correcta ya que para que el efecto rebaño funcione debe haber un porcentaje muy alto de vacunación en la sociedad.

Capítulo 2. Límites a la autonomía de la voluntad

2.1 Límites a la autonomía de la voluntad.

El principio de autonomía de la voluntad no es absoluto, ya que se encuentra limitado por el orden público, por la moral y las buenas costumbres. Además, a medida que pasan los años las restricciones han ido aumentando debido a la amplitud y a la especialización del derecho. Las leyes imperativas, es decir aquellas que son de cumplimiento obligatorio imponiéndose a los particulares sin que estos puedan modificarlas, también limitan la autonomía de la voluntad.

Estos son necesarios ya que vivimos en sociedad, y se debe priorizar la convivencia de los individuos que la conforman. Estos límites logran prevenir el conflicto entre las normas individuales y el mundo social.

Hay quienes sostienen que muchas de las regulaciones (como por ejemplo la ley de vacunación obligatoria) son violatorias del principio de autonomía de la voluntad porque se inmiscuyen en ciertas decisiones que pertenecen al fuero íntimo de los individuos. La autonomía de la voluntad legitima a los adultos a elegir el método de salud que desean seguir, pero en este caso no sólo se vulnera el derecho del niño a la salud, sino que la medicina preventiva abarca a otros adultos que conviven con las personas no vacunadas.

El derecho tiene una finalidad de bien común, que es el bien de la sociedad en su conjunto, no de los individuos en particular, sino de la sumatoria de los mismos. Respetando los valores y la cultura y la libertad que poseen. Roberto Dromi define el bien común de manera superlativa cuando explica la diferencia entre bien común e individual.

El bien del Estado mismo. Debe distinguirse que el bien común no es la simple colección o agregado de los bienes particulares. La diferencia que hay entre individual y común no es cuantitativa sino esencial. La Sociedad política no es una mera suma de individuos; por ello su fin, que es el bien común, tampoco es la colección de esos bienes individuales y se aparta de todos los mitos totalitarios (la raza, la sangre, el proletariado, el partido, el hombre nuevo socialista). El hombre se congrega en sociedad no para el logro del bien de uno solo, con exclusión de los demás, sino para el bien de todos y cada uno de los socios o miembros; es en ese sentido un bien comunitario general. El bien común es el fin que centra la vida de la comunidad política, anima la actividad de su gobierno y da sentido a la ley como instrumento de la acción del poder y del orden político. (Dromi, Roberto, 1983, p. 24)

Pero esa libertad de los particulares no es absoluta y se encuentra limitada cuando entra en conflicto con el orden público, que no podrá quedar postergado en alguna medida por la decisión de los individuos.

2.2- Orden público. Definición.

Si bien es uno de los conceptos más utilizados en la literatura jurídica es una noción muy difícil de definir. Esto sucede ya que la definición de orden público es variable porque se encuentra relacionado con las ideas predominantes en la sociedad. Contiene un conjunto de principios variables, vinculados con el bienestar general y la defensa y conservación de la sociedad. En tal sentido nos explica Llambías que se “denomina "orden público" al conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida.” (Llambías, Jorge Joaquín, p. 158).

Con la expresión orden público nos referimos a una clase de disposiciones que son sumamente importantes para la población, ya que sobre éstas es que está fundamentada la cultura de un país. Son los valores que queremos proteger. Las cuestiones de orden público responden a un interés general, colectivo. Limita la autonomía de la voluntad y establece cuales son los derechos irrenunciables ya que tienen como objetivo el interés general.

Llambías comenta en su libro que le es muy difícil definir orden público, y que el mismo se encuentra íntimamente relacionado con la cultura y los valores preponderantes de la sociedad.

Se trata de una noción fluida y relativamente imprecisa en cuanto a su contenido concreto, por una exigencia de su misma naturaleza. Si se trata como hemos dicho de los principios que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social, se comprende que no sea dable formular una definición precisa que sirva para revelar lo característico de cada ordenamiento jurídico que puede estar estructurado, y de hecho lo está, conforme a valoraciones en ciertos aspectos diferentes y hasta opuestas. Así en las sociedades cristianas la familia se basa en el matrimonio indisoluble, o por lo menos único, en tanto que en las sociedades musulmanas la familia no tiene base monogámica: se comprende así que el matrimonio indisoluble o monogámico constituya un principio de orden público en aquellas sociedades y en cambio la poligamia tenga ese carácter en estas últimas. (Llambías, Jorge Joaquín, p. 158).

Carlos Cifuentes entiende que el orden público se encuentra relacionado con los intereses predominantes de la sociedad en un tiempo determinado, ya que los mismos varían de un tiempo al otro y lo que en un período histórico nos podía parecer importante, con el pasar de los años ya no lo es. Las costumbres y los valores de la sociedad se modifican y con ellos la protección de los valores que tenemos por parte del derecho también lo hacen:

Otra teoría es la que relaciona el orden público con los intereses generales o de toda la colectividad, en tanto y en cuanto se considere a un país determinado en un tiempo dado. Lo que en ciertas épocas de la historia encarnó como aspectos generales superiores y que interesaban por ello a toda la comunidad, en otras dejaron de tener esa trascendencia y se identificaron con los intereses particulares. La evolución y los cambios en hábitos o costumbres han modificado, según las épocas y los hogares, el sentido de lo que se entendía como sujeto a un interés general y que se imponía sobre la voluntad de las personas. (Cifuentes, Carlos, p. 13).

El concepto de orden público y de cuáles son las leyes que se encuentran comprendidas en él es de suma importancia ya que nos ayuda a entender la obligación de la vacunación en la Argentina. Además, comprendemos por qué el incumplimiento de la normativa trae aparejada una consecuencia es tan drástica como ser la vacunación compulsiva.

El código Civil y Comercial de la República Argentina menciona el orden público en su artículo 12.²⁸ Este artículo puede ser dividido en dos ya que establece dos conceptos distintos pero relacionados. En el primer párrafo determina al orden público como límite a la autonomía de la voluntad, mientras que en el segundo establece la noción de acto otorgado en fraude a la ley y sus efectos.

²⁸ ARTICULO 12.- “Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.”

Hay que tener en cuenta que el artículo 12 del Código Civil y Comercial no sólo tiene como objetivo la limitación de la autonomía de la voluntad privada en beneficio de la sociedad, sino que también protege a la parte más débil en una relación contractual.

Las leyes se dividen en leyes imperativas y leyes supletorias. Las primeras son aquellas que están identificadas con el orden público, es decir aquellas que tienen un contenido del que los individuos no pueden prescindir. Su cumplimiento es obligatorio más allá de la voluntad de las personas que se encuentren comprendidas en dicha norma. La ley de vacunación obligatoria se encuentra dentro de esta categoría. Las leyes de orden público son conocidas como *ius cogens*.

Por otro lado, encontramos las leyes supletorias o permisivas, que son aquellas que velan por los intereses particulares y son renunciables en las convenciones que los particulares realizan. Por ejemplo, el lugar de pago de las obligaciones. Estas leyes son conocidas como *ius dispositivum*.

Las leyes de orden público son leyes imperativas y no supletorias. Es decir que derogan toda convención de los particulares. No pueden oponerse ni invocarse respecto de ellas la autonomía de la voluntad. El orden público no es un concepto estático sino valorativo. En cada caso, el juez debe decidir si se halla interesado el orden público, para dotar así de validez a las convenciones de los particulares. (Catenacci, 2006 p. 311)

Otro de los límites a la autonomía de la voluntad es el interés superior del niño, que protege a los menores ya sea a través de los tratados internacionales a los cuales la Argentina ha adherido y otorgado jerarquía constitucional, como así también a través de distintas leyes nacionales.

2.3 –Interés superior del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 y que a partir de la reforma constitucional de 1994 posee jerarquía constitucional, reconoce a los niños como sujetos de derecho. Es a través de esta convención que el principio del interés superior del niño fue incorporado al ordenamiento nacional. Es el Comité de los Derechos del Niño el órgano de expertos encargado de velar por la aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño por sus Estados partes.

Luis Ferreyra Viramonte menciona que este tratado internacional tiene como característica inédita que ha sido ratificada por todos los estados acreditados ante las Naciones Unidas, con la excepción de dos países: Somalia y Estados Unidos. (Ferreyra Viramonte, 2014, p.34)

La Convención posee 54 artículos en los que se protegen los derechos humanos y principalmente los derechos de los niños y adolescentes. Esta convención fue ratificada por la mayoría de los países donde se acuerda que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. El "interés superior del niño" no es un concepto nuevo, ya estaba consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

Es importante definir el término niño, al respecto D'Antonio señala:

Con relación al art. 1ro de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad. (D'Antonio, Daniel H., 2014, p. 25)

El interés superior del niño es un principio constitucional. De este principio deben desprenderse valores que deben regir la vida del ser humano en relación a los niños, niñas y adolescentes. En esta línea de pensamiento se encuentra Bidart Campos, quien es citado por Daniel D'Antonio:

(...) Bidart Campos afirma que el interés superior del niño y el bienestar del menor, como estándar jurídico, y todo el dispositivo de la Convención no son consejos sino pautas obligatorias que tienen que tomar en cuenta los tres poderes del Estado: el Congreso en su legislación y sus políticas sobre la minoridad; los organismos de la administración y los tribunales de justicia". Agrega que "los tratados se ratifican e ingresan al derecho interno de modo directo y automático", constituyendo una obligación interna e internacional, y los tribunales judiciales no se eximen de cumplirla. (D'Antonio, Daniel H., 2014, p. 18).

La Observación general N°14 intitulada "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", dictada por el Comité de los Derechos del Niño nos explica cuál es la importancia del concepto Interés superior del niño." Además, establece que no hay derechos más importantes que otros, sino que todos los derechos que integran la convención tienen una misma finalidad: el interés superior del niño:

“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 “[l]o 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.”²⁹

Asimismo, el Comité (también en la Observación general N°14) recalca que el interés superior del niño es un concepto triple. Por un lado, es un derecho sustantivo ya que el derecho del niño (su interés superior) debe ser una consideración primordial que se evalúe y se tenga en cuenta al haber varios intereses en juego al tomar una decisión sobre un tema específico. En este sentido es una garantía. En el caso de la vacunación compulsiva se tiene en cuenta el interés superior del niño al priorizar la salud de este sobre la autonomía de la voluntad de los padres. Hay dos valores constitucionales que se encuentran en conflicto, pero prevalece el interés superior del niño.

En un segundo aspecto el interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo fundamental: quiere decir que si una disposición jurídica posee más de una interpretación se debe optar por aquella que sea más beneficiosa para el interés superior del niño. Este aspecto también es aplicable al caso en cuestión, la responsabilidad parental y la autonomía de la voluntad establecen que los padres pueden tomar las decisiones que estimen convenientes para llevar a cabo un proyecto de vida que estimen conveniente. Sin embargo, en este caso la salud del niño prevalece sobre cualquier interpretación que pueda hacerse sobre la vacunación obligatoria, más teniendo en cuenta que no solo está en juego la salud del niño que debe vacunarse, sino los demás niños y/o adultos que se encuentren en contacto con aquel.

Desde un tercer aspecto es una norma de procedimiento, esto es así ya que cuando se debe tomar una decisión que afecte a un niño en particular o a un grupo de niños, la decisión que se tome debe ser teniendo explícitamente en cuenta los derechos de

²⁹ Observación general N°14 intitulada “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

los niños. Con respecto a la vacunación obligatoria, como ya se dijo anteriormente, la misma produce efectos no solo en el niño que es vacunado, sino en toda la comunidad, ya sean estos niños o adultos.

En síntesis, el artículo 3³⁰ de la Convención sobre los derechos del Niño dictamina sobreponer el interés de éste a cualquier otra consideración. Esta norma tiene como fin separar el interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos, incluidos los propios padres.

En el Código de Procedimiento de Familia de la provincia de Córdoba, encontramos la importancia de la Convención de los Derechos del niño

La misma identifica al niño como sujeto activo de idénticos derechos humanos que todas las personas, con la peculiar situación de su vida, de su entorno y de sus necesidades. Prevé como eje central que debe orientar todas las resoluciones judiciales en las cuales se encuentren involucrados los niños, su interés superior. (Nora Iloveras et al, 2017)

A nivel regional, el interés superior del niño ha sido analizado en particular en Atala Riffo contra Chile. Allí la Corte Interamericana explicó que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En el mismo sentido, indicó que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.³¹

La autonomía de la voluntad de los padres tiene un límite que es el interés superior del niño. Es por ello por lo que el Estado, a través los jueces, puede cuestionar las decisiones

³⁰ Art. 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. 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.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

³¹ Resumen oficial Corte Interamericana de Derechos Humanos. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf Recuperado 04/06/2018

de los padres que afecten la salud de sus hijos y en el caso concreto puede obligar a los niños a recibir las vacunas establecidas en el calendario obligatorio de manera compulsiva. Esto es así ya que el Estado siempre debe velar por los derechos de los niños.

2.4 – Ley de protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley 26.061.

Hasta hace no muchos años los niños y niñas eran considerados como propiedad privada de los padres, esto trajo aparejado que fueran víctimas de constantes abusos. Eran incorporados al ámbito laboral a temprana edad, muchas veces descuidando su educación, sin posibilidad de decidir sobre su futuro.

Un primer reconocimiento de los derechos del niño fue a través de la Convención Internacional de Derechos del Niño, alcanzando raigambre constitucional en Argentina con la reforma de 1994. Luego a nivel nacional la ley 26061 fue aprobada por el Congreso en 2005, quince años después de la adhesión de Argentina a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Según un artículo del diario La Nación la norma fue aprobada luego de un breve trámite, sin debates ni discursos por la Cámara de Diputados.³² Para la sanción de la ley fue necesario un consenso entre el duhaldismo, la UCR y ARI en la Cámara baja que permitió la sanción definitiva de la norma, redactada en su primera versión por la diputada Hilda González de Duhalde.

La ley 26.061 puede ser calificada como una "reglamentación" de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; es decir que procura regular en el derecho nacional los derechos del niño reconocidos en ese instrumento internacional. En su desarrollo, es la misma ley la que define cuál es su objetivo: "Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte."³³

³² <https://www.lanacion.com.ar/742928-es-ley-la-proteccion-integral-de-la-infancia>. Recuperado 5/04/18

³³ Ley N°26.061, 2005, art. 1.

La ley se divide en varias secciones: desde el artículo 1 al 31 se reglamentan los derechos contenidos en la Convención para los derechos del Niño. Desde el art. 32 en adelante se detalla el Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La ley tiene seis títulos: Título I: disposiciones generales; Título II: Principios Derechos y garantías; Título III: Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; Título IV: Órganos administrativos de protección de derechos; Título V: Financiamiento; Título VI: Disposiciones complementarias.

Esta ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece que los organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles a los niños el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna. (art 15, parte final).³⁴

La ley instituye que se entiende por interés superior del niño en su artículo 3.³⁵ Asimismo, es en el mismo artículo que establece que en caso de “conflicto entre derechos e intereses

³⁴ **ARTICULO 15.** — DERECHO A LA EDUCACION. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente.

Tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia. En el caso de carecer de documentación que acredite su identidad, se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los Organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento. Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente.

Las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica.

Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna

³⁵ **ARTICULO 3º** — INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”

El artículo 14 de esta ley hace referencia expresa al derecho a la salud de los niños y adolescentes:

Artículo 14: Derecho a la salud. “Los Organismos del Estado deben garantizar:

- a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad;
- b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración;
- c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia;
- d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social.

Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.”

La ley 26.061 derogó el instituto del patronato, luego de más de 100 años de vigencia. Los niños son sujetos de derecho a partir de la sanción de esta ley. Esta ley marca una base sobre la que se establecen cuáles son los derechos de los niños reconocidos a nivel nacional, las provincias no pueden reconocer menos derechos de los reconocidos por la ley, pero si pueden ampliar el plexo de derechos y garantías.

En el próximo capítulo se desarrollará la definición de familia y la noción de responsabilidad parental, ya que es importante conocer cual es la finalidad de la última. Asimismo, también se brindará una explicación sobre cuáles son las leyes que deben aplicarse cuando las mismas colisionan y poseen igual jerarquía.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Conclusiones Parciales:

En este capítulo repasamos los límites de la autonomía de la voluntad relacionados con el tema en cuestión. En un primer momento se explicó qué es el orden público, aunque es un concepto muy difícil de definir. Por otro lado, se nombraron las leyes que tienen injerencia en la protección del niño, niña y adolescente a nivel Nacional.

El interés superior del niño se encuentra sobre el resto de las normas. Este principio está reconocido en la Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22. Además, a nivel nacional se encuentra reglamentado por la ley 26.061, y finalmente a nivel local cada provincia dictó su reglamentación concerniente a la temática y a la adhesión a la norma federal.

Se instituye que no hay nada más importante que el interés superior del niño. Los padres que no quieren vacunar a sus hijos porque piensan que es la mejor opción por la forma de vida elegida, por sus creencias, etc.; no tienen en cuenta qué es lo más beneficioso para la salud del niño. Se basan en la autonomía de la voluntad y en su derecho a elegir su forma de vida, pero no se plantean que estas elecciones no sólo pueden ser perjudiciales para el niño, sino que también para terceros. Ya que en estos casos está en juego la salud de los no vacunados y de las personas que estén en contacto con éstos.

Capítulo 3- Responsabilidad Parental.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y la responsabilidad parental tiene como finalidad proteger a los niños, niñas y adolescentes para garantizar su desarrollo y formación integral. La responsabilidad parental implica una serie de derechos y obligaciones que tienen como fin último el interés superior del niño. Aquí pueden entrar en conflicto distintas leyes de igual jerarquía, por lo que se plantea el problema de la aplicabilidad de dos leyes que entran en conflicto.

3.1 Definición de familia

En primer lugar, se debe definir el concepto de familia, el que en los últimos tiempos ha ido modificándose, no sólo en su forma sino también en su contenido. Si bien hay muchas teorías que intenta explicar el concepto de familia, esta se presenta de alguna manera como un ámbito conocido para cada unos de nosotros. Ya no es posible considerar a la familia compuesta de una madre y un padre, ya que puede estar conformada por dos mamás, dos papás, ser una familia ensamblada, o ser monoparental. Se han producido cambios a nivel cultural, social, históricos, políticos, laborales y el rol y la composición de las familias no fueron ajenos a estos cambios. El concepto jurídico de familia es amplio comprendiendo a los padres, sus ascendientes, descendientes, colaterales y también a los parientes por afinidad y por adopción. El rol de los integrantes de la familia también fue mutando, la mujer ya no se queda en su casa a cuidar a los hijos y el hombre no es el único encargado de proveer la alimentación.

Al respecto nos explica Aída Kemelmajer de Carlucci

El Código parte de esta noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico (por ej., lazos que unen a un niño con su progenitora), pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante.³⁶

³⁶ Revista Jurídica La Ley. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf>. Recuperado: 05/06/2018

El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del niño fundamenta la importancia de la familia estableciendo que la misma es un grupo fundamental de la sociedad y un medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños.³⁷

La familia es un sistema cuyos miembros tienen funciones interconectadas e interdependientes, están unidos por lealtades visibles e invisibles y por necesidades y compromisos mutuos; de manera tal que lo que cualquiera de sus integrantes haga o deje de hacer provoca un impacto multidireccional. En la familia intacta ambos progenitores cuidan de los hijos, pero suele ocurrir que cuando los padres se separan, uno es el tenedor de los hijos y tiene una familia incompleta y es doblemente responsable, y el otro, visitante, sin familia, se convierte en un extraño pagador. El régimen de visitas desestabiliza la dinámica interaccional entre padres e hijos, desarticulando la cotidianeidad.³⁸

Siguiendo a Belluscio “No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.” (Belluscio, 2006, p.3)

Significaciones:

- 1- *Familia en sentido amplio*: conjunto de personas con las que existe algún vínculo jurídico familiar, comprende los ascendientes, descendientes y colaterales, además de los denominados parientes por afinidad o políticos.
- 2- *Familia en sentido restringido*: comprende solo el núcleo paterno filial. También es denominado familia conyugal.
- 3- *Familia en sentido intermedio*: es el conjunto de personas que viven bajo un mismo techo, en una misma casa.

Nora Lloveras argumenta que la familia es donde la persona logra la satisfacción de sus necesidades primarias (...) (Orlandi, Olga, 2018, et al p.66). También agrega que la

³⁷ <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Recuperado: 11/06/2018

³⁸ Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2015/09/doctrina-del-dia-el-ejercicio-de-la-responsabilidad-parental-y-la-nocion-de-coparentalidad-autor-myriam-m-cataldi/> Fecha: 10 de abril de 2018

familia no es un sujeto de derechos, sino que es una construcción cultural (...) son los integrantes de las familias los que titularizan los derechos que el sistema jurídico reconoce. (Orlandi, Olga, 2018, et al p.50).

Es importante destacar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación define el parentesco como la relación jurídico familiar que hay entre dos o más personas, derivada de los tres tipos filiales (por naturaleza, por las técnicas de reproducción humana asistida y por adopción), y la afinidad.³⁹

3.2- Definición de Responsabilidad Parental.

Hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la responsabilidad parental era denominada patria potestad. Siguiendo a Mizrahi, este afirma que la patria potestad se ha transformado en responsabilidad parental porque se acabó la familia patriarcal y ya el padre no tiene un “poder” sobre el hijo ni éste absoluta dependencia de aquél. (Mizrahi, Mauricio L., p. 241)

La Responsabilidad parental ha sufrido transformaciones con el paso del tiempo, adecuándose al momento y a la sociedad; y este fenómeno ha sido acompañado por la legislación. Es decir, que el mismo concepto de patria potestad fue mutando hasta convertirse en Responsabilidad Parental porque fue la misma sociedad la que fue mutando. Cambiaron los roles de las personas en la sociedad y dentro de las familias, como tampoco es el mismo el rol de la familia en la sociedad.

Los progenitores tienen responsabilidades diversas en relación con sus hijos, quienes, como ya se dijo anteriormente, ya no son sujetos pasivos sobre los que se ejerce la responsabilidad parental, sino que son sujetos de derechos. Y esos derechos son constitucionales.

El cambio de “padres” por “progenitores”, resulta de la posibilidad que la responsabilidad parental se encuentre en cabeza de personas del mismo sexo que han asumido ese

³⁹ Artículo 529.-Concepto y terminología. Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral

emplazamiento. Asimismo, se observa en esta definición que el eje de la acción de los progenitores implica considerar y tratar al hijo como una persona titular de una serie de derechos que aseguren su mejor desarrollo y los deberes de los progenitores están destinados a cumplir dicho cometido. El paradigma esencial que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño es, pues, reconocer al hijo como un sujeto de derechos. Esto significa que ya no es visto como una figura pasiva sobre la cual se ejerce la acción parental, o sea, como un “objeto” de protección, sino como una persona que participa activamente en su proceso de crianza y educación, naturalmente de acuerdo con cada etapa de su evolución. Se trata de asegurar que la función normativa de los padres se realice en el marco de una interacción entre el adulto y el niño o adolescente, y no como efecto de una acción unilateral basada en la sumisión.⁴⁰

El nuevo Código Civil y Comercial sigue la misma línea que el Código Civil cuando define la responsabilidad parental. La misma, según el nuevo ordenamiento, es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.⁴¹ Es decir que la misma se extiende hasta los 18 años, sin perjuicio de las obligaciones alimentarias que subsisten con posterioridad a que los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad.

Tal como explica el Juez Gabriel Tavip el fin de la responsabilidad parental es ser una institución destinada a la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo. (Orlandi, Olga, 2018, et al p.381). Es decir que la misma debe ser entendida e interpretada como pautas para cualquier interpretación que deba hacerse sobre ella.

El artículo 264 del Código Civil definía la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.⁴² Es decir, el concepto no ha variado notablemente,

⁴⁰ Recuperado: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/09/doctrina-del-dia-el-ejercicio-de-la-responsabilidad-parental-y-la-nocion-de-coparentalidad-autor-myriam-m-cataldi/> Fecha 10/04/2018

⁴¹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N°26.994, 2014, art. 638.

⁴² Código Civil, Ley N°340, 2005, art. 264.

lo que si se ha incorporado en el nuevo articulado es la finalidad de la responsabilidad parental.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se contempló una novedad normativa denominada “delegación del ejercicio de la responsabilidad parental” por parte de los progenitores a un pariente mediante un acuerdo. Este acuerdo debe ser homologado por un juez de familia y posee una duración anual -renovable-.⁴³

La finalidad de la patria potestad es más amplia de lo que nos establece la norma, ya que la misma es la satisfacción de un conjunto de necesidades tanto espirituales, económicas como sociales y sanitarias.

La finalidad de la patria potestad consiste, sin lugar a dudas, en el logro de una culminación plena del desarrollo biológico, psíquico y social del hijo. Para conseguirlo, es menester satisfacer necesidades del menor de índole afectiva, económica, social y cultural, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas, determinadas en la ley civil sólo en su aspecto mínimo y sin excluir otras que evidencien la mencionada finalidad. (D'Antonio, Daniel H., 1994, p.201)

La finalidad de la responsabilidad parental es la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo, mientras que su contenido son los conjuntos de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos. La responsabilidad parental siempre debe ejercerse en beneficio de los hijos, y entre los deberes de los padres se encuentra el de proteger a los niños, cuidarlos, alimentarlos y educarlos.

Desde mi punto de vista dentro del deber global de protegerlos se encierran otros deberes, como por ejemplos cuidar su salud. El vacunarlos, es una forma de hacerlo, no sólo porque sea obligatorio sino porque científicamente está demostrado que el niño vacunado es menos propenso a enfermarse y en caso de hacerlo la enfermedad es más leve.

⁴³ Artículo 643.- Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

3.2.1. Antecedentes Históricos de la Responsabilidad Parental

La autoridad parental tiene sus orígenes en el derecho romano. En ella el padre engendraba para sí un hijo y para el Estado un ciudadano. El padre ejercía sobre su hijo un poder de tal magnitud que le permitía venderlo, excluirlo de la familia y el patrimonio, abandonarlo, etc.

En la misma época, en el pueblo hebreo, el padre ejercía un poder sobre sus hijos que permitía considerarlos como una mercancía más. Al respecto Daniel D'Antonio no dice:

En el pueblo hebreo se evidencia una amplitud de poderes similar a los de la patria potestad romana y se señala que el padre, antes de la aparición de la ley mosaica, era al mismo tiempo magistrado, sacerdote y señor de vida y haciendas de sus hijos, con poder absoluto y omnímodo que se suaviza posteriormente, mediante leyes que limitaron el ajusticiamiento del hijo por el consentimiento requerido a la madre, así como la venta, que en el caso de la hija, solamente se autorizaba si era menor de doce años. (D'Antonio, Daniel, 1994, p.203)

En la Edad Media el niño era un objeto del padre y/o del Estado y la mortalidad infantil era muy elevada. En la Edad Moderna comienzan a surgir en la sociedad algunos cambios hacia los niños y niñas.

Pero con la Revolución Industrial los niños comienzan a trabajar, obligados por sus padres y sin protección legal, en las fábricas lo que llevó a que fueran considerados mercancías. Muchos padres alquilaban o vendían a sus hijos para que estos trabajaran a la par de mayores.

Luego de las guerras mundiales, América recibió mucha inmigración, mayoritariamente de hombres que venían en busca de oportunidades, dejando a su familia en Europa. Pero muchas veces el contacto esperado no se producía por lo que la madre que esperaba en Europa se veía obligada a hacer trabajar a sus hijos o a abandonarlos. Además, muchas veces la inmigración se producía con toda la familia y una vez arribado al país de destino las cosas no eran lo que se esperaba. Por tal motivo los niños fueron prescindibles, quedando desamparados.

Surgió entonces la necesidad de poseer más control y vigilancia sobre los menores. Por tal motivo en 1899 se creó en Estados Unidos el primer tribunal de Menores, con el objetivo de rehabilitar a los mismos. A pesar del funcionamiento del tribunal, los menores seguían siendo considerados objetos.

La evolución fue lenta, debilitándose la autoridad paterna que poseía un poder excesivo, no solo sobre sus hijos sino también sobre todo el grupo familiar. El primer país en cambiar la denominación de patria potestad fue la Unión Soviética, que, en 1918, por el Código de Familia Ruso, comenzó a llamar a esta institución “derechos y deberes respectivo de los hijos y de los padres”.

En nuestro país antes del siglo XIX, durante la conquista española, regían en el Virreinato del Río de la Plata las mismas normas que en España para reglamentar la vida de las familias. Estas normas estaban controladas tanto por la corona como por la iglesia, quienes apoyaban un régimen patriarcal donde el padre tenía poder no sólo sobre sus hijos, sino también sobre la mujer.

En Argentina en el 1919 la patria potestad se convirtió en norma, y tenía como finalidad la protección del menor. La ley 10.903 “Ley de Patronato de Menores” fue impulsada por Luis Agote. En virtud de esta ley⁴⁴ un juez podía intervenir en la vida de cualquier niño o adolescente que hubiese cometido una contravención o un delito, o que se encontrase desamparado por muerte, abandono o pobreza de los padres. Muchas veces el niño era enviado a orfanatos o con los mismos padres que lo habían abandonado en un principio, ya que era el juez quien disponía cual era el futuro de los niños.⁴⁵

Actualmente con la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación la Responsabilidad parental se encuentra definida y desarrollada en el título VII. Es

⁴⁴ Artículo 14. (texto conforme decreto-ley 5286/57) Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del Menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor. A ese efecto no regirán, en los tribunales federales, ordinarios de la Capital y de los territorios nacionales, las disposiciones legales sobre prisión preventiva, la que sólo será decretada cuando el juez lo considere necesario y se cumplirá en un establecimiento del Consejo Nacional del Menor. Podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores, bajo la vigilancia del Consejo Nacional del Menor.

⁴⁵ **Artículo 15.** Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral y en la misma forma establecida en el artículo anterior.

importante destacar que en el mismo capítulo donde se define la responsabilidad parental se explica cuáles son los principios generales por los que se rige la misma.⁴⁶

3.3 Antinomia Jurídica

En todos los ordenamientos existen antinomias, que son normas contradictorias e incompatibles. La palabra antinomia proviene del griego *anti* significa contradicción y *nomos* ley jurídica. Catenacci explica que un ordenamiento jurídico es coherente si ninguna de sus normas se contradice. Esto significa que no hay normas contradictorias o incompatibles. Este principio alude al concepto de coherencia como consistencia, es decir ausencia de contradicción entre las proposiciones (Catenacci, 2006,p. 245) .

Existe antinomia cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho, estableciendo una consecuencia jurídica que es contradictoria u opuesta entre sí. Lo que se requiere para que haya coherencia en el ordenamiento es que las normas contradictorias puedan ser interpretadas de tal manera que desaparezca la contradicción entre ellas.

Las antinomias pueden clasificarse en:

- 1- Total-total: cuando una norma se contradice totalmente con otra. Ejemplo: Prohibido doblar a la derecha y permitido doblar a la derecha.
- 2- Parcial- parcial: cuando dos normas coinciden parcialmente y la antinomia sólo se dá en la parte común. Ejemplo: Se prohíbe doblar a la derecha a autos y camiones y se permite doblar a la derecha a autos y motos. La antinomia se produce solo cuando manejo un auto y quiero doblar a la derecha.
- 3- Total- Parcial: ambas normas tienen el mismo ámbito de validez, pero la validez de la segunda tiene un ámbito de validez más restringido. Ejemplo: “prohibido pasar en luz roja” y “permitido pasar en luz roja a las ambulancias con la sirena prendida”.

⁴⁶ **ARTICULO 639.**- Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
- c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Mecanismos de Resolución de antinomias.

1- Criterio Jerárquico: la norma de grado superior deroga la norma de grado inferior. “*Lex superior derogat inferior*”.

2- Criterio cronológico: si la antinomia se presenta entre normas de igual jerarquía, el principio regulador es que la norma posterior deroga la norma anterior. “*Ley posterior derogat priori.*”

3-Criterio de especialidad: la ley especial prevalece frente a la ley general. “*Lex specialis derogat generali*”. La ley aplicable en una rama del derecho específico se impone sobre la norma general.

En este caso concreto tenemos tres principios del mismo orden jerárquico (todos son principios constitucionales). Se resuelve el conflicto con el criterio de especialidad, porque prevalece el principio que tiene una aplicación más específica en el caso concreto (salud) y limita de esta manera el principio de autonomía de la voluntad. Asimismo, en este caso la Convención sobre los derechos del niño es clara en cuanto a la resolución de conflictos que tenga como eje a los niños, ya que como se trató anteriormente, en el artículo 3 se establece que cada vez que estos se encuentren comprendidos en una decisión se atenderá primordialmente al interés superior del niño.

Conclusiones parciales:

Las decisiones que puedan afectar la salud de los hijos forman parte de la responsabilidad parental, como así también la elección de un plan de vida. Sin embargo, hay decisiones que a pesar de estar en el ámbito íntimo de la familia y pertenecer a el ejercicio de su responsabilidad parental que pueden ser tomadas a través de los tribunales, sustituyendo la voluntad de los padres cuando se considere que el interés superior del niño está siendo vulnerado. La responsabilidad parental, de este modo, se encuentra limitada. Actualmente hay un número de padres que se incrementan y que deciden no vacunar a sus hijos, argumentan que es un derecho de los padres decidir si vacunan o no a sus hijos.

La Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos conforman lo que se denomina bloque de constitucionalidad, siendo la norma básica que condiciona la validez jurídica de las restantes normas. En este caso tenemos tres principios que integran el

bloque de constitucionalidad, enfrentándose dos (salud e interés superior del niño) con la autonomía de la voluntad.

Considero que los padres tienen que tomar sus decisiones siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. La responsabilidad parental no es solo un derecho, también es un deber. Como tal se debe considerar cuál es la opción más beneficiosa para el menor.

Capítulo 4- Jurisprudencia y legislación comparada

En este capítulo se analizará la jurisprudencia que hay respecto a la vacunación compulsiva. Aquí es importante tener en cuenta el inciso c del artículo 706 del Código Civil y Comercial, que establece: “(...) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.” Además, se estudiará la normativa con respecto a la vacunación en otros países.

4.1 Jurisprudencia

N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas.

El caso más resonante a nivel Nacional es N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas. En este caso el conflicto se origina en el año 2009 cuando los padres de una criatura, nacida en el domicilio de los mismos, es llevada al hospital para ser controlada. En ese momento los médicos le informan que deben vacunar al bebé con las vacunas previstas en el Plan de vacunación obligatorio, a lo que los padres se niegan.

La titular de la Asesoría de Incapaces del Departamento Judicial de Mar del Plata promovió una medida de protección de derechos del niño a favor del bebé (V.D). En ella solicitó la internación de la criatura en un hospital público para que sea vacunada conforme el plan de vacunación obligatorio, mediante la fuerza pública.

Fue el mismo Hospital (Dr. Victorio Tetamanti) el que a través de su área de Servicio Social comunicó la negativa de los padres al Ministerio de Salud, interviniendo entonces la Asesoría de Incapaces del departamento Judicial de Mar del Plata. El caso llegó a la Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. La corte local señaló:

“Nuestro país optó por un régimen de prevención de ciertas enfermedades mediante un sistema de inmunización que instituyó la administración de vacunas toda la población, con carácter obligatorio, entendió que ello no colisiona el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse los particulares respecto de las decisiones que atañen su propia salud”

Los padres del menor alegaron que al obligarlos a vacunar a su hijo de manera compulsiva contra sus creencias, el Estado viola el principio de autonomía, negando el plan de vida que habían trazado para su familia. Por tal motivo, deciden apelar y someter la cuestión

a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte en sus considerandos argumentó:

(...) puede concluirse que el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional; por lo tanto se trata de comportamientos decisiones sujetas la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional.”

En el considerando 23 es la Corte la encargada de explicar cuál es el límite a la autonomía de la voluntad en el caso concreto, y expone:

(...) no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para si el modelo de vida familiar (artículo 19 de la Constitución Nacional), sino el límite de aquella, que está dado por la afectación a la salud pública y el interés superior del niño que -en el caso- de acuerdo con la política pública sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas.

Este fue el *leading case* relacionado a la vacunación compulsiva. Fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada que intimaba a los padres de un menor a que acrediten el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de proceder a su vacunación de modo compulsivo.⁴⁷ En este caso el Máximo Tribunal priorizó la afectación de la salud pública y el interés superior del niño. Los padres no dejaron de alegar que el estado violaba el principio de autonomía produciendo un paternalismo compulsivo. El paternalismo, limita la libertad de los individuos en base a los valores que se encuentran impuestos en la sociedad y que benefician a la misma. El principio paternalista implica una restricción a la libertad que puede ser traducida en un mandato, una prohibición o la nulidad de ciertos actos. El paternalismo tiene como finalidad obtener un beneficio para la sociedad o un grupo de personas y debe contradecir la voluntad del individuo al que se le limita su autonomía.

F. S. DE B., Ñ. y R.N. S. DE B. en Situación de Riesgo

Otro caso resonante sobre la materia en cuestión fue resuelto por el tribunal superior de Justicia de Jujuy, que en el caso “F. S. DE B., Ñ. y R.N. S. DE B. en Situación de Riesgo”.⁴⁸

En este caso se puso especial énfasis en la obligación que pesa sobre el Estado, Nacional o Provincial, en su carácter de Garante de la Salud Pública, y los alcances del derecho

⁴⁷ CSJN, 12/06/2012, N. 157. XLVI.

⁴⁸ TSJ de Jujuy, 12/07/2016 Libro de Acuerdos N° 1, F° 50/54, N° 18

constitucional a la salud.

El STJ de Jujuy ratificó el rechazo al reclamo de una madre que no quería vacunar a sus hijos porque prefería utilizar un modelo homeopático. Los jueces señalaron que

(...) corresponde tomar como punto de partida la premisa que el Estado Nacional ha establecido una política de vacunación obligatoria y gratuita en la primera infancia, para combatir las enfermedades prevenibles por ese medio, conforme a lo dispuesto en el referido Art. 11 de la Ley N° 22.909; en la Resolución N° 2162/2012 del Ministerio de Salud de la Nación y demás normas concordantes. En la misma resolución se destaca “que se han actualizado los conocimientos sobre las vacunas en el país ajustadas al máximo nivel de evidencia científica, destacándose las que forman parte del Calendario Nacional de Vacunación, que ha crecido en los últimos años hasta llegar a dieciséis (16) vacunas gratuitas y obligatorias, contribución fundamental para la eliminación de enfermedades como la poliomielitis, el sarampión, la rubéola y el síndrome de rubéola congénito”, para concluir en los considerandos señalando “que en consecuencia resulta imprescindible asegurar la ejecución de las mencionadas Recomendaciones a fin de garantizar la equidad, eficacia y eficiencia en el control de las enfermedades inmunoprevenibles.

Hospital Dr. Pedro Bianchi de Sierra Grande (P.O.D.) s/ medida de protección de derechos, Expte N° 1496/14/J7

En este caso concreto, la madre vacunó a su hijo sólo al momento de su nacimiento, luego declaró que no quería hacerlo más y que su hijo recibía atención médica homeopática. Se niega a vacunar a su pequeño hijo argumentando sus creencias personales, su religión y el hecho de que considera que las políticas de vacunación son un engaño a la población porque constituyen un gran negocio del Estado.

Al respecto la jueza, María Laura Dumpé, que entendió en el expediente expuso:

(...) esta nueva norma parte de la base de considerar al niño como un sujeto en desarrollo y no como un incapaz que debe ser tutelado por sus padres. Esta nueva visión, tiene su raíz en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que forma parte del bloque de constitucionalidad federal y que de ningún modo puede quedar librada a la voluntad de los particulares, siendo el Estado el garante de su respeto, cumplimiento y efectivización.

Asimismo, agrega en el considerando que la vacuna es una materia que está sólo relacionada con el caso concreto, es decir con el niño al que no vacunan, sino que es más amplio y abarca a la sociedad en su conjunto.

(...) el objetivo de la vacunación obligatoria no se limita al individuo que recibe la vacuna. La

cuestión excede el ámbito personal y constituye directamente un tema salud pública ya que uno de los objetivos primordiales es el de reducir o erradicar los contagios en la población. Esta finalidad es la que, según el Tribunal justifica el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para todos los habitantes del país, con fundamento en el interés colectivo que hace al bienestar general.

La jueza le ordenó a la madre ajustarse al calendario de vacunación obligatorio bajo apercibimiento de disponer las medidas compulsivas que sean necesario para ello, en un plazo de 10 días.

4.2 Derecho Comparado

ITALIA

Italia aprobó hace poco tiempo un decreto-ley que obliga a los padres a vacunar a sus hijos, estableciendo sanciones para aquellos que no lo hagan. Son doce vacunas obligatorias para niños recién nacidos hasta 6 años, esta obligatoriedad comienza a regir para los nacidos a partir del año 2017.

Cuando los niños comienzan la primaria, los padres deben pagar una multa (que puede ir entre los 500 a los 7500 euros) en caso de que sus hijos no estén vacunados, pero el incumplimiento del calendario obligatorio de vacunación no impide que los niños comiencen el ciclo lectivo. Solo los niños que posean un justificativo documentado en el que se establezca que las vacunas son un peligro para su salud, podrán ser dispensados de la vacunación.

El decreto especifica que en los casos en los que los niños escolarizados no estén vacunados es la escuela quien debe notificar a los servicios sanitarios, estos se contactarán con los padres quienes tendrán un plazo de tiempo para vacunar a sus hijos. Se intenta con este decreto frenar la epidemia de sarampión que hubo en el país y que es atribuida a los movimientos antivacunas.

Con la adopción de esta norma en Italia, el número de países comunitarios en los que vacunar a los niños es obligatorio es de 14: Bélgica, Bulgaria, República Checa, Croacia, Francia, Grecia, Letonia, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia y Hungría.

Por el contrario, quince son los que no contemplan un calendario de vacunación obligatorio para los niños, entre ellos España, que se basa únicamente en recomendaciones y donde además no existe un único calendario de vacunación, sino que depende de las comunidades autónomas.⁴⁹

España

En España vacunar a los menores no es obligatorio, los padres no deben vacunar a sus hijos, solamente lo harán cuando haya un grave riesgo para la salud pública. El sistema de salud recomienda cuales son las vacunas que protegen la vida de los habitantes del suelo español. En España, los porcentajes de inmunización de los menores se mantienen desde hace más de una década por encima del 90%, esto quiere decir que a pesar de no ser obligatoria la vacunación, los padres vacunan a sus hijos de todas maneras.

La solidaridad es un pilar del sistema español de salud, en el que ni se castiga ni se compensa, como sí hacen otros países. Hernández - director general de Salud Pública hasta 2011- pone como ejemplo uno de sus resultados más reconocidos, el Sistema Nacional de Trasplantes, que ha logrado convertirse en un referente mundial por sus éxitos. Se trata igualmente de un terreno delicado que atañe a cuestiones muy personales y sin embargo se ha conseguido sin palos ni zanahorias, sino con el trabajo de concienciación, haciendo a los todos españoles partícipes de sus logros. Precisamente, en España se alcanzaron los altos niveles de cobertura de vacunación después de que se suprimiera la obligatoriedad en 1986.⁵⁰

Estados Unidos

En Estados Unidos la política de vacunación la lleva adelante cada estado, no es una política federal. Así por ejemplo Nueva York y California tienen un calendario de vacunación obligatorio desde 2015.

⁴⁹ <http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2017/05/20/59208e2be5fdeaf9758b45e4.html>.

Recuperado: 20/04/2018

⁵⁰ https://elpais.com/elpais/2015/06/09/ciencia/1433804635_374514.html

Las leyes estatales en Nueva York y California requieren que todos los niños que van a la guardería, jardín de infancia y de preescolar hasta el grado 12, deben poseer todas las vacunas obligatorias. Además, todo alumno desde los 2 meses hasta los 18 años debe tener pruebas de que recibió una evaluación médica completa en los pasados 12 meses, incluyendo las inmunizaciones.⁵¹

En Puerto Rico se sigue una política parecida, ley número 25 del 25 de septiembre de 1983 del Estado Libre Asociado de Puerto Rico establece que todo personal o administrador de cualquier centro de cuidado, pre-escolar o escolar que acepte un asistente sin evidencia de sus debidas dosis de vacunas según lo establecido por ley estará cometiendo un delito.⁵² La ley provee para ciertas excepciones, como en el caso de infantes inmunodeficientes, ciertas enfermedades o personas con creencias religiosas particulares. Estas excepciones deben ser justificadas y debidamente documentadas para poder ser eximido del proceso de vacunación.

⁵¹ <https://laopinion.com/2015/08/19/las-vacunas-son-obligatorias-para-acudir-a-la-escuela/>

⁵² <https://www.elnuevodia.com/ciencia/ciencia/nota/laleyelderechoavacunar-2130864/> Recuperado: 14/6/2018

Conclusión:

La vacunación es una es una preparación biológica que proporciona inmunidad adquirida activa ante una determinada enfermedad. En Argentina poseemos un calendario de vacunación que impone a los padres el deber de vacunar a sus hijos. Este calendario estipula que las vacunas que se encuentran en él son obligatorias y gratuitas, de este modo todos nos encontramos en las mismas condiciones ante esta norma ineludible. Asimismo, la vacunación es un derecho, ya que la misma proporciona inmunidad frente a enfermedades que de otra manera pueden ser mortales.

Muchos padres se niegan a vacunar a sus hijos porque consideran que estas vacunas son perjudiciales para la salud o no poseen los beneficios que promocionan. Además, consideran que la vacunación obligatoria es violatoria del principio constitucional de autonomía de la voluntad.

Considero que la autonomía de la voluntad no se encuentra violentada por la ley de vacunación obligatoria, ya que este principio, si bien es de jerarquía constitucional, posee limitaciones y entre ellas encontramos el orden público y el interés superior del niño que también poseen jerarquía constitucional.

Los padres poseen libertad en la elección del proyecto familiar, ésta se encuentra dentro de las facultades que poseen con relación a la responsabilidad parental (que también se encuentra limitada). Sin embargo, no son pocos los progenitores que entienden que esta intromisión del Estado no corresponde ya que son ellos quienes tienen la potestad de elegir cómo será el cuidado y la educación que le brindarán a sus hijos, alegan que el paternalismo del Estado es violatorio del principio constitucional de autonomía de la voluntad.

Sin embargo, el menor a quien deben aplicarle las vacunas, es sujeto de derecho y si bien son los padres quienes velan por la salud de sus hijos, es el Estado quien debe brindarle una protección especial a los menores en el caso de que los padres no lo hicieran. Prima el interés superior del niño sobre la responsabilidad parental. Ya que lo verdaderamente importante es el bienestar del menor. El niño es considerado como integrante de las relaciones jurídicas familiares, primando su interés superior.

La negativa a la vacunación de los niños no solo afecta a éstos que se ven más expuestos a enfermedades, sino también a terceros ya que se pone en riesgo la salud de la población en su conjunto. Por tal motivo, es que fundo la constitucionalidad de la ley de vacunación obligatoria tanto en el interés colectivo (ya que sobrepasa el ámbito personal) y en el interés superior del niño que prevalece sobre el resto de las normas incluido el principio de autonomía de la voluntad de los progenitores.

El marco normativo que brinda la ley 26.061 y la Convención de los Derechos del niño no pueden ser ignorados en pos de la autonomía de la voluntad de los padres. Estas normas reconocen y protegen la salud facultando al Estado a tomar las medidas que estime necesarias para preservar los derechos de los niños en situación de riesgo.

Entiendo que el conflicto en el presente trabajo se centra en los límites de la autonomía de la voluntad. En este caso la misma se encuentra limitada por el interés superior del niño y la tutela de la salud pública, lo que me parece una decisión correcta, tanto de los legisladores como de los jueces.

Bibliografía

Doctrina

Libros:

- Belluscio, A. C. (2011, 10ma edición). *Manual de derecho de familia*. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Catenacci, I. J. (2006, 1ra edición). *Introducción al derecho*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Cifuentes, Carlos, (1999, segunda edición), *Elementos de derecho civil, parte general*. Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- D'Antonio, Daniel H., (1994, 4ta edición), *Derecho de menores*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- D'Antonio, Daniel H., (2014, 1er edición), *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Dromi, José Roberto, (1983, 2da reimpresión), *Instituciones de Derecho Administrativo*, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Ferreyra Viramonte, Luis, (2014, 1ra edición), *Los derechos humanos del niño y la ideología de género. Análisis ley 26.061*. Córdoba, Argentina: Editorial Corintios 13.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; (2015); La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. Recuperado del artículo web <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-autonomia-voluntad-derecho-familia-argentino-dacf140453-2014-07/123456789-0abc-defg3540-41fcanirtcod?q=tema%3Aautonom%EDA%3Fde%3Fla%3Fvoluntad&o=10&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=49>
- LLambias, Jorge Joaquín, (décimo sexta edición), *Tratado de Derecho Civil. Parte general. Tomo I*. Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina: Emilio Perrot. Recuperado de <https://es.slideshare.net/BrunoRodrigoT/llambias-jorge-j-tratado-de-derecho-civil-parte-general-tomo-i>.

- Mizrahi, Mauricio L, (2016, 1ra edición), *Responsabilidad Parental*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Nino, Carlos Santiago, (2002, segunda reimpresión), *Fundamentos de derecho constitucional*. Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina: Atea.
- Orlandi, O., Moreno Ugarte, G., Faraoni, F., Bonzano, M., Mignon M., Kaplan V., Giraudo Esquivó, N., Nicolino M., Tavip, G., Rossi, J., Kowalenko A., Ríos, J. y Lloveras, N. (2018, 2da edición), *Manual de Derecho de las familias, Tomo II*, Córdoba, Argentina: Editorial Mediterranea.
- Piedecabras, Miguel Alberto (2014, 1ra edición). Accidentes de tránsito y derecho a la salud. *Revista Derecho privado Año III, N°9*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Sagües, Néstor P. (2016, segunda edición,). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Revistas

1. Canosa, A. (2017). Derecho Constitucional y Salud.

Disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-constitucional-y-salud>

2. Universidad Nacional de Córdoba. Las vacunas: uno de los mayores logros de la humanidad.

Disponible

en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/Bitacora/article/download/16318/16174>

3. Fernandez de Lerena, M. (2017). La Objecion dw conciencia.

Disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-objecion-de-conciencia>.

Legislación

Internacional:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Declaración de Derechos de Virginia
- Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano
- Pacto de San José de Costa Rica
- Convención sobre los Derechos del Niño

Nacional

- Constitución Nacional
- Ley 22909 de Salud pública -- Régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio.
- La ley nacional 26061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- Código Civil y Comercial de la República Argentina
- Ley 10.903. Ley de Patronato de Menores

Jurisprudencia

- 1- N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-nn-proteccion-guarda-personas-fa12000079-2012-06-12/123456789-970-0002-1ots-eupmocsollaf>
- 2- F. S. DE B., Ñ. y R.N. S. DE B. en Situación de Riesgo. Expte. PE-12187-2015.
https://crd.defensorba.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1703:f-s-de-b-n-y-rn-s-de-b-en-situacion-de-riesgo-superior-tribunal-de-jujuy-san-salvador-de-jujuy-120716&catid=812&Itemid=483
- 3- Hospital Dr. Perdo Bianchi de Sierra Grande (P.O.D.) S/ medida de protección de derechos, Expte N° 1496/14/J7. <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/FA.-PCIAL.-JUZ.-1RA-INST.-SIERRA-GRANDE-VIEDMA.-RIO-NEGRO-Derecho-a-la-salud-de-NNA.-Plan-de-Vacunaci%C3%B3n-obligatorio..pdf>

Otros

- 1- Páginas Web Consultadas
 - Real Academia Española. <http://dle.rae.es>
 - Ministerio de Salud <https://www.argentina.gob.ar/salud>
 - Dirección Nacional del sistema argentino de información jurídica. Secretaría de Justicia. <http://www.saij.gob.ar/>
 - Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/es/>

- Thomson Reuters <http://thomsonreuterslatam.com>
- Saij. Código Civil y Comercial Comentado http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf

Artículos Periodísticos

- EP (2017) Italia aprueba una ley que obliga a los padres a vacunar a sus hijos en *20 minutos*, España

Disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/3042258/0/italia-aprueba-ley-obliga-padres-vacunar-hijos/#xtor=AD-15&xts=467263>

- Javier Salas (2015) Seis razones para no imponer la vacunación obligatoria de los hijos en El País, España

Disponible: https://elpais.com/elpais/2015/06/09/ciencia/1433804635_374514.html

- Valeria Chavez (2018) Toda la región está en alerta por brotes de sarampión y advierten sobre el riesgo de reintroducción en el país en Infobae.

Disponible: <https://www.infobae.com/salud/2018/03/21/toda-la-region-esta-en-alerta-por-brotes-de-sarampion-y-advierten-sobre-el-riesgo-de-reintroduccion-en-el-pais/>