



TRABAJO FINAL DE GRADO

Abogacía

**AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD**

**VS.**

**VACUNACIÓN OBLIGATORIA**

AUTORA: FLORENCIA LE BIHAN

Córdoba, 2019

## ***Resumen***

El presente trabajo tiene como objetivo presentar nuestra mirada respecto al debate instalado en nuestra sociedad ante la vacunación y la posición tomada por el Estado frente a la misma a través de la Ley de Vacunación Obligatoria y su concordancia con la Constitución Nacional y de la supremacía de la misma como fundamento a las leyes que son dictadas en consecuencia, como es el caso de ésta ley de vacunación en cuestión.

Además analizaremos detalladamente el marco legal argentino, fallos jurisprudenciales y doctrina de reconocidos autores en torno al tema que se expone, como así también se hará mención a la experiencia en el mundo, ya que la trascendencia de la opinión pública al ver la creciente reaparición de casos de enfermedades y la vacunación como método de prevención es lo que nos despertó interés para generar la presente investigación.

Considero que las políticas de salud pública y la protección del interés colectivo son imprescindibles y creo que sólo se pueden lograr a través de la implementación de la vacunación como un medio fundamental para una adecuada prevención, por lo que una vez desarrollado el tema finalizaremos el trabajo de investigación, con el planteamiento de conclusiones parciales.

***Palabras claves:* vacunación obligatoria, autonomía personal, libertad, voluntad, derecho constitucional.**

## **Abstract**

The present work aims to present our view regarding the debate installed in our society before the vaccination and the position taken by the State against it through the Compulsory Vaccination Law and its agreement with the National Constitution and the supremacy of it as a basis to the laws that are dictated accordingly, as is the case of this vaccination law in question.

In addition we will analyze in detail the Argentine legal framework, jurisprudential rulings and doctrine of recognized authors around the subject that is exposed, as well as mention will be made of the experience in the world, since the importance of public opinion to see the increasing reappearance of cases of diseases and vaccination as a method of prevention is what aroused us interest to generate the present investigation.

I consider the public health policies and the protection of the collective interest are essential and I believe that they can only be achieved through the implementation of vaccination as a fundamental means for an adequate prevention, so once the subject is developed we will finish the research work, with the approach of partial conclusions.

**Keywords: mandatory vaccination, personal autonomy, freedom, wills, constitutional right.**

## INDICE

INTRODUCCION .....	1
CAPITULO I:.....	5
I. 1. Definiciones y conceptos generales .....	5
I. 1. A) Vacunas y vacunación.....	5
I. 1. B) Derecho a la libertad y autonomía de la voluntad .....	7
I. 1. C) Bioética .....	8
I. 1. D) Principio de autonomía y consentimiento informado .....	10
I. 1. E) Derecho a la salud .....	11
CAPITULO II: .....	13
II. 1. Vacunación obligatoria como política de estado.....	13
II. 2 Derecho Comparado .....	15
CAPITULO III: .....	25
III. 1. Vacunación en nuestro país.....	25
III. 1. A) Análisis legislativo .....	25
III. 1. B) Análisis doctrinario .....	31
III. 1. C) Antecedentes jurisprudenciales .....	33
CAPITULO IV:.....	41
IV. 1. Constitucionalidad de la vacunación obligatoria .....	41
IV. 2. Limitaciones a los derechos y garantías constitucionales .....	45
CAPITULO V .....	48
V. 1. Jurisprudencia de la CSJN en torno al derecho a la salud, la vida y la autonomía individual .	48
CONCLUSION FINAL .....	56
REFERENCIAS .....	58
BIBLIOGRAFÍA.....	61
Doctrina.....	61
Legislación .....	62
Jurisprudencia .....	63

## INTRODUCCION

En la actualidad existen numerosos movimientos anti-vacunas que se manifiestan en contra de la obligatoriedad de la vacunación. Si bien las razones son diversas y variadas, interesa considerar en el marco de lo jurídico sólo aquellas que rechazan la vacunación en pos de autonomía de la voluntad en las decisiones sobre el propio cuerpo.

El presente trabajo tiene la finalidad de abordar el tema de la vacunación obligatoria con una mirada objetiva, es decir libre de prejuicios de tipo sociales, religiosos, morales y de cualquier otra índole diferente a lo legal. De ésta manera se podrá observar si dicha práctica médica viola o no el principio constitucional de autonomía de la voluntad.

La controversia de los beneficios y los perjuicios de la vacunación ha sido debatido desde el comienzo de su implementación en todas las sociedades. Sin embargo, particularmente nuestro país adopta ésta ley de vacunación obligatoria y es sumamente importante tener en cuenta en principio de constitucionalidad que rige para todas las leyes existentes.

La relevancia de esta investigación consiste en determinar si la ley de vacunación obligatoria se contrapone o no con el principio de autonomía de la voluntad y las demás normas en las que se apoyan quienes defienden la no vacunación. Se intentará con este proyecto determinar la legalidad de la vacunación obligatoria y poder dar un fundamento certero para justificar una u otra postura.

En este trabajo por lo tanto nos proponemos alcanzar una conclusión que sea útil y efectiva, que contribuya a la revisión de esta problemática e incluso pueda formar parte, en caso de ser necesaria, de una eventual reforma en la legislación referente a la vacunación en nuestro país.

Por un lado tenemos en nuestro ordenamiento una nueva ley nacional N° 27491 “Control de las enfermedades prevenibles por vacunación” dictada éste mismo año que

reemplaza la anterior N° 22909<sup>1</sup> que regula la vacunación obligatoria para los habitantes, es decir que nuestro país cuenta con un calendario nacional, en el cual todas las vacunas incluidas son obligatorias y gratuitas. Y por otro lado, éstas políticas de vacunación obligatoria han provocado la oposición de personas que dicen que el gobierno no debería inmiscuirse en la libertad de un individuo de elegir su medicación, incluso si ésta incrementa el riesgo de enfermedad para ellos o para otros.

Quienes sostienen la postura en contra de la aplicación de vacunas se apoyan jurídicamente en el principio de autonomía de la voluntad que se encuentra contenido en diferentes normas nacionales e internacionales adoptadas por nuestro país. Es decir que el fundamento principal de ésta última postura reside en que la autonomía de la voluntad es un derecho constitucional y todas las normas deben guardar congruencia con dicha ley suprema. Por tal motivo planteamos ésta interrogante: La vacunación obligatoria en nuestro país ¿viola el principio constitucional de autonomía de la voluntad?

Por todos lo antedicho definimos como **objetivo general** del presente trabajo el siguiente: Determinar si la vacunación obligatoria viola el principio constitucional de autonomía de la voluntad. Dicho objetivo general engloba otros más **específicos** los cuales podemos detallar a continuación de la siguiente forma:

- Examinar la legislación nacional respecto a la autonomía de la voluntad en relación a las decisiones sobre el propio cuerpo en materia de salud.
- Examinar la legislación respecto a la vacunación obligatoria, finalidad, características, alcances, responsabilidad, sanciones y vacunación compulsiva.
- Analizar las posturas doctrinarias respecto a la vacunación obligatoria
- Identificar cuáles son las ventajas, desventajas y consecuencias de la Ley 27491 tal como se encuentra regulada.
- Analizar cómo es la regulación de la vacunación en el derecho comparado.
- Evaluar las incompatibilidades que presenta la Ley de vacunación obligatoria respecto la Constitución Nacional.

---

<sup>1</sup> Ley 22909 Poder Ejecutivo Nacional (13 de Septiembre de 1983)

Desde mi perspectiva y como punto de partida, atendiendo a ambas posturas aparentemente opuestas, he podido ver desde una primera observación superficial al material relacionado al tema que dicha oposición no es tal, ya que el carácter obligatorio de la vacunación en Argentina contemplado en las leyes 22909 y 27941 obedece a la necesidad primaria de resguardar la salud pública, considerando la vacunación como una herramienta en pos del beneficio colectivo de la sociedad. Es desde ésta hipótesis desde donde comenzará la investigación del presente proyecto.

En la investigación se utilizará un método descriptivo, por cuanto intentará describir el fenómeno que se está estudiando, caracterizando los rasgos generales midiendo de una manera más bien independiente los conceptos o variables involucradas en el objeto de estudio. En este caso se pretenderá saber si existe legalidad o congruencia de la ley de vacunación con la constitución nacional.

Se utilizará para el desarrollo de la investigación propuesta la estrategia metodológica cualitativa que abarca el estudio, uso y recolección de una variedad de materiales empíricos que describen momentos habituales y problemáticos y los significados en la vida de los individuos, considerando que el análisis de los datos recogidos será del tipo interpretativo.

Se utilizaran las siguientes fuentes de información:

*Fuentes primarias:* es indispensable para la investigación el estudio y análisis de las la Constitución Nacional, la ley 27941 y su antecedente la ley 22909, la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos y jurisprudencia acerca de la temática elegida.

*Fuentes secundarias:* se tendrán en cuenta para consulta las publicaciones de la doctrina, los comentarios en los fallos, las comparaciones y el análisis efectuado a través de libros que traten la temática elegida o algún tema relacionado a la misma. Se tendrá en cuenta el proyecto de reforma de la ley 22909 presentado en 2017.

*Fuentes terciarias:* diversas publicaciones referidas al tema de investigación, en este caso por ejemplo se utilizó para consultas respecto algunos conceptos el “Manual de la Constitución Reformada” del autor German J. Bidart Campos.

Con respecto a la recolección y análisis de los datos, la técnica que se utilizará para el estudio de las diferentes fuentes de investigación será de tipo análisis documental, lo que implica llevar adelante la revisión de la legislación, doctrina y jurisprudencia consultada anteriormente y que guardan directa relación con el tema en estudio

En cuanto a la delimitación temporal de la investigación se tomará como punto de referencia desde el año 2010 en adelante sin descartar antecedentes legislativos previos a esa fecha que estén relacionados a la problemática. Con respecto al nivel de análisis vamos a delimitar el mismo en el ámbito de la nación, sin embargo realizaremos comparaciones con la regulación en otros países.

En cuanto a la estructura del presente trabajo, en el capítulo primero se comenzará explicando los conceptos principales acerca de vacunación, autonomía de la voluntad y otros que consideramos relevantes. En el capítulo que le sigue se verá cómo funciona la obligatoriedad de la vacunación en diferentes países del mundo y en el tercer capítulo se centrará en nuestro país tanto en los aspectos doctrinario, legislativo y jurisprudencial. En el cuarto capítulo se analizará todo lo referido a la constitucionalidad de las leyes y en particular de la ley de vacunación obligatoria. En el último capítulo se verá jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al derecho de la salud. Por último se expresará una conclusión de acuerdo a lo visto todos los capítulos antes mencionados.

## **CAPITULO I:**

### **I. 1. Definiciones y conceptos generales**

En este primer capítulo intentaremos adentrarnos en el tema que nos compete principalmente aclarando conceptos que se relacionan estrechamente y que serán necesarios para comprender la problemática y arribar a una conclusión. En un principio hablaremos de las vacunas y su importancia. Por otra parte analizaremos todos los principios constitucionales que supuestamente, para quienes se oponen a la ley cuestionada, estarían apoyando la autonomía y contrariando la obligatoriedad de la vacunación.

#### **I. 1. A) Vacunas y vacunación**

El concepto que nos brinda la Real Academia Española respecto a la acción de vacunar es: “Inocular una vacuna a una persona o a un animal para provocar en ellos una respuesta de defensa y preservarlos de una enfermedad determinada.”

En el sitio web de la Organización Mundial de la Salud podemos encontrar el siguiente concepto de vacunas: “Se entiende por vacuna cualquier preparación destinada a generar inmunidad contra una enfermedad estimulando la producción de anticuerpos. Puede tratarse, por ejemplo, de una suspensión de microorganismos muertos o atenuados, o de productos o derivados de microorganismos. El método más habitual para administrar las vacunas es la inyección, aunque algunas se administran con un vaporizador nasal u oral.”

Tal como vemos en el libro de Juan Martin Olmos (2004), las vacunas pueden clasificarse de acuerdo a su uso sanitario en: a) vacunas sistemáticas y b) vacunas no sistemáticas. Las vacunas sistemáticas son aquellas que por tener un interés comunitario se aplican a la totalidad de la población, formando parte de los programas de vacunación de los distintos países y la aplicación de las vacunas no sistemáticas no tiene una base comunitaria sino individual, estando sus indicaciones en función de los factores de riesgo personales o ambientales de cada individuo.

En las enfermedades de transmisión interhumana y reservorio humano, las vacunaciones, además de una protección individual, proporcionan una protección colectiva o comunitaria. Esta inmunidad de grupo o inmunidad colectiva se refiere a la que se produce cuando al vacunar a una parte de la población se protege indirectamente a otro grupo de individuos no vacunados, ya que los vacunados no contraerán la enfermedad de individuos infectados ni la transmitirán a los susceptibles. Mientras mayor sea la cantidad de individuos inmunes disminuye la posibilidad de que un individuo entre en contacto con una persona infectada. Esta inmunidad de grupo es el nivel de inmunidad en la población que previene la aparición de epidemias. Si el grupo se halla adecuadamente vacunado, la posible transmisión de la infección estará neutralizada y un individuo no vacunado, estará indirectamente protegido. El grado de inmunidad colectiva necesario para prevenir una epidemia depende de cada enfermedad. El concepto de inmunidad colectiva permite entender por qué una epidemia no se presenta en una población y explica las variaciones periódicas de algunas infecciones, en especial de las que se transmiten de persona a persona.

De esta manera, se puede asumir una política de salud pública de inmunidad de grupo para reducir la difusión de una enfermedad y otorgar un nivel de protección a un subgrupo vulnerable y no vacunado. Éstos últimos pueden ser los que no pueden recibir vacunas, ya sea por una condición médica como por ejemplo una inmunodeficiencia o para los receptores de trasplantes.

En resumen las vacunas pueden aplicarse de diferentes formas generalmente de manera inyectable, dependiendo de la composición y su función es lograr la inmunización frente a algunas enfermedades y su objetivo principal se cumple cuando la mayoría de la población se somete a la vacunación. Es decir que la vacunación es de suma importancia no sólo para el individuo en cuestión sino es imprescindible para proteger al resto de las personas con quienes éste se relaciona.

## I. 1. B) Derecho a la libertad y autonomía de la voluntad

La naturaleza humana, característica propia del hombre es lo que lo diferencia del resto de los seres animados o inanimados. El hombre necesita crear su propia vida para lo cual tiene facultades que le permiten elegir y decidir, es decir auto determinarse, para hacerlo posee la razón que le hace comprender la realidad y posee la libertad para preferir entre las alternativas que la razón le propone.

Al respecto Renato Alessi menciona: “la libertad individual puede ser conceptualizada como la posición de cada individuo mediante la cual tiene la posibilidad de desarrollar su actividad natural, determinándose según su propia voluntad, para lograr los fines y la satisfacción de los intereses que puede tener como hombre, vale decir, independientemente de las prohibidas por el derecho.” (Becerra, et al. Manual de Derecho Constitucional, 1998, p. 279). Es decir que la libertad es un concepto que se relaciona con los deseos que se gestan en lo interno de cada individuo y justamente ésta libertad es lo que le permite satisfacer la necesidad de cada persona de guiar la voluntad hacia una determinada dirección.

El *derecho de libertad* es la forma en que ésta noción más abstracta de libertad se incorpora en los ordenamientos jurídicos para otorgar tutela a la voluntad del hombre frente a situaciones que puedan vulnerarla. La tutela puede ser positiva, es decir permitir la realización de actos o un deber negativo orientado a los terceros para no obstaculizar la libertad del sujeto.

El concepto de libertad se encuentra en nuestra Constitución Nacional (1994) desde el comienzo de la misma, en el Preámbulo, como uno de los objetivos: “asegurar los beneficios de la libertad”. Pero es el art. 19 de dicha constitución el que está reconociendo sin lugar a dudas la autonomía de la voluntad, cuando dice: “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”. Esto quiere decir que aquellos actos que no afecten al resto de las personas directa o indirectamente no deben ser pasibles de sanción alguna ni generar obligaciones

resarcitorias. La libertad debe estar presente siempre que haya alguna duda respecto a la interpretación de la Constitución Nacional.

Según Bidart Campos (1998) cuando en la parte dogmática de la constitución se propone asegurar y proteger los derechos individuales, esto es lo que se denomina derecho o constitucionalidad “de la libertad”. Tan importante resulta la postura que el estado adopta acerca de la libertad, que la democracia, o forma de estado democrático, consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento de esa libertad. En el estado democrático, el deber ser ideal del valor justicia exige adjudicar al hombre un suficiente espacio de libertad jurídicamente relevante y otorgarle una esfera de libertad tan amplia como sea necesaria para desarrollar su personalidad.

También encontramos otras normas, más específicamente relacionadas a la salud, que receptan dicho principio expresamente: “Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. (Ley 26.529, 2009, art. 2).

Incluso existen normas de carácter universal que adhieren a esta autonomía de la voluntad manifestando que en materia de salud “Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás.” (Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 2005, art. 5).

## **I. 1. C) Bioética**

La bioética surge en la década del 70 en un contexto donde el avance de las nuevas tecnologías terapéuticas planteó la necesidad de crear una nueva ciencia que proporcionara las directrices de cómo usar el conocimiento para la supervivencia del hombre y la mejora de la calidad de vida.

Según Casado, María (2000) la Bioética otorga las herramientas para la adopción de decisiones que afectan a valores y en las que resulta especialmente importante el proceso de elaboración y el análisis de las pautas que deben regir la acción en lo que refiere a la

intervención técnica del hombre sobre su propia vida y el ámbito en que la desarrolla. Se impone una estrecha relación entre la ciencia, la ética y el Derecho que supere el tradicional aislamiento de esas disciplinas y permita obtener un compromiso en la elaboración de reglas del juego aceptables para la mayoría de los ciudadanos.

Es preciso que la sociedad, los parlamentos y los gobiernos tomen en consideración que el establecimiento de determinadas políticas supone la elección de un determinado modelo, que excluye otros, lo cual no debe ser resuelto sin reflexión y debate previos. Pero, en último caso, si no hubiere acuerdo, el Derecho deberá establecer los límites de lo permitido, y de ahí deriva la estrecha relación entre la Bioética y el Derecho.

Por ello, el reconocimiento de la pluralidad de opciones morales que caracteriza a las sociedades actuales constituye un aspecto central para la Bioética y acredita la necesidad de establecer un marco de acuerdo mediante el cual individuos pertenecientes a “comunidades morales” diversas puedan considerarse ligados por una estructura común que permita la resolución de conflictos con suficiente grado de acuerdo. Precisamente es el Derecho quien deberá ocuparse de proporcionar este marco común, justamente por su carácter general y vinculante y por la función de orientación de las conductas que desempeña en la sociedad.

Ésta es una de las misiones fundamentales que ejercen los instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los derechos de la persona. En el contexto internacional, la UNESCO y el Consejo de Europa tratan de establecer un “derecho común” y de armonizar legislaciones y criterios en el ámbito internacional en materia de Bioética. Sus aportaciones fundamentales son el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997, del Consejo de Europa, y las tres declaraciones de la UNESCO: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 1998, la Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos, de 2003, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 2005.

Existen cuatro principios fundamentales dentro de esta materia:

- Principio de autonomía
- Principio de beneficencia

- Principio de justicia
- Principio de no maleficencia

En este trabajo desarrollaremos el principio de autonomía por ser el que guarda relación con la investigación propuesta.

## **I. 1. D) Principio de autonomía y consentimiento informado**

Se refiere a la potestad de decidir sobre su propia vida que tiene todo ser humano, con la capacidad de diferenciar ente el bien y el mal y las acciones que mejor lo acerquen a cumplir sus deseos. De éste principio se deriva el *consentimiento informado* de la ética médica actual.

El consentimiento informado es el acto por el cual un paciente brinda su conformidad o rechazo a la propuesta médica, luego de recibir la información completa, adecuada, clara y precisa acerca del diagnóstico que lo aqueja, el mejor tratamiento disponible, las alternativas terapéuticas, los beneficios y riesgos esperados y el pronóstico. En algunos casos, tales como el examen físico de un médico, el consentimiento es tácito, pero para procedimientos más invasivos o aquellos asociados a riesgos significativos el consentimiento informado debe ser presentado por escrito y firmado por el paciente.

El consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina por lo menos en los últimos siglos. Estamos ante un “derecho humano primario y fundamental”, esto es, ante una de las últimas aportaciones realizada a la teoría de los derechos humanos según lo indica Galán Cortes, Julio (1999).

El deber del médico de obtener el consentimiento informado del enfermo contempla dos excepciones legales:

- situaciones de grave riesgo para la salud pública. La salud pública es un bien jurídico que autoriza la restricción legal de ciertos derechos individuales, en la medida de su afectación o riesgo. De acuerdo a lo mencionado vemos que el

consentimiento informado es un derecho individual que cede ante otro superior como es la salud pública y que abarca a toda la sociedad.

- situaciones de emergencia en las cuales la vida del paciente esté en juego y no sea posible obtener su consentimiento (por ejemplo, por estado de inconsciencia) o no pueda accederse a la intervención inmediata de un subrogante. Resulta proporcionada toda acción que pretende proteger de manera inmediata la vida del paciente ante una emergencia que no admite dilación ni espera alguna.

## **I. 1. E) Derecho a la salud**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce al derecho a la salud en el art. 12 de la siguiente manera “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” e impone a los estados-parte la obligación de adoptar una serie de medidas que la misma norma especifica para su plena efectividad.

En este caso se observa que frente al derecho de cada persona a la salud existe una obligación por parte del estado de tomar los recaudos necesarios para lograr el pleno ejercicio de dicho derecho. En particular consideramos importante relacionar al tema en cuestión, ya que el estado no puede dejar a la libre voluntad de las personas las políticas de salud pública en relación a la vacunación, dado que la no aplicación de vacunas a una persona genera riesgos en la salud del resto

En el contenido del derecho a la salud se considera actualmente incluido el derecho del paciente a un *consentimiento informado* que debe dispensarle el profesional, el derecho de negarse a determinadas terapias (cirugías riesgosas, amputación de miembros, transfusiones de sangre por objeción de conciencia, prolongación artificial do mortificante de la vida en estadios próximos a la muerte, etc.). (Bidart Campos, 1998, Manual de la Constitución Reformada, p. 108). Sin embargo este derecho del paciente no incluye explícita ni tácitamente a la vacunación.

En el último capítulo de éste trabajo al cuál remitimos para ahondar en este tema, veremos algunas de las posturas de la Corte Suprema de Justicia de la nación para analizar las posturas al respecto del Derecho de la Salud.

## **Conclusión**

De lo expuesto podemos resaltar que en un principio el objetivo de las vacunas es la inmunización de las personas frente a una enfermedad en particular, que dicha vacunación puede ser individual o también puede tener como objetivo un grupo de personas o una población determinada. En algunos países se incluye como obligatoria dentro de las políticas de salud pública.

Considero personalmente que la vacunación tiene un concepto diferente de acuerdo al grupo social que sea consultado. Muchas personas por ignorancia desconocen de los beneficios pero en cambio otros sectores con acceso a la información también descreen de los resultados y desconocían de los posibles efectos adversos que pudiera producir. Lo cierto es que la mayoría de los médicos, científicos y organización de salud apoya esta práctica basándose en estudios cuyos resultados son comprobados.

Por otro lado en éste primer capítulo analizamos los aspectos generales autonomía de la voluntad sobre las decisiones sobre el propio cuerpo y el derecho a la salud teniendo en cuenta el consentimiento informado, de lo que se puede concluir que el ser humano tiene capacidad y derecho para determinarse en relación a su salud, sin embargo se excluyen ciertas decisiones priorizando el bien social antes que la libertad individual.

## CAPITULO II:

En éste capítulo nos centramos en considerar a la vacunación y su obligatoriedad como el resultado cambiante que fluctúa de acuerdo a diferentes variables. Al momento de estudiar la vacunación en los diferentes países vemos que la misma puede ser recomendada u obligatoria y esto depende de las políticas de cada país, incluso dentro de un mismo estado la vacunación puede ir cambiando su carácter obligatorio en uno u otro sentido dependiendo de factores como económicos, políticos y también de salud mundial. Por todo esto es que analizaremos cómo funcionan las políticas de salud pública como es el caso estudiado de la vacunación.

### **II. 1. Vacunación obligatoria como política de estado**

En éste punto en particular coincidimos con González García, G y Torres, R (2017) en tanto consideramos a la *salud pública* como la disciplina encargada de la protección de la salud de la población humana, cuyo objetivo mejorar la salud, así como el control y la erradicación de las enfermedades. Teniendo en cuenta que es una ciencia de carácter multidisciplinario, ya que utiliza los conocimientos de otras ramas del conocimiento como las ciencias biológicas, conductuales, sanitarias y sociales, es uno de los pilares en la formación de todo profesional de la salud. Se orienta hacia la protección, promoción y recuperación de la salud de la población con la participación de las organizaciones de la comunidad. La salud pública es un valioso instrumento para la atención integral de salud; sin embargo puede estar limitada por posiciones ideológicas, económicas y sociales de los grupos de poder.

Dentro de los organismos más importantes de carácter internacional en esta materia podemos mencionar a LA OMS, Organización mundial de la Salud que es el instituto internacional centralizado a emprender y desarrollar esfuerzos a nivel mundial sobre salud pública, y quien tiene una adecuada organización e infraestructura para la creciente

demanda de investigaciones en epidemiología, y otras ciencias médicas que son imprescindibles para el buen ejercicio de la salud pública.

En esta misma línea también podemos mencionar la postura de Fernando Lolas Stepke y Delia Outomuro en *Manual Bioética* (2006) que nos dice que la salud pública es entendida como la salud de la población por efecto de la acción de la colectividad organizada y abraza, por lo tanto, todas las dimensiones colectivas de salud, concedida esta última como la ausencia de enfermedad, de lesiones y de incapacidad, en un completo estado de bienestar. Además estos autores nos plantean el problema que de la dificultad que se produce por la tensión entre lo individual y lo colectivo, nos dicen que muchas veces los intereses de cada persona son antagónicos o no armonizables con el interés o bienestar general. En la salud pública es recurrente que ciertos derechos individuales puedan ser conculcados invocando el bien común. Y nos pone de ejemplo el tema del cual basamos este trabajo de la siguiente forma: una campaña de vacunación no puede detenerse si una o dos personas, en uso de su libertad de disposición de sus cuerpos o de la tutela sobre sus hijos, deciden no someterse a la intervención.

Otro concepto que debemos resaltar en este capítulo es el de *políticas públicas*, que son aquellas que se pueden entender como un proceso que se inicia cuando un gobierno o una autoridad pública detectan la existencia de un problema y efectúa las acciones para eliminarlo o mejorarlo y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema. Así, la política de salud es el resultado de una gran variedad de factores. Por un lado, es consecuencia de necesidades y demandas en el campo de la salud. Por otro, del surgimiento de tecnologías. Pero fundamentalmente, del balance de fuerzas sociales cambiantes en valores centrales de la sociedad: la concepción de la solidaridad y la equidad.

En la Argentina, el debate sobre políticas de salud adquiere importancia creciente desde la década de los cincuenta. La preocupación sobre el tema se debió a variadas situaciones y especialmente, a los impactos que origina la incorporación de nuevas tecnologías en el campo de la medicina y al crecimiento de formas organizacionales comunitarias con financiación solidaria intragrupos laborales, llamadas obras sociales. Es importante resaltar que el sistema de salud argentino se caracteriza por una excesiva

fragmentación, que se da en principio en tres grandes subsectores: público, de la seguridad social y privado. Esta fragmentación se expresa en: Distintas fuentes (y volúmenes) de financiamiento. Pero, además, continúa la fragmentación hacia dentro de cada uno de los subsectores: El subsector público, fragmentado en niveles: nacional, provincial y municipal por lo que queda sometido a normativas emanadas de cada una de las jurisdicciones. Se pretende que esta fragmentación no genera inconvenientes para la aplicación de políticas públicas ya que creemos que deben estar orientadas a un mismo fin y no deben ser opuestas ni contradictorias en cada uno de los segmentos.

Continuando con el análisis de los autores citados vemos además que el ámbito de la salud involucra una serie de situaciones que fueron determinando el cambio de los roles del Estado y expresan algunas de las debilidades de los sistemas de salud en la actualidad. No fue el avance de la ciencia médica, sino el surgimiento de nuevas amenazas a la calidad de vida, lo que impulsó la incorporación del Estado a las cuestiones de salud. La intervención del Estado en la salud fue impulsada por las epidemias y grandes catástrofes tanto naturales tales como sequías, inundaciones, terremotos y otras humanas como es el caso de guerras, revoluciones etc. Éste fenómeno ocurre tanto en Argentina como todos los países del mundo.

## **II. 2 Derecho Comparado**

Dentro de éste punto pretenderemos echar una mirada sobre diferentes países del mundo con relación a la obligatoriedad de la vacunación y realizar un análisis y comparación entre ellos.

El año pasado la vacunación fue noticia debido al surgimiento de brotes de sarampión en diferentes países. Tal es el caso de la publicación de diario Clarín (2018) que informaba lo siguiente:

*“El Ministerio de Salud de la Nación emitió un alerta epidemiológico por riesgo de reintroducción del sarampión en la Argentina. Fue pocos días después de que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) alertara*

*sobre la existencia de varios brotes de la enfermedad en países de la región, el más importante de ellos en Venezuela. En este contexto, las autoridades sanitarias argentinas entendieron que existe un peligro cierto de que la enfermedad regrese al país, que con toda la región había sido declarado libre de este mal en 2016. Además, este brote se produce poco tiempo antes de que se realice la nueva campaña vacunatoria de refuerzo contra el sarampión, que se hace cada cuatro o cinco años y que está prevista para septiembre. Mientras que en 2017 sólo cuatro países de América habían confirmado casos de sarampión (Argentina, Canadá, Estados Unidos y Venezuela), en lo que va de 2018 ya fueron nueve: Venezuela (159), Brasil (14), Estados Unidos (13 importados y vinculados), Canadá (4 importados), México (4), Perú (2), Antigua y Barbuda (1 importado), Colombia (1 importado) y Guatemala (1 importado). El mayor brote de la región tiene lugar en Venezuela, con 886 casos confirmados entre junio de 2017 y febrero de este año, incluidas dos muertes, informó la OPS. El grupo de edad más afectado son los menores de 5 años, seguido por el de 6 a 15 años, advierte el documento. En Brasil, el segundo país con más casos confirmados este año, el brote está en el municipio de Boa Vista y Pacaraima, estado de Roraima, fronterizo con Venezuela.”<sup>2</sup>*

Tal como lo vemos en la noticia transcrita la situación en nuestro continente es alarmante, debido al aumento de los casos detectados en diferentes países. En los últimos años se ha producido un hecho político y social a tener en cuenta, la migración de los habitantes de Venezuela y las carencias en ese país de medicamentos y particularmente vacunas ha generado esta situación riesgosa para la salud pública de los países de América.

En el caso de *Chile*, tal como se puede leer en la página del Ministerio de Salud de dicho país, cuenta desde 1978 con un Programa Nacional de Inmunizaciones que ha permitido la disminución de la morbilidad y mortalidad de las enfermedades inmunoprevenibles contribuyendo a la disminución de la mortalidad infantil. Actualmente,

---

<sup>2</sup> Medina, Rosario. (23 de Marzo de 2018) Un mal muy contagioso. Sarampión: emiten un alerta por el riesgo de que vuelva a la Argentina. Diario on line Clarin. Recuperado de: [https://www.clarin.com/sociedad/emiten-alerta-riesgo-vuelva-sarampion-argentina\\_0\\_HkP1OyJ5z.html](https://www.clarin.com/sociedad/emiten-alerta-riesgo-vuelva-sarampion-argentina_0_HkP1OyJ5z.html)

en el año 2018 se dicta un decreto, N° 14 que modifica el decreto N° 6 exento, de 2019 del Ministerio de Salud, que dispone la vacunación obligatoria contra enfermedades inmunoprevenibles. Este decreto mantiene el carácter de obligatorio de la vacunación, y sólo realiza algunas modificaciones en el método de aplicación de la vacuna de poliomielitis.

En el caso de *Uruguay*, En el año 1982 se crea el actual Plan Nacional de Vacunación (PNV) y se establece mediante la Ley 15.272, la obligatoriedad de la vacunación contra ocho enfermedades prioritarias (tuberculosis, poliomielitis, difteria, tétanos, tos ferina, sarampión, rubeola y paperas). La vacunación es universal, gratuita y obligatoria y es un programa prioritario para el Ministerio de Salud Pública.

El Certificado Esquema de Vacunación ha tenido múltiples incorporaciones desde entonces. Actualmente incluye 15 vacunas dirigidas al control de las principales enfermedades inmunoprevenibles, así lo indica la página web del ministerio de salud de dicho país.

En el norte de nuestro continente, en *Estados Unidos*, la vacunación es similar a la de España, ya que las vacunas son “recomendadas” y de igual forma se sugieren vacunas en particular en determinadas edades. Otras vacunas como es el caso de la del sarampión es obligatoria entre niños de cuatro a seis años para asistir a la guardería o el colegio, sin embargo los padres pueden apelar a diferentes razones, por ejemplo religiosas, para evitar la inmunización.

Dentro de éste capítulo cabe mencionar que en los últimos años, el auge de los movimientos anti-vacunas produjo casos de enfermedades consideradas erradicadas, como el sarampión. Tal es el caso de EEUU donde ésta enfermedad había sido declarada eliminada hace más de dos décadas y ya existen más de 200 casos confirmados en Nueva York.

En *Cuba* la vacunación tiene sus orígenes desde hace cientos de años desde que llegaban los esclavos de otras partes del mundo era obligados a vacunarse al ingresar a dicho país. Sin embargo en la actualidad no existen en Cuba y Venezuela vacunas contra el HPV y cuya falta les da a dichos países una proyección alarmante, según informó la

Sociedad Anticancerosa de Venezuela (SAV), así lo informaba el diario digital Tal Cual (2018).

La situación en Europa fue similar hace algunos años; fueron noticia los casos de sarampión.

Así lo informaban los medios:

*“En lo que va de año se han notificado casos en España, Austria, República Checa, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Reino Unido, Portugal, Suiza y Ucrania, relacionados en su mayoría con un brote epidémico que comenzó en Rumanía en diciembre del año pasado y que aún sigue activo. En este país del este ya han muerto 17 personas de los 3.446 casos documentados hasta el 10 de marzo. En Italia, solo durante la última semana, se han registrado 17 casos que se suman a los 1.473 contabilizados desde comienzos del año.*

*En el vecino Portugal, el último recuento suma por ahora 22 infectados, uno de ellos tuvo un desenlace fatal, con la muerte de una joven de 17 años que se ha convertido en la primera víctima mortal del brote portugués. Como en la mayoría de los casos, ninguno de los afectados estaba vacunado. La joven portuguesa fallecida se había contagiado al estar en contacto con un niño de 13 meses que tampoco había sido inmunizado. El pequeño tenía una fiebre muy alta y los médicos desaconsejaron la vacuna en semejantes circunstancias. Así se fraguó el contagio de esta joven y de otras seis personas más.*

*En nuestro país (España), el brote más importante ocurrió a comienzos de año en Cataluña con un caso importado de China que desencadenó otros 21. Aunque en lo que va de año ha seguido habiendo un goteo de casos en otras comunidades. Solo en la última semana de marzo, se han identificado a seis afectados en Canarias (1), Murcia (3) y Navarra (2). La Organización Mundial de la Salud teme que la enfermedad siga propagándose por el continente europeo con la posibilidad de causar grandes brotes en lugares*

*donde la cobertura de inmunización ha caído por debajo del umbral necesario del 95%.”<sup>3</sup>*

Teniendo en cuenta los datos que arrojan las noticias, vemos que la vacunación y sus efectos, al igual que lo veíamos en América, tienen repercusión global. Por todo esto es imprescindible estudiar cómo funciona la legislación en los diferentes países del mundo.

Con respecto a los países europeos comenzaremos por describir la situación en *Italia* ya que fue noticia el año pasado por la vacunación obligatoria. Como lo menciona Panigiani, Gaia en el diario New York Times (2018), en dicho país rige desde el año 2017 una ley que obliga a vacunar a los niños contra diez enfermedades para ingresar a la guardería o jardines de infantes. La obligatoriedad no es casual sino que responde a una causa concreta que es que en los primeros meses de ese año los casos de sarampión fueron 2.700.

Sin embargo ésta ley fue criticada por un sector político conformado por el Movimiento 5 Estrellas (M5E) y la derechista Liga, que llegaron al poder en el mes de junio de éste año y lograron retrasar un año la obligación de presentar el certificado de vacunación. La ministra de Salud, la médica Giulia Grillo, perteneciente al M5E, considera que la ley actual es demasiado restrictiva y prepara un proyecto que obliga a vacunar a los niños según la región, el momento del año, la tasa de vacunación. De acuerdo a todo lo desarrollado se pone en evidencia que existe una relación estrecha entre el apoyo de determinados movimientos políticos o partidos políticos de derecha a los grupos anti vacunas, basándose en los fundamentos de autonomía individual.

En contraposición tenemos otro país europeo como es el caso de *Francia* que, como informa AFP en el diario on line “El Espectador” (2017), elevó de tres a 11 el número de vacunas obligatorias a partir de comienzo del año pasado, para hacer frente a una creciente resistencia a la vacunación por parte de los padres es que se tomó esta medida ya que los niños no vacunados ponen en peligro a los otros y favorecen el resurgimiento de epidemias.

---

<sup>3</sup> - Ramírez de Castro, Nuria (20 de Abril de 2017) ABC. El sarampión se atrinchera en Europa por los movimientos anti vacunas. Recuperado de [https://www.abc.es/sociedad/abci-sarampion-atrinchera-europa-movimientos-antivacunas-201704202209\\_noticia.html#vca=mod-sugeridos-p2&vmc=relacionados&vso=el-sarampion-se-atrinchera-en-europa-por-los-movimientos-antivacunas&vli=noticia.foto.sociedad](https://www.abc.es/sociedad/abci-sarampion-atrinchera-europa-movimientos-antivacunas-201704202209_noticia.html#vca=mod-sugeridos-p2&vmc=relacionados&vso=el-sarampion-se-atrinchera-en-europa-por-los-movimientos-antivacunas&vli=noticia.foto.sociedad).

Si bien esta medida causó protestas del movimiento contrario a la vacunación en el país mencionado, la ley prevé penas que van desde multas hasta cárcel para los padres que rechacen la vacunación.

En cuanto a la doctrina de España en relación al tema debatido encontramos un artículo del abogado Mario Rueda (1995-1996) que analiza jurídicamente el problema de la obligatoriedad de la vacunación. Plantea que la constitución Española no contiene ningún precepto que regule de forma específica y concreta el tema de la vacunación y plantea el debate de si la vacunación vulnera alguno de los derechos fundamentales garantizados dentro de dicha constitución, tales como:

- El derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la vida, contenido en el artículo 15.
- El derecho a la libertad, garantizado en el artículo 17, punto 1.
- El derecho a la intimidad personal, expresado en el artículo 18, punto 1.

Luego de analizar diversas cuestiones el autor del artículo en cuestión, concluye de la siguiente manera:

*“la vacunación será obligatoria siempre y cuando exista un peligro de carácter inminente y extraordinario para la salud pública, y que la adopción de medidas sólo puede tener una vigencia temporal, cuya duración no puede ir más allá de las causas que hubieran originado el peligro contra la salud pública, debiendo desaparecer tales medidas tan pronto , como las causas hayan desaparecido, puesto que en caso contrario serían totalmente ilegales y vulneran el derecho a la integridad física, a la libertad y a la intimidad personal. Puesto que como norma general, el hecho de no vacunarse no implica un riesgo para el resto de la sociedad, debe prevalecer en consecuencia, y fuera de los supuestos ya mencionados, el derecho a no vacunarse y que, cuando se trate de menores o niños de corta edad tal decisión será tomada por los padres, que en definitiva tienen la obligación de velar por la salud de sus hijos.”*

Por lo tanto para que la vacunación sea obligatoria es necesario que exista un peligro inminente para la salud pública, y esta medida de obligatoriedad solo tendrá carácter temporal mientras el requisito antedicho siga existiendo

Más actualmente, continuando el caso de *España*, el Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría, expresa que las vacunaciones incluidas en el calendario oficial de cada comunidad autónoma son gratuitas y recomendadas de forma universal. Es decir, el calendario está financiado con fondos públicos que provienen de los impuestos y se ofrece y recomienda a toda la población.

Por lo que a diferencia de nuestro país las vacunas son “recomendadas”, no obligatorias. Sin embargo en diferentes fuentes periodísticas consultadas se reconoce que si continúan brotes de ciertas enfermedades (particularmente sarampión) en Europa debería evaluarse la opción de transformar la recomendación en obligatoriedad.

Continuando con la doctrina de España, vale la pena tener en cuenta y analizar el trabajo “El Paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: el caso concreto de la política de vacunación” de Federico de Montalvo (2014) que analiza la Ley General de Salud Pública de España dictada en el año 2011 que le otorga preponderancia al principio de autonomía de la voluntad y que él considera que dicho principio debe inspirar la relación médico-paciente, pero no la de La Ley mencionada ya un modelo de salud pública asentado en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos supone una contradicción.

En dicho trabajo continúa diciendo que la salud pública constituye en el sistema jurídico un límite precisamente a la autonomía de voluntad, al tomar en cuenta el interés común en detrimento, que no necesariamente completo sacrificio, de la autonomía de la voluntad del individuo. La salud pública constituye, pues uno de los límites clásicos de la autonomía de la voluntad y, concretamente, del derecho a rechazar el tratamiento médico.

En virtud del llamado paradigma de la autonomía de la voluntad el principio de autonomía el paciente se ha convertido en el elemento supremo de decisión en la relación médico-paciente, frente a los otros tres principios de beneficencia, no maleficencia, y justicia. La eclosión del principio de autonomía constituye un rasgo de nuestra sociedad

contemporánea donde el ciudadano quiere ser plenamente autónomo para poder elegir con libertad y satisfacer sus deseos personales Sin embargo en el área de la salud esto constituye un error dado que el paciente es tratado como un consumidor que es apto para realizar sus propias elecciones médicas como si se trata de seleccionar los productos al precio más bajo. La decisión del paciente que, con fundamento en su autonomía de voluntad, pone en peligro su salud con menoscabo del sistema público de asistencia sanitaria no puede ser indiferente para el Estado social.

Otro país del que podemos hacer mención, es *Alemania*, que también fue noticia hace algunos años, en el año 2015 hubo una muerte por brote de sarampión. Frente a esa situación la canciller alemana, Ángela Merkel, modificó la legislación y obligó a los padres que querían matricular a sus hijos en una guardería a entregar un justificante que confirmara que habían sido informados sobre los planes de vacunación. En el caso de la escuela primaria, con niños mayores de seis años, los padres deberán de pagar una multa si sus hijos no están correctamente vacunados, aunque el incumplimiento del calendario de vacunación no impide el ingreso en los centros educativos.

Otros datos a tener en cuenta son por ejemplo, el caso de Eslovenia, según el Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades, todas las vacunas infantiles son obligatorias. En el caso de Grecia, según la misma fuente, ninguna vacuna es ahora obligatoria. La vacuna BCG es obligatoria en: Hungría, Letonia, Polonia y Rep. Checa. La vacuna antineumocócica es obligatoria en: Bulgaria, Eslovaquia, Francia, Hungría, Letonia y Polonia. La vacuna frente al meningococo C es obligatoria en: Francia.

Sin embargo vemos que existen algunas diferencias en los datos que podrían deberse a los cambios en los programas vacúnales y las distintas fechas de actualización de las fuentes. Además hay que tener en cuenta de acuerdo a lo visto en el punto anterior que en numerosos países los programas de vacunación son políticas de gobierno y por ende fluctúan o varían de acuerdo a los cambios de gobierno; y en otros países constituyen políticas de estado de largo plazo y sostenida en el tiempo a pesar de los cambios de gobierno

En los últimos años, en Europa, se ha podido visualizar que varios países con problemas similares han encarado de forma distinta el fenómeno de la caída de las coberturas de las vacunas y la aparición de brotes de enfermedades inmunoprevenibles. Francia e Italia han optado por establecer la obligatoriedad de ciertas vacunas mientras se den las circunstancias de necesidad con las que la han justificado. Y, a la vez, en Grecia, donde la vacunación era obligatoria desde 1999, en mayo de 2017 y pese a la situación, se decidió derogar dicha obligatoriedad. Esta situación en Grecia se debe en gran parte a un fuerte recorte presupuestario e cuestiones sociales elementales como la salud y la educación.

También podemos mencionar la situación en Pakistán donde se suspendió campaña de vacunación en contra de la poliomielitis debido al ataque en contra de trabajadores de la salud, así lo informaba Shamil Sharms (2019) en la noticia del periódico on line DW. La violencia coincidió con los rumores de niños que sufren reacciones adversas a una vacuna contra la polio.

## **Conclusión**

Como se puede observar el criterio de obligatoriedad o no de la vacunación depende de la historia de cada país y de las políticas de gobierno y de estado, ya que la salud y por ende la vacunación es una política de Estado, en donde el Estado puede reducirse a su mínima o máxima expresión en su rol interventor. Por tal motivo dicho criterio ha ido variando en algunos casos hacia un sentido y en otros en otra dirección, aunque en la actualidad, con el surgimiento de algunos brotes de ciertas enfermedades, la tendencia es hacia la vacunación.

Cabe destacar que de manera oficial las vacunas son recomendadas u obligatorias, es decir que no se duda de su efectividad y que si bien se trata de vacunar a la mayor parte de la población, justamente en lo que atañe a esta investigación es la voluntariedad u obligatoriedad es lo que va variando y que depende de las autoridades de cada país. En cuanto a la aplicación, como factor común vemos que en los países donde las vacunas son obligatorias, la no aplicación de las mismas es un impedimento para el ingreso a

instituciones educativas lo que implica un control adicional a cargo de las escuelas. En el próximo capítulo nos adentraremos en la situación en nuestro país, pero a modo comparativo con el resto de los países estudiados es importante destacar que Argentina cuenta con el calendario más completo de la región y de características obligatorias.

## CAPITULO III:

### III. 1. Vacunación en nuestro país

A modo introductorio cabe destacar que en lo que va de éste año ya se produjeron cuatro casos de sarampión en nuestro país una de las enfermedades prevenibles con la vacunación y que se creía erradicada hace algunos años. Así lo informaba el diario La Nación versión on line con fecha 13 de Abril de éste año:

*“La Secretaría de Salud de la Nación emitió una alerta epidemiológica por un contagio de sarampión en un hombre de 36 años, residente en la ciudad santafesina de Rosario, que habría tenido contacto con el turista ruso que estuvo internado a causa de esa enfermedad en marzo último en la ciudad de Buenos Aires. Ya son cuatro los casos confirmados durante este año.”<sup>4</sup>*

Vemos de esta manera que nuestro país no es ajeno del problema global analizado en páginas anteriores. Por tal motivo en éste tercer capítulo se realizara un análisis desde tres puntos de vista, legislativo, doctrinario y jurisprudencial circunscribiéndonos territorialmente en nuestro país.

#### III. 1. A) Análisis legislativo

Este análisis implica revisar las diferentes leyes emanadas de los poderes legislativos facultados para tal función. En nuestro país existe un “Calendario de Vacunación”, las vacunas que se incluyen en dicho calendario son obligatorias y gratuitas. Tal como lo indica el sitio web del Ministerio de Salud de la Nación (ya no ministerio, ahora Secretaria) de nuestro país donde indica que la importancia de la vacunación radica en que es una de las principales medidas para prevenir un conjunto de enfermedades que

---

<sup>4</sup> Diario on line La Nación. (13 de Abril de 2019) *Alerta por Sarampión: confirman un nuevo caso en el país y ya van cuatro en el año*. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/sarampion-nid2238023>

pueden ser graves para la salud. Por lo cual es responsabilidad y obligación de todos el que nos apliquemos las vacunas que corresponden durante cada etapa de la vida, para evitar dichas enfermedades y contagiar a nuestra familia y otras personas.

En lo que se refiere al análisis de la legislación respecto al tema debatido tenemos como antecedente inmediato la Ley 22909 de Vacunación Obligatoria sancionada en el año 1983 que prescribe que: “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.” (Ley 22909, 1983, art. 11).

Sin embargo en la redacción de la misma encontramos varios vacíos legales por lo que creemos que la nueva ley 27491 de “Control de enfermedades prevenibles por vacunación” implementada este año es de suma importancia para aclarar y completar los puntos débiles de la anterior, sobre todo en materia de control y aplicación.

Antes de la sanción de la nueva ley existieron en algunas provincias como es el caso de Mendoza donde, de acuerdo a la noticia publicada en el mes de julio, el nuevo código de faltas prevé multas para los padres de los chicos que no estén vacunados. Según explica el Diario UNO (2018), las multas irán desde los \$1.900 a los \$7.600 y podría haber arrestos de hasta 5 días. El proyecto enviado por el poder ejecutivo provincial busca reemplazar el Código Contravencional de Mendoza, y en el apartado de las acciones que atentan contra la salud, la sanidad y la higiene se habla de la omisión de la vacunación por parte de los responsables de los menores de edad: indica que serán sancionados los padres, tutores, curadores o guardadores que no cumplan con la obligación de que sus hijos o menores a cargo reciban las vacunas obligatorias incluidas en el calendario nacional. La medida no regirá únicamente a los padres sino que también alcanzará a los funcionarios públicos que tengan conocimiento de esta vulneración del derecho a la vacunación de los menores que o no comunique esa circunstancia a la autoridad administrativa local. Los empleados que lo omitan serán sancionados con el doble de lo previsto para los padres.

Como adelantábamos anteriormente, en los primeros días del mes de Enero de 2019 como se explica en la página de Fundación Huésped, se promulgó la Ley 27.491 de Control

de enfermedades prevenibles por vacunación, sancionada en diciembre pasado por unanimidad en las dos cámaras. La actualización del marco legal para la prevención primaria a través de las vacunas, informa además, que fue un proyecto del Diputado Nacional por Tucumán, Pablo Yedlin.

Por lo que creemos importante ver en detalle algunos de los artículos de la nueva ley. En su artículo primero detalla el objeto de la misma que es “regular la implementación de una política pública de control de las enfermedades prevenibles por vacunación.” (Ley 27491).

Define también el concepto de vacunación como “una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva. Se la considera como bien social, sujeta a los siguientes principios:

- a) Gratuidad de las vacunas y del acceso a los servicios de vacunación, con equidad social para todas las etapas de la vida;
- b) Obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas;
- c) Prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular;
- d) Disponibilidad de vacunas y de servicios de vacunación;
- e) Participación de todos los sectores de la salud y otros vinculados con sus determinantes sociales, con el objeto de alcanzar coberturas de vacunación satisfactorias en forma sostenida.” Art 2

De estos primeros artículos se desprende que la vacunación integra una política pública para controlar las enfermedades, además se le reconoce su efectividad y por estas razones se le atribuyen los principios mencionados entre los cuales se destaca en el presente trabajo el de la obligatoriedad y el de la prevalencia de la salud pública sobre el interés particular.

En el artículo séptimo se adopta el criterio de obligatoriedad para las vacunas de la siguiente forma: “Las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de

emergencia epidemiológica, son obligatorias para todos los habitantes del país conforme a los lineamientos que establezca la autoridad de aplicación.” Este artículo presenta una gran similitud con el artículo 11 de la ley anterior pero se introduce el concepto de Calendario Nacional de Vacunación.

También vemos en la ley otros artículos de mucha importancia, transcribiremos los que a nuestro criterio guardan estrecha relación con el enfoque del tema tratado:

Art. 10.- Los padres, tutores, curadores, guardadores, representantes legales o encargados de los niños, niñas, adolescentes o personas incapaces son responsables de la vacunación de las personas a su cargo.

Art. 11.- Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento del incumplimiento de lo establecido en los artículos 7º, 8º, 10 y 13 de la presente ley deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión, conforme Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061.

En ambos artículos se refiere a la responsabilidad para el cumplimiento de la ley, sobre quienes recae y cuáles son las consecuencias.

Art. 13.- La certificación del cumplimiento del Calendario Nacional de Vacunación debe ser requerida en los trámites para:

- a) Ingreso y egreso del ciclo lectivo tanto obligatorio como optativo, formal o informal;
- b) Realización de los exámenes médicos de salud que se llevan a cabo en el marco de la ley 24.557 de riesgos del trabajo;
- c) Tramitación o renovación de DNI, pasaporte, residencia, certificado prenupcial y licencia de conducir;
- d) Tramitación de asignaciones familiares conforme la ley 24.714 y de asignaciones monetarias no retributivas, cualquiera sea su nombre estipuladas por normas vigentes.

La difusión previa a la implementación del presente artículo, su ejecución y los plazos de la misma, serán especificados en la reglamentación, de modo tal de favorecer el acceso de la población a la vacunación en todas las etapas de la vida sin impedir la concreción de estos trámites.

En cuanto a las sanciones, podemos ver en el Art. 14 que se indica lo siguiente: “ El incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 7°, 8°, 10 y 13 de la presente ley generará acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva.”

En resumen y en coincidencia con la Universidad de Cuyo (2018) que en su página web expone concisamente los aspectos más importantes de la Ley, los cuales son los siguientes:

**Vacunación como de interés nacional**, es el carácter e le otorga la ley y se entiende tal a la investigación, vigilancia epidemiológica, toma de decisiones basadas en la evidencia, adquisición, almacenamiento, distribución y provisión de vacunas, asegurando la cadena de frío, como así también su producción.

**Gratuidad en el acceso a los servicios de vacunación** establecida con equidad social para todas las etapas de la vida;

**La obligatoriedad de aplicarse las vacunas** para todos los habitantes de la nación y la **prevalencia de la salud pública** por sobre el interés particular, entre otros principios. Con la nueva norma, impone la obligación de tener actualizadas sus vacunas a todas las personas que desarrollen actividades en el campo de la salud que tengan contacto con pacientes así también a quienes trabajen en laboratorios.

**Calendario Nacional de Vacunación** que será requerido para trámites como el ingreso y egreso del ciclo lectivo; la realización de los exámenes médicos por trabajo; la tramitación o renovación del DNI, pasaporte, residencia, certificado prenupcial y licencia de conducir; y la tramitación de asignaciones familiares.

**Registro Nacional de la Población Vacunada Digital**, establece su creación y contendrá los datos del estado de vacunación de todos los habitantes del país, y del Registro Nacional

de Vacunadores Eventuales. Además, las vacunas sólo podrán ser aplicadas en establecimientos habilitados por la Secretaría de Salud.

**Sanciones.** Se fijan multas para los vacunadores que cometan infracciones, como negarse a aplicar una vacuna, falsificación del CUV, intención de cobrar por la aplicación de una vacuna o aplicar una vacuna en un lugar no habilitado. Las sanciones, a aplicarse según el caso, son apercibimiento, multa graduable entre 10 y 100 salarios mínimo vital y móvil, e incluso la suspensión por hasta un año. La nueva norma crea también la Comisión Nacional de Seguridad en Vacunas (Conaseva), que “publicará los efectos colaterales o indeseados de las vacunas”.

Por último, se establece el día 26 de agosto de cada año como **Día Nacional del Vacunador.**

Cabe aclarar que además de las leyes nacionales existen otras de carácter internacional que con la reforma de 1994 tienen validez constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en algunos de sus artículos se refiere a la salud colectiva. Por ejemplo:

*“Art 12. Libertad de Conciencia y de Religión. Inc. 3 La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.*

*Art 19 Derecho del Niño. Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado.*

*Art 32 Correlación entre Deberes y Derechos.*

- *Inc. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.*
- *Inc. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.” (Ley N° 23.054 Año 1984)*

En estas leyes correspondientes a la Convención Americana podemos observar que la libertad es un derecho indiscutible pero que el mismo posee diferentes límites, a saber, la seguridad, el orden, la moral y el derecho del resto de las personas, el motivo de estas limitaciones es la vida en sociedad

### **III. 1. B) Análisis doctrinario**

En este punto revisaremos algunas posiciones respecto a la obligatoriedad de las vacunas y diferentes puntos de vista.

Si bien los movimientos anti-vacunas existen en todo el mundo desde hace mucho tiempo, incluso desde la creación de las primeras vacunas, es importante mencionar que ésta desconfianza se ha ido incrementando en los últimos años en mayor o menor medida en algunos países.

En Argentina existen muchas personas que están en contra de la vacunación obligatoria, sin ir muy lejos existe una petición de una conocida organización llamada Change.org que cuenta con más de 15000 firmas a favor de la derogación de la Ley de Vacunación Obligatoria 22909. En dicha petición afirman entre otras cosas que la vacunación obligatoria se contrapone con el Protocolo de Núremberg, el derecho a la integridad física, el derecho a la vida, el derecho a la patria potestad y el derecho al consentimiento informado contemplado por la Ley Nacional 26.529, los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, entre otros derechos naturales.

#### Proyecto de ley en contra de la obligatoriedad

En el año 2017 en nuestro país resurgió el debate a causa de un polémico proyecto de ley, de acuerdo a la nota periodística de Valeria Chavez del diario digital Infobae (2017) que nos informaba que la autora de la iniciativa fue Paula Urroz diputada de Unión Pro y que en el artículo 1, del mencionado proyecto proponía que las personas que sean pasibles

de vacunación obligatoria u opcional y quienes fuesen responsables por la vacuna que reciba un menor a su cargo deberían recibir previamente una información fehaciente acerca de los riesgos que la inoculación de la vacuna en cuestión implica, posibilitando la aceptación o no aceptación de ese acto médico, en cumplimiento del derecho al consentimiento informado establecido en el Capítulo III de la Ley 26.529. Infobae nos dice además, que entre los fundamentos de su proyecto, Urroz establecía que las vacunas contienen componentes de naturaleza tóxica (aluminio, mercurio, polisorbatos, formaldehído, etc.) y biológicos (virus y bacterias muertas o atenuadas, restos de ADN de células de cultivo humanas y animales) que conllevan un riesgo, constatado en los hechos, de muerte, enfermedad aguda o crónica de variada naturaleza, a lo que hay que añadir la modificación del patrimonio genético.

Sin embargo por otra parte encontramos numerosas opiniones médicas a favor de la vacunación y la necesidad de su obligatoriedad. Tal es el caso de Victoria Cavoti, patóloga perinatal de la maternidad Ramón Sardá y especialista en Salud Comunitaria, estimó que la aprobación de una ley de ese tipo representaría “un retroceso de 100 años” y tal como ha establecido la Justicia, destacó que “vacunar a los niños es un acto colectivo de salud”.

Al respecto, el doctor Daniel Stamboulian, experto inmunólogo y director de Fundación Centro de Estudios Infectológicos (Funcei) señaló de manera categórica: "Las vacunas fueron y son, después del agua potable, los elementos más importantes para la reducción de las enfermedades y muertes". Y agregó: "Los llamados 'grupos anti-vacunas' no tienen ningún sustento científico que los avale. Cuando existe una vacuna capaz de prevenir una enfermedad, es siempre mejor inmunizarse antes que padecer la infección. Hay que pensar que si la persona que se enferma pertenece a un grupo de riesgo, puede tener complicaciones graves e, incluso, perder la vida".

En definitiva, el proyecto de ley en contra de la obligatoriedad de las vacunas no contó siquiera con el apoyo del oficialismo y mucho menos de la oposición, por lo que no avanzó en el Congreso.

En resumen vemos que la doctrina en general se ha pronunciado acerca del tema tratado en que existe una legítima finalidad constitucional y convencional, que además es

socialmente relevante, que ampara la vacunación compulsiva de los niños tanto desde la protección de la salud individual como de la colectiva

### **III. 1. C) Antecedentes jurisprudenciales**

En principio conceptualizaremos el término del cual nos referiremos en este punto. Siguiendo el pensamiento de Martínez Paz (2005) entendemos que se entiende por jurisprudencia a la doctrina jurídica que surge de los fallos judiciales a cerca de una misma materia y con un enfoque similar. Por lo que es un cuerpo coherente y riguroso de doctrina jurídica. La jurisprudencia otorga un marco de referencia relevante, no solamente teórico sino además práctico, es por eso que analizaremos algunos casos de la materia tratada.

En cuanto a los **antecedentes jurisprudenciales** de la temática en cuestión podemos decir que existen diferentes fallos en nuestro país y que, si bien existen algunas opiniones minoritarias en disidencia en algunos puntos, la gran mayoría tienden al rechazo a la no vacunación fundamentándose en la salud pública, el interés superior del niño y el interés colectivo.

Analizaremos en primer lugar por ser de fecha anterior el caso de N.N. o U.,V. donde podemos indicar a modo de resumen que se trata de un niño nacido el 2 de Septiembre de 2009 en Mar del Plata cuyos padres rechazaron la vacunación correspondiente a esa edad. El tribunal Colegiado de Instancia Única del fuero de Familia N° 1 de Mar del Plata desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por la Asesoría de Incapaces y confirmó la sentencia por la cual se intimó a los padres a concurrir a un hospital público para que los padres fueran informados de los riesgos de no vacunar al menor. Por último, la suprema corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario de nulidad y admitió el de inaplicabilidad de la ley, revocó la sentencia y dispuso que la causa vuelva a la instancia de origen, por lo tanto se resolvió, por mayoría intimar a los padres del menor a que en el plazo perentorio de dos días acrediten el cumplimiento del Plan de Vacunación Oficial correspondiente en ese momento a la ley 22909, bajo apercibimiento de llevarlo a cabo de manera coercitiva. Los magistrados que

intervinieron en dicho fallo T.S.J. “N. u. U., V.s. / Protección de personas” C 111.870, 6 Octubre de 2010 del Tribunal Superior de Justicia fueron: Hitter, Negri, Genoud, de Lazari y Soria.

Como dijimos anteriormente, aunque encontramos votos con opiniones contrarias existen puntos que analizaremos detenidamente a continuación donde la mayoría se expresa a favor de la vacunación obligatoria:

En cuanto a los menores señalan que la ley 22909 instituyó el “Régimen General para las Vacunaciones contra enfermedades prevenibles por ese medio” donde se impone el deber de vacunación a cargo de los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o encapaces que serán responsables con respecto a las personas a su cargo.

En lo que refiere al alcance y en éste punto nos detenemos por ser de vital importancia con respecto a nuestro trabajo, los jueces manifiestan que el perfil obligatorio de la inmunización dispuesta por la ley antes mencionada no colisiona con el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud. El carácter imperativo del régimen constituye una excepción no incluida expresamente a la exigencia del consentimiento informado, sin embargo no desplaza otras directivas el régimen de Derechos de los Pacientes tales como los derechos a recibir un trato digno y respetuoso, ni a recibir una información necesaria.

En cuanto a las opiniones en disidencia mencionamos la siguiente expresada en el fallo por el juez doctor Negri que indica que la decisión de los padres del menor de oponerse a que éste reciba las vacunas previstas en el Plan de Vacunación, se trata de una actitud deliberada, racionalmente asumida y libremente decidida en el núcleo de una familia, sin que se advierta transgresión alguna al orden público, una actitud compulsiva en un sentido contrario sería sustituir una determinación familiar por otra estatal, invirtiendo el orden natural de las sociedades domésticas y políticas.

Sin embargo y pese a ésta última opinión la mayoría determinó que los padres no pueden, frente a una norma imperativa del Estado destinada a prevenir cierto tipo de enfermedades, que una vez contraídas pueden producir secuelas irreversibles, exponer a sus hijos a padecerlas por una elección que los convence pero que excede el ejercicio de la

autoridad parental. Asegurar la salud es una deber del Estado y es que donde encontramos la colisión entre la autonomía de los padres a elegir el sistema de salud con que protegerán a sus hijos y la obligación del Estado de garantizar el acceso a la misma de todos los niños.

Dicho fallo fue elevado a la Corte Suprema de Justicia que también tuvo un pronunciamiento al respecto. En el recurso extraordinario los apelantes señalan que la decisión impugnada incurre en un perfeccionalismo y/o paternalismo incompatible con el principio de autonomía de la persona y que la sentencia no valora los principios constitucionales al presumir que generan riesgos para su hijo y para terceros en caso de no vacunárselo pero que no conectan directamente con ninguna situación de emergencia sanitaria o epidemiológica. La corte admite el recurso pero aclara tratarse de una norma del derecho federal, ella no se encuentra limitada en su decisión a por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, por lo tanto veremos algunas de los argumentos esgrimidos en el fallo dictado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Fayt, Zafaroni y Petracchi:

Con respecto a la decisión de los padres la corte declara que no puede considerarse una de las acciones privadas contenidas en el art. 19 de la Constitución ya que dicha decisión afecta los derechos de terceros, poniendo en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, ya que la vacunación no alcanza solo al individuo que la recibe sino que incide en la salud pública cuyo objetivo primordial es el de reducir y/o erradicar los contagios de la población.

Además cita lo mencionado en un informe elaborado por la Organización Mundial de la Salud que afirma “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...” Por lo que, atendiendo al interés superior del niño, considerando la regla del art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño sobre otros sujetos individuales o colectivos e, incluso el de los propios padres. Y concluye que la no vacunación del menor lo expone a contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades.

En conclusión La Corte se ha manifestado al respecto de la siguiente manera “no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar derivado del 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.(CSJN “N.N. o U, s/ protección y guarda de personas” N 157 XLVI. RECURSO EXTRAORDINARIO, 12 de Junio de 2012)

Otro caso de mucha importancia y repercusión es el ocurrido en el sur de nuestro país, donde tal como lo informa el Poder Judicial de Chubut en su sitio de internet JusNoticias (2019) se detallan los hechos de la siguiente forma: *El inédito fallo de la Jueza de Familia de Comodoro Rivadavia, Dra. María Marta Nieto, quien ordenó a un matrimonio vacunar a una beba recién nacida, fue destacado por distintos medios periodísticos del país. El Diario Clarin se hizo eco de la noticia y lo mismo hicieron otros diarios porteños. También varios canales de televisión, entre ellos, América TV y el canal de cable TN, entrevistaron a la magistrada en las últimas horas. La prensa nacional destacó el grado de compromiso y la celeridad con la que la jueza resolvió el asunto en 24 horas, garantizando el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 22.909 y en defensa de los intereses del niño. Los padres querían vacunar a la pequeña, pero luego de los seis meses, pues consideraban que su hija estaba sana y que la lactancia materna sería su principal defensa y argumentando que, en su momento, el pediatra de cabecera los autorizó a no vacunarla. En diálogo con el periodista Ricardo Canaletti, la Dra. Nieto relató que “el viernes pasado recibí un llamado de la Asesora de Familia en el que se me solicitaba que interviniera ante una pareja que se negaba a vacunar a su beba. Inmediatamente, me dirigí a la clínica donde se había producido el episodio para escuchar los fundamentos de esa decisión”. La jueza comentó al periodista de TN que “me reuní con los padres en el centro asistencial y pedí que estuviera presente un médico pediatra porque el caso tenía que ver con la ciencia médica y era necesario que alguien le explicara al matrimonio qué tipo de vacunas eran las que debían aplicarse en el momento y los efectos que podía generar la no*

*vacunación”. Nieto manifestó que “la charla con el médico también sirvió para ilustrarme sobre un montón de cuestiones. Le pregunté puntualmente si en este caso en particular había alguna contraindicación médica para aplicar las vacunas y el especialista me contestó que no”. Los padres sostenían que no era necesario vacunarla ahora, argumentando que las vacunas tienen efectos contraproducentes en los bebés, pero no pudieron sostener esa postura con ningún argumento científico. Luego de la audiencia, que se concretó en la clínica, la magistrada dictó la sentencia, instando a los progenitores a vacunar a la pequeña y si no acataban la orden emitida, la clínica debía proceder a la vacunación de manera compulsiva, haciendo respetar la ley vigente, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. En la resolución, Nieto citó argumentos de fallos anteriores y de la Sociedad Argentina de Pediatría, donde señalan que está comprobado que la vacunación es necesaria, que el Plan de Vacunación tiene una razón de ser y que no cumplir con él, implica un riesgo para la persona no vacunada, y al mismo tiempo, constituye un derecho y una obligación para prevenir enfermedades. En la entrevista televisiva, la Jueza de Familia de Comodoro Rivadavia, indicó que “hay un calendario que está publicado y es obligatorio, la vacunación es Ley desde 1983 y tiene que ver no solo con el derecho a la salud de la niña sino con el derecho a la salud pública. Si estuviéramos en presencia de un acto médico que tuviera que ver nada más con los derechos disponibles que tenemos sobre nuestro propio cuerpo estaríamos en un escenario pero si estamos hablando de actos que pudieran tener consecuencia respecto de terceros, entonces estamos en otro escenario y es otra la mirada que debemos tener”. Finalmente, los padres acataron la decisión de la jueza y se aplicó a la recién nacida las vacunas BCG y anti Hepatitis B, además de la vitamina K.*

De este caso en cuestión destacamos dos cuestiones, una que la no vacunación es equiparable a la vacunación fuera de los términos indicados, que el respeto al calendario de vacunación debe abarcar tanto la vacunación propiamente dicha como los plazos en donde debe realizarse. Y la otra cuestión que resaltamos es el fundamento dado por la jueza interviniente que valora la salud pública sobre los intereses individuales.

Otro caso más actual es el de un niño nacido el pasado 28 de Diciembre y cuyos padres se negaron a inmunizar contra la hepatitis B y la tuberculosis, alegando que la

vacunación tiene efectos secundarios. El juez que intervino intimó a los progenitores a acatar la ley 27941, bajo apercibimiento de realizar una vacunación compulsiva. Dicho fallo fue recurrido por los padres a lo cual la Cámara Civil manifestó que los apelantes no incorporaron razones de trascendencia. Además destacó que el proyecto familiar expuesto como justificación a la no vacunación trasciende notoriamente la esfera de privacidad que garantiza el art 19 puesto que sus consecuencias se proyectan directamente a terceras personas por lo tanto involucra a la salud pública (Cámara Civil - Sala feria “Defensoría de menores e incapaces N 1 c/ C. F., T. S. s/MEDIDAS PRECAUTORIAS, 15 de enero de 2019) El recurso interpuesto en la Cámara feria en vistos y considerandos nos aclara acerca de la cuestión de fondo diferentes aspectos a tener en cuenta que desarrollaremos a continuación:

Sobre el derecho a la salud nos dice que si bien no se encuentra contenido en un artículo expreso, su adscripción al derecho a la vida y a la integridad física, la jurisprudencia lo receptó dentro de la aplicación del artículo 33, considerándolo un derecho implícito. Con la reforma constitucional de 1994 la situación varió notablemente porque dentro de los derechos del consumidor dispuso expresamente a protección a la salud (Ley 24240 art 42) pero la razón más relevante reside en que los tratados internacionales fueron incorporados en el Art 75, inc. 22 y que aluden expresa o tácitamente a la salud como derecho humano básico, tal es el caso de los artículos I y XI de La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o el Art 26 de La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Art. 12 de Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales. En contraposición encontramos el art 19 de la Constitución nacional y el art 3 de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, donde ambos se refieren a la autonomía y voluntad sobre las acciones privadas. A todo lo expuesto los camaristas concluyen que el derecho a la autonomía personal y a la libre elección de un plan de vida abarca el respeto a las decisiones familiares pero su extensión encontrará como limite la no afectación de los derechos individuales de T. y también los colectivos del resto de la comunidad.

En otro punto se refieren más específicamente a las razones científicas alegadas, donde el tribunal asevera que no son suficientes para admitir su pretensión, además los tratados internacionales son contundentes a obligar a los estados parte a adoptar medidas

positivas para salvaguardar y maximizar el derecho a la salud y la vacunación es un caso paradigmático de actuación preventiva y colectiva.

En cuanto a que los apelantes insistieron en que no existe una pandemia o epidemia generalizada, sin embargo estos argumentos no condicionan o limitan la aplicación del calendario obligatorio, cuyo objetivo es evitar que esos sucesos de produzcan. Por todos estos argumentos el tribunal compuesto por Víctor Liberman, María Isabel Benavente y José Benito Fajre resuelve que el recurso de apelación será desestimado y se confirma la decisión.

En este fallo se evidencia, a diferencia de otros países donde la vacunación es voluntaria y sólo obligatoria en ciertos casos, tales como epidemia, el carácter adoptado por nuestro país de la obligatoriedad sin depender de ninguna situación similar a una epidemia o pandemia, porque es justamente lo que se pretende evitar. Además en coincidencia al fallo anterior se observa que se hace hincapié en el carácter colectivo de la vacunación.

## **Conclusión**

En cuanto a la legislación, vemos que la nueva ley renueva la regulación para garantizar nuevos controles y además le dá al Estado la facultad y la responsabilidad de mantener actualizado el calendario de vacunación y promover su cumplimiento de manera efectiva. Tanto la legislación, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia se encuentran en congruencia con respecto a la temática analizada. En todos los casos la tendencia es a favor de la obligatoriedad de la vacunación.

Incluso dicha Ley de Vacunación Obligatoria se encuentra en concordancia con las opiniones de la Corte Suprema, máximo tribunal en nuestro país. En dicho órgano los integrantes justifican principalmente su validez anteponiendo la salud pública o el interés colectivo por encima de la autonomía para decidir no realizar la vacunación.

En cuanto a mi perspectiva personal comparto la posición mayoritaria dada en los fallos analizados de que, teniendo en cuenta que las decisiones sobre las que radica el tema en cuestión son índole de salud, en particular de vacunación y que la misma se encuentra

aceptada como un método de prevención favorable a la salud individual pero sobretodo social por todo esto coincido con los fundamentos otorgados por los tribunales y teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, considero de vital importancia que el estado garantice la misma para todos los habitantes.

## CAPITULO IV:

### IV. 1. Constitucionalidad de la vacunación obligatoria

En este capítulo ahondaremos precisamente en el aspecto de la vacunación que nos compete desde el punto de vista jurídico, analizaremos la concordancia con la ley suprema para determinar, la legalidad de la obligatoriedad de la vacunación. Es decir que nos centraremos en explicar lo que se denomina constitucionalidad de las leyes para que de ésta forma podemos determinar si dicha ley es concordante, a la Constitución Nacional y de esta forma se determinará la legalidad de la obligatoriedad de la vacunación.

De acuerdo a lo señalado en capítulos anteriores queda aclarado que la Constitución recepta el principio de autonomía de la voluntad, ahora bien, hay determinar si ocurre lo mismo con la Ley de vacunación obligatoria. La ley 22909 de Vacunación Obligatoria fue sancionada en la década del '80 y prescribe la obligatoriedad de las vacunas para los habitantes de nuestro país. Con posterioridad, éste mismo año se dictó una nueva Ley N° 27491 que rige en la actualidad.

Comenzaremos repasando el concepto de *supremacía constitucional*. Recordemos que “la noción de que la constitución formal, revestida de supra legalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación del deber-ser; todo el orden jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal” (Campos, 1998)

Becerra Ferrer (1998), nos dice que el nacimiento del Estado constitucional presupone la existencia de una Constitución que tiene categoría de súper ley o ley suprema, lo que significa que todo orden jurídico tiene como fundamento absoluto la Constitución, por lo que toda norma jurídica que no se asienta en la Constitución no es ley porque no se adecua a la súper-ley.

Este principio tiene como antecedente inmediato la Constitución de los EEUU, que es una de las principales fuentes de nuestra constitución, de hecho nuestro Art 31 guarda grandes similitudes con el Art. VI, cláusula segunda de dicha constitución norteamericana.

El Art. 31 de nuestra Constitución Nacional en su primera parte dispone: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su concordancia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...” Claramente la Constitución se define a sí misma como Ley suprema y constituye la base o el fundamento de todo el orden jurídico argentino.

*Tratados internacionales y su reconocimiento.* Es importante recordar que la reforma constitucional de 1994 introdujo un régimen de validez de los tratados internacionales en los incisos 22 y 24 del Art. 75 que se refiera a las atribuciones del Congreso, de los cuales se puede extraer la siguiente clasificación:

Tratados de derechos humanos: La Constitución ha incorporado con *jerarquía constitucional* los siguientes tratados: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto internacional de Derechos económicos Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Tortura y otros Tratos y Penas crueles, Inhumanos o Degradantes y Convención sobre los Derechos del Niño.

Tratados de integración: La Constitución autoriza al Congreso para “aprobar tratados de Integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supra estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad”. Las normas dictadas tienen jerarquía superior a las leyes, pero inferior a la Constitución

Tratados y concordatos comunes: subsiste la facultad del congreso de “aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y con las Organizaciones internacionales y Concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Volviendo al tema de la constitucionalidad y ya habiendo determinado la jerarquía de la misma y de los tratados antes mencionados, continuaremos por analizar específicamente la Ley de Vacunación. En este punto citaremos un trabajo de Fernando M. Toller (2012) en el que realiza un análisis del control de constitucionalidad de razonabilidad en seis tests para el régimen de inmunización obligatoria, basándose en un caso puntual de jurisprudencia, donde apunta a determinar:

- a) si la pretensión fundada en la autonomía familiar y en la patria potestad podría tener acogida favorable o bien conculcaba el derecho a la salud del menor
- b) si la intervención estatal para garantizar el derecho a la salud del niño y la salubridad colectiva a través de la prevención de contagios, vulneraba o no la patria potestad.

La finalidad de éste tests de seis pasos es “controlar los elementos en juego en una reglamentación de un derecho fundamental o de un derecho humano”.

1. El primer punto analiza la finalidad de la norma. En este caso coexiste la protección de la salud en sus manifestaciones individual y colectiva. Desde el punto de vista individual, el objetivo reside en evitar los padecimientos en el curso de determinadas patologías y las secuelas que puedan sobrevenir. Y en el prisma colectivo, el propósito es disminuir; y de ser posible eliminar, todo foco infeccioso susceptible de masificarse, máxime en aquellos supuestos en que el control posterior del contagio se encuentre fuera de las posibilidades sanitarias, procurando evitar así epidemias y pandemias.
2. Analiza si el fin es constitucional o legítimo. Desde este punto de vista valorativo la protección de la salud mediante la vacunación posee una finalidad legítima. Desde el punto de vista constitucional creemos que sin dudas existe una finalidad constitucional basada en diferentes normas no solo constitucionales sino también internacionales, que ampara la vacunación de los niños, tanto desde la protección de la salud individual, como desde la colectiva,

3. Examina si los medios elegidos por la norma son idóneos o eficaces para el fin propuesto. En la actualidad debe concluirse que las vacunas constituyen un modo idóneo por el cual se logra prevenir muchas patologías graves, evitando sus padecimientos y secuelas, y logrando acabadamente la finalidad de tutela preventiva ante esas amenazas al bien individual de la salud y la salubridad pública. En síntesis los planes de vacunación, en general, satisfacen la exigencia de idoneidad de la medida para lograr el fin como requiere este tercer punto.
4. La medida adoptada es la más conveniente a la finalidad buscada y al derecho regulado. Los planes de vacunación obligatorios superan el subprincipio de necesidad siempre que las enfermedades contempladas sean graves y contagiosas, y en tanto no existan mecanismos alternativos idóneos con igual eficacia preventiva. Ello no quita que existan situaciones excepcionales que dependiendo de circunstancias como salud o genética del sujeto a inmunizar, obliguen a declarar inconstitucionalidad de la norma que imponga la vacunación obligatoria a “esa” persona.
5. Verifica la proporcionalidad de los medios, si existe una adecuada relación entre los costos de las medidas y los beneficios que reporta la regulación. Es claro que el “pinchazo” y quizás, la fiebre subsecuente o la molestia en el brazo, son infinitamente inferiores a los daños en la salud individual y colectiva que provocan las patologías graves y contagiosas que se previenen.
6. Por último determina si los medios afectan la esfera de funcionamiento razonable del derecho regulado, o lo alteran, restringen, limitan o afectan.

Es en este último punto donde nos detendremos y resaltaremos algunas de las conclusiones del trabajo realizado tal como que la que nos indica que la decisión adoptada por los padres de no vacunar al hijo menor, exponiéndolo a toda clase de riesgos sanitarios de gravedad y afectando la salubridad común, no puede formar parte del ámbito protegido de autonomía, por no se trata de acciones privadas sin relevancia en terceros o en la sociedad como un todo. Es decir que un plan de vacunación adecuado no lesiona el contenido esencial o inalterable del derecho a la patria potestad, ni a la autonomía familiar, ni al derecho a la salud de los menores interesados.

## IV. 2. Limitaciones a los derechos y garantías constitucionales

Dentro de éste mismo capítulo consideramos importante ahondar en el tema de los límites a los derechos.

El derecho a la salud forma parte de los derechos personalísimos de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, contemplados en el capítulo 3 bajo el nombre de “Derechos y actos personalísimos”. Tal como lo indica la pagina web de la Organización Mundial de la Salud, en éste capítulo *“se incorporan explícitamente el derecho a la dignidad, a la vida, a la salud, a la integridad, a la autonomía y a la imagen, con un implícito reconocimiento a la protección especial que merece la vulnerabilidad humana y no sin una mirada social, observada en los límites aplicables a ciertas prácticas hoy trascendentes, como la experimentación médica y en particular la genética”*.<sup>5</sup>

Dentro de las características de los derechos personalísimos, por ende el derecho a la salud, es que los mismos son absolutos o de exclusión, esto quiere decir que son ejecutables contra todos, ya se trata de demás particulares, del estado o de cualquier ente público. Pero lo importante para este trabajo es resaltar que NO son absolutos en cuanto a su contenido, están condicionados por las exigencias del orden moral y del jurídico, que obligan a respetar los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común. Esto significa que tales derechos tiene las limitaciones propias de la convivencia social, se prohíbe no solo la lesión de los bienes y derechos de la personalidad, sino también de causar cualquier perjuicio a terceros, bajo el pretexto del ejercicio de cualquier derecho inherente a la persona. Se establecen además limitaciones en interés social.

Tal como podemos leer en el libro de Becerra Ferrer y otros (1998) en un capítulo dedicado con exclusividad a éste asunto, los límites a los derechos constitucionales tienen la finalidad de asegurar el bien común y además propender a la realización del valor justicia. Asimismo distingue de las limitaciones permanentes de las excepcionales que desarrollaremos a continuación.

---

<sup>5</sup> <http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/derechos-personalisimos-su-novisima-recepcion-legal-en-el-ccycn>

Las *limitaciones permanentes* a su vez pueden estar sujetas a la reglamentación o el poder de policía, desarrollaré cada una para poder comprender acabadamente ambas.

Los derechos constitucionales son relativos y por lo que el ejercicio de los mismos no reviste carácter de absoluto sino que reconoce límites, está sujeto a reglamentación legal, que debe ser razonable. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es necesaria con motivo de la convivencia social, ya que la función es hacer a un derecho particular compatible con el derecho de los demás dentro de una comunidad y con los intereses superiores de ésta última. La facultad reglamentaria encuentra sustento en el artículo 14 de la Constitución Nacional cuando dice “que todos los habitantes de la Nación Argentina gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber...”

Para la reglamentación es imprescindible tener en cuenta los principios de legalidad y razonabilidad. En virtud del principio de legalidad se desprende que toda reglamentación o limitación a los derechos debe ser realizada través de una ley o que tenga fundamento en ella, todo en consecuencia con la Constitución nacional. En este caso la palabra “ley” abarca tanto la ley del congreso o legislatura, como también reglamentos, ordenanzas, decretos, edictos u otra norma jurídica inferior a la ley. Por otro lado el principio de razonabilidad se refiere a la adecuación de los medios para los fines que se pretende obtener. La razonabilidad puede ser cuantitativa, cualitativa e instrumental.

Por otro lado, diremos que el poder de policía es la potestad que posee el Estado para imponer por medio de la ley y conforme a los principios constitucionales ciertas limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales, son el objetivo de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, el orden público, la moralidad, la salud y el bienestar de los habitantes.

Vemos tal como puede leerse en libro El Tratado de Derecho Civil (2015) de Arturo Alessandrini, que el límite fundamental a toda norma es que la creación y aplicación de la misma siempre debe subordinarse al interés general. La naturaleza que impone la aproximación de dos seres de sexo diferente para conservar la especie, señala desde el principio que el destino de los hombres es vivir en comunidad. Sin la mutua cooperación no

pueden desarrollar sus aspiraciones ni alcanzar el bien personal y colectivo. Dicha colaboración implica relaciones pacíficas y libremente entabladas entre los miembros de la sociedad, y la única manera de que logren tener esos caracteres es que sean regidas por normas generales y obligatorias para todos. Tales normas las establece la misma sociedad a través de sus órganos y se llaman jurídicas. Ya lo decía Aristóteles en su libro “La Política” (2014) “No puede ponerse en duda que el Estado está naturalmente sobre la familia y sobre cada individuo, porque el todo es necesariamente superior a la parte” en este sentido considero que el estado como un todo tiene mayor prevalencia sobre los intereses individuales de sus integrantes. Además no se concibe una sociedad sin derecho y el derecho sin sociedad. Un adagio secular dice más o menos lo mismo: Ubi societas ibi ius que significa, “Donde hay sociedad, hay derecho”

### **Conclusión**

En éste capítulo nos adentramos en el conflicto entre dos leyes, una que protege la autonomía de la voluntad contenida en el artículo 19 de la Constitución y diferentes tratados internacionales que, como vimos, constituye una norma de jerarquía constitucional de acuerdo a la incorporación de los mismos en la reforma de 1994 y por otro lado la ley de Vacunación Obligatoria. Sin embargo podemos ver que el derecho constitucional de la autonomía de la voluntad no se ve afectado sino solamente limitado y que cede ante otros derechos superiores. Esas limitaciones a los derechos son necesarias para la vida en sociedad.

## CAPITULO V

### **V. 1. Jurisprudencia de la CSJN en torno al derecho a la salud, la vida y la autonomía individual**

En su libro “Derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Rodolfo Ariza Clerici (2004) analiza fallos de la Corte Suprema en relación al Derecho de la Salud, de los cuales profundizaremos en algunos en particular, independientemente del tema de la vacunación para entender los criterios y posturas del máximo tribunal de nuestro país.

#### *1. Reglamentación razonable del derecho a la salud. Limitación de otro derecho de raigambre constitucional. Caso: B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo*

Resumen de los hechos:

En primera instancia se hizo lugar al amparo promovido por R. E. B. y dejó sin efecto el acto administrativo dictado el 4 de octubre de 1993 por el que se había dispuesto el pase del actor a retiro obligatorio. En la Cámara de apelaciones se confirmó la sentencia y se dispuso la convocatoria de una nueva junta médica a fin de que se evaluara en las condiciones que fijó el fallo. El fallo de la Corte Suprema que analizaremos es del año 1996 y se trata de un recurso extraordinario interpuesto por la Policía Federal Argentina contra la sentencia de la Cámara.

Estándar aplicado por la Corte:

La Corte resolvió que La Policía Federal Argentina posee una facultad discrecional amplia sobre sus agentes en materia de exámenes de salud, a fin de valorar la idoneidad de sus dependientes, incluyéndose dentro de estos exámenes rutinarios la detección del virus HIV/SIDA. También señaló que la ley 23.798 faculta a la Policía Federal a incluir dentro de sus exámenes de salud la detección obligatoria del virus HIV aun con prescindencia del consentimiento individual, puesto que el fin propuesto por el legislador es la “protección de

la salud pública" mas no el resguardo del derecho a la intimidad de las personas, es decir, de sus agentes.

El sentido asignado a la expresión "protección de la salud pública" se refiere exclusivamente a la protección de terceros por el riesgo de contagio. Cabe observar que, en rigor, la Corte ha sopesado el argumento de "protección de la salud pública" sobre la autonomía de la voluntad y de la intimidad, reconociendo mayor discreción a la Policía Federal para el ejercicio del control de idoneidad sobre sus dependientes.

La Corte, en el presente caso, ha interpretado teleológicamente la ley 23.798, declarando el interés público de la lucha contra el SIDA, considerando que la misma ha sido creada en el ejercicio razonable del poder de policía a los fines de prestar un marco de mayor protección al bien jurídico salud pública, cuya consecuencia tenida en miras por el legislador ha incidido en una razonable limitación, de otros derechos de raigambre constitucional.

Siguiendo el análisis de Rodolfo Ariza Clerici en este caso, coincido en que si bien el derecho a la salud no ha sido considerado en relación directa a la cuestión federal planteada, se lo ha tratado colateralmente como base de justificación para operar la limitación de los derechos a la intimidad, privacidad e inclusive, el derecho a trabajar. Es decir, que se advierte la permisón de una mayor injerencia estatal frente a una cuestión de un declarado interés público, tal como resulta la salud del resto de la comunidad.

En mi opinión el caso fue resuelto teniendo en cuenta dos posiciones antagónicas, la intimidad de la persona como interés público, y se otorgó preeminencia a éste último, basándose en que la Corte tiene como uno de sus objetivos velar por el cumplimiento de la ley que declara de interés público a la lucha contra el VIH, protegiendo al resto de la sociedad de los riesgos de contagio.

*2. Sustracción de menores vinculada a la desaparición de personas. Estudios de histocompatibilidad. Extracción compulsiva de sangre. Caso: Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años*

#### Resumen de los hechos:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal dejó firme la resolución dictada por la magistrada de primera instancia que había ordenado a un mayor de edad y presunto hijo de personas desaparecidas durante la última dictadura militar, comparecer para someterse a la extracción de una muestra de sangre en el marco de la investigación en orden a un presunto delito de lesa humanidad. Contra ese pronunciamiento, se interpuso recurso extraordinario. La mayoría de la Corte Suprema revocó la sentencia con fecha 11 de Agosto de 2009.

#### Estándar aplicado por la Corte:

Votos: Mayoría: Ricardo Luis Lorenzetti, E. Raúl Zaffaroni (voto conjunto), Carlos S. Fayt (su voto), Enrique Santiago Petracchi (su voto), Carmen M. Argibay (su voto) -  
Disidencia: Elena I. Highton de Nolasco (su voto), Juan Carlos Maqueda (su voto).

- En primer término, los jueces Lorenzetti y Zaffaroni consideraron que en la causa no se han agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima. Señalaron que cuando un principio colisiona con otro de igual rango -en el caso, la autonomía de voluntad de la víctima presuntamente secuestrada y el derecho a la verdad de los supuestos familiares biológicos-, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica. Finalmente, agregaron que la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, y no se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea, razón por la cual decidieron dejar sin efecto lo resuelto.
- Para la jueza Argibay, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito

debe entenderse incluido dentro del concepto de “vida privada” contenido en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional. Señaló que la decisión de encuadrar constitucionalmente el derecho del recurrente a oponerse a la extracción compulsiva de sangre dentro de la protección del artículo 18 de la Constitución Nacional tiene una importante consecuencia que debe ser ponderada, pues dicha garantía admite que en ciertos supuestos el Estado pueda interferir en distintos aspectos de la vida privada de una persona, posibilidad que está dada por la necesaria intervención de un juez que deberá estimar si la medida es razonable, es decir, si tan grave interferencia en los derechos individuales está justificada en orden a obtener los elementos de juicio imprescindibles para fallar el caso.

- En su disidencia, la jueza Highton de Nolasco entendió que si se trató de determinar si es constitucionalmente válido obligar al interesado, a ser objeto de una extracción de sangre para determinar su patrón genético, era necesario encontrar un punto de equilibrio determinando de qué modo podía materializarse el derecho a la verdad sin lesionar los derechos de persona alguna o bien, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes son víctimas involuntarias de los hechos, sin observar que la medida en cuestión afectara derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, pues la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, realizada por medios médicos ordinarios, ocasionaría una perturbación ínfima frente a los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen. En ese contexto, estimó que aquella resultaba adecuada a los fines indicados en la resolución apelada como medio dotado de mayor identidad para arribar a la verdad material sin advertir que se afectara sustancialmente los derechos invocados por el apelante. Al respecto, consideró que existían indicios suficientes que avalan la adopción de la medida

cuestionada, con inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa; propios del proceso de investigación penal e idóneos para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y se traducían en una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima, realizándose con intervención de personal médico, en condiciones de asepsia e higiene, y su efectiva concreción quedaría subordinada a la inexistencia de eventuales razones de salud que, debido a su gravedad, pudieran obstaculizar momentáneamente su producción.

- Para el juez Maqueda, las condiciones dadas durante el proceso no se revelaban como una medida que afecte los derechos invocados al existir indicios suficientes que justificaban la adopción de medidas propias del proceso de investigación penal y que suponían una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima con intervención de personal médico, en condiciones de asepsia e higiene y siempre que no se invocaran serias y comprobadas razones de salud que pudieran obstaculizar la adopción de la medida. Consideró que el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal necesitaba la ponderación de los instrumentos escogidos y de los fines hacia los que se dirigía la específica medida de coerción dispuesta en la causa. Para ello, se debía filtrar la medida a través de la necesidad, adecuación y proporcionalidad, y las normas que confieren atribuciones a los jueces para disponer medidas de prueba debían entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial y no otro. Finalmente, sostuvo que a diferencia de lo resuelto en “Vázquez Ferrá” (Fallos: 326:3758), la medida cuestionada resultaba la única alternativa capaz de dar respuesta a la cuestión debatida, lo que tornaba más necesaria su producción.

En mi opinión, coincido con el análisis realizado por el voto mayoritario que decidió finalmente revocar la sentencia de la Cámara que obligaba a la extracción. Conuerdo sobretodo en el punto donde se expone que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea, en cuanto. No comparto la postura en donde se pone énfasis en la “mínima intromisión” en el cuerpo ya que se sea mínima, suficiente o excesiva sigue siendo una medida contraria a la voluntad del interesado.

Relacionándolo al tema de la vacunación obligatoria considero que no se puede hacer un paralelismo entre ambas cuestiones debido a que en el caso de la extracción compulsiva de sangre para determinar si existió algún delito de sustracción de personas no existe un interés general ya que no se compromete el derecho de la salud del resto de la comunidad, lo que en cambio sí ocurre con la vacunación en caso de negarse a la aplicación.

*3. Derecho a la autodeterminación. Transfusión de sangre. Testigos de Jehová. Caso: Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias*

Resumen de los hechos:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil denegó la medida precautoria solicitada por Jorge Washington Albarracini Nieves a los efectos de que se autorice a los médicos tratantes de su hijo mayor de edad, perteneciente al culto “Testigos de Jehová” e internado en una clínica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a efectuarle una transfusión de sangre que resultaba necesaria para su restablecimiento. A raíz de ello, se dedujo recurso extraordinario. La Corte confirmó el 01 de junio de 2012 el pronunciamiento recurrido.

Estándar aplicado por la Corte:

Votos: Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda (voto conjunto), Carlos S. Fayt (su voto), Enrique Santiago Petracchi (su voto).

El Tribunal confirmó el pronunciamiento que denegó la medida cautelar tendiente a que se autorice a los médicos tratantes a efectuar una transfusión de sangre si no existen constancias que indiquen que la negativa del hijo mayor de edad del presentante a recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas -culto “Testigos de Jehová”- ofenda al orden, a la moral pública o a los derechos ajenos, por lo que cabe concluir que no existió interés público relevante que justificara la restricción en su libertad personal.

Entendió que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorice a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carga Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior.

Agregó que con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos “con o sin expresión de causa” (art. 2 inc. e).

En este caso nuevamente podemos realizar una comparación con la vacunación obligatoria. La decisión tomada por el paciente con respecto a la transfusión no ofendía al orden, a la moral pública ni a los derechos ajenos, por lo tanto sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad a diferencia de la vacunación que como ya explicamos tiene una implicancia de interés social que no debe perderse de vista.

## **Conclusión**

En los fallos analizados podemos observar más o menos algunos de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia, si bien son casos de diferente contenido, vemos que la pugna entre autonomía de la voluntad y el derecho a la salud puede tomar diversas formas y cada caso debe resolverse atendiendo a cada uno de los derechos involucrados.

En los fallos se nos explican las justificaciones en torno de una u otra postura respecto al derecho de la salud, incluso hay votos en disidencia en un mismo caso, lo que nos da la pauta de la delicadeza de la controversia tratada. Sin embargo no debemos perder de vista que en el fallo en relación al tema específico que nos compete acerca de la vacunación obligatoria, la Corte también se expidió y tomó una postura a favor de la misma, considerándola no violatoria al derecho de la libertad individual, como ya lo analizamos en el capítulo III donde analizamos la jurisprudencia de nuestro país en relación a la vacunación obligatoria.

## CONCLUSION FINAL

Al comenzar con éste proyecto de investigación nos encontrábamos con una legislación implementada hacía más de treinta y cinco años en nuestro país, que hacía replantearnos si se encontraba actualizada para que su aplicación pudiera ser adecuada.

Con el correr de los años, la globalización y el aumento del flujo de información hicieron que la obligatoriedad de las vacunas tuviera importante transcendencia en cuanto a la opinión pública. Éste debate se encontraba dividido entre quienes apoyaban la implementación de la obligatoriedad y por otro lado quienes basándose en la libertad y la autonomía de la voluntad opinaban que la vacunación debía ser una elección personal de cada individuo o de las personas a cargo en el caso de los menores.

Luego de analizar el principio de supremacía constitucional queda claro que todas las leyes deben seguir los lineamientos de la Constitución Nacional y por lo tanto deben conservar el espíritu de todos los principios que dicha constitución contiene. Dentro de esos principios existe el de la autonomía de la voluntad, que como hemos visto implica la libre determinación de los actos de las personas.

Por lo tanto y de acuerdo a lo investigado se puede concluir que existen algunos derechos como es el caso de la libertad o autonomía de la voluntad que si bien son fundamentales e imprescindibles y deben ser el parámetro para interpretar en caso de duda, éstos no son absolutos ya que existen casos en que deben limitarse o regularse, sin esto significar una contradicción con la Constitución Nacional. Es decir la autonomía de la voluntad debe ceder en casos en que las decisiones en juego puedan afectar de algún modo al resto de las personas dentro de una comunidad.

Como se pudo ver en los fundamentos doctrinarios de los fallos analizados la implementación de la ley protege la salud del interesado y la de terceros, es decir que la vacunación resguarda no sólo la sanidad del niño involucrado sino que involucra a la salud pública y que sus consecuencias se proyectan directamente a terceras personas.

Por lo tanto se considera que la autonomía de la voluntad en el caso de la vacunación preventiva cede ante las decisiones contrarias que puedan afectar a la salud pública, ya que el bien colectivo configura un límite a la misma, por lo cual se sostiene que su obligatoriedad no es opuesta a ninguna norma constitucional, que debe ser además respetada y su no cumplimiento debe ser sancionado.

En congruencia con lo antedicho, la ley acerca de la vacunación que se mencionó al comienzo de éste capítulo fue actualizada por una nueva, la que fue sancionada en éste mismo año, y en donde se mantiene el criterio de obligatoriedad de la anterior, lo que hace suponer que el legislador tuvo en cuenta los mismos criterios analizados en éste trabajo con respecto a la constitucionalidad de la vacunación obligatoria.

## REFERENCIAS

- AFP El Espectador. (31 de agosto de 2017) *Vacunas obligatorias en Francia pasarán de tres a 11 a partir de 2018*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/salud/vacunas-obligatorias-en-francia-pasaran-de-tres-11-partir-de-2018-articulo-710849>.
- Ariza Clerici, Rodolfo (2004) *El Derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de La Nación*. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/el-derecho-a-la-salud-en-la-csjn.pdf>
- Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades. Recuperada de: <https://vacunasaep.org/profesionales/calendario-de-vacunaciones-aep-2019>
- Comercio y Justicia (22 de Enero de 2018) *Ordenan a padres a vacunar a su hija recién nacida*. Recuperado de <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/ordenan-a-padres-vacunar-a-su-hija-recien-nacida/>
- Chavez, Valeria (28 de Junio de 2017). Un polémico proyecto de ley busca terminar con la obligatoriedad de las vacunas. Infobae. Recuperado de <https://www.infobae.com/salud/2017/06/28/un-polemico-proyecto-de-ley-busca-terminar-con-la-obligatoriedad-de-las-vacunas/>
- Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría (01 de Enero de 2018). Recuperado de: <https://vacunasaep.org/familias/calendario-de-vacunaciones-aep-2018-familias>
- Diario on line La Nación. (13 de Abril de 2019) *Alerta por Sarampión: confirman un nuevo caso en el país y ya van cuatro en el año*. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/sarampion-nid2238023>
- Diario Uno. *Padres antivacunas: habrá multas de hasta \$7.600 y arrestos*. (25 de Julio de 2018) Recuperado de: [https://www.diariouno.com.ar/mendoza/padres-antivacunas-habra-multas-de-hasta-7600-y-arrestos-07252018\\_r1W4GqCrV7](https://www.diariouno.com.ar/mendoza/padres-antivacunas-habra-multas-de-hasta-7600-y-arrestos-07252018_r1W4GqCrV7)

- Fundación Huesped. *Se promulgó la nueva ley de vacunas.* (04 de Enero de 2029) Recuperado de <https://www.huesped.org.ar/noticias/nueva-ley-de-vacunas/>
- González-García, G y Torres, R. (2017) *Curso en Salud Social y Comunitaria* Modulo 5 Políticas de Salud. Recuperado de [http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001030cnt-modulo\\_5\\_politicas-salud.pdf](http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001030cnt-modulo_5_politicas-salud.pdf)
- Jusnoticias Noticias del Poder Judicial de Chubut (22 de Abril de 2019) *El fallo de la jueza Nieto tuvo una gran repercusión nacional.* Recuperado de: <https://jusnoticias.juschubut.gov.ar/index.php/inicio/actualidad/484-el-fallo-de-la-jueza-nieto-tuvo-una-gran-repercusion-nacional>
- Medina, Rosario. (23 de Marzo de 2018) *Un mal muy contagioso. Sarampión: emiten un alerta por el riesgo de que vuelva a la Argentina.* Diario on line Clarín. Recuperado de: [https://www.clarin.com/sociedad/emiten-alerta-riesgo-vuelva-sarampion-argentina\\_0\\_HkP1OyJ5z.html](https://www.clarin.com/sociedad/emiten-alerta-riesgo-vuelva-sarampion-argentina_0_HkP1OyJ5z.html)
- Ministerio de Salud de Chile. Recuperado de: <https://www.minsal.cl/programa-nacional-de-inmunizaciones/>
- Ministerio de Salud de la Nación. *Vacunas y Calendario Nacional de Vacunación.* Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/salud/vacunas>.
- Ministerio de Salud Pública de Uruguay. Recuperado de: <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/comunicacion/publicaciones/vacunas>
- Olmos, Juan Martin (2017) *Vacunaciones sistemáticas en cuestión ¿son realmente necesarias?* Editorial: Madre Selva
- Organización Mundial de la Salud. Recuperado de <http://www.who.int/topics/vaccines/es/>
- Pianigiani, Gaia. (9 de julio de 2018) New York Times Es. *Sobre la vacunación de los niños, Italia ahora confiará en lo que digan los padres.* Recuperado de: <https://www.nytimes.com/es/2018/07/09/italia-vacunas-ninos-obligatorias/>
- Ramírez de Castro, Nuria (20 de Abril de 2017) ABC. *El sarampión se atrinchera en Europa por los movimientos anti vacunas.* Recuperado de <https://www.abc.es/sociedad/abci-sarampion-atrinchera-europa-movimientos->

antivacunas-201704202209\_noticia.html#vca=mod-sugeridos-  
p2&vmc=relacionados&vso=el-sarampion-se-atrinchera-en-europa-por-los-  
movimientos-antivacunas&vli=noticia.foto.sociedad.

- Real Academia Española. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=bF4Dg4X>
- Rueda, Mario (1995-96) *Natura Medicatrix* N° 42. *¿Es obligatoria la vacunación? Un análisis jurídico del problema.* Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4989361.pdf>
- Shamil Shams (27 de abril de 2019) DW *Pakistán suspende campaña de vacunación contra la poliomielitis después de ataques de trabajadores de la salud* Recuperado de: [https://www.dw.com/en/pakistan-suspends-polio-vaccine-drive-after-health-worker-attacks/a-48510718?fbclid=IwAR2dieH-FAXQ\\_WhBi45gDzn3h-Cv2f2Td0lXoihDke6S0IKfeAtca75fPK0](https://www.dw.com/en/pakistan-suspends-polio-vaccine-drive-after-health-worker-attacks/a-48510718?fbclid=IwAR2dieH-FAXQ_WhBi45gDzn3h-Cv2f2Td0lXoihDke6S0IKfeAtca75fPK0)
- Tal Cual (25 de Noviembre 2018) Tal Cual Digital. *SAV afirma que únicos países sin vacunas contra el VPH son Venezuela y Cuba.* Recuperado de <http://talcualdigital.com/index.php/2018/11/25/sav-afirma-que-unicos-paises-sin-vacunas-contra-el-vph-son-venezuela-y-cuba/>
- Universidad Nacional de Cuyo. (14 de Diciembre de 2018) *El Congreso sancionó una nueva Ley de Vacunas.* Recuperado de <http://fcm.uncuyo.edu.ar/el-congreso-sanciono-una-nueva-ley-de-vacunas>

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

ARTURO ALESSANDRI R.MANUEL SOMARRIVA U.ANTONIO VODANOVIC H. (2015) *Tratado de Derecho Civil*. Juridica de Santiago.

ARISTOTELES (2014) *La Política*. FV Éditions

BASTERRA, M. (2012). *Derecho a la Información vs. Derecho a la intimidad*. Santa Fe, Rubinzal- Culzoni.

BASTERRA, M. (2017) *La autonomía como derecho fundamental de los pacientes*. Publicado en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-autonomia-como-derecho-fundamental-de-los-pacientes>

BECERRA FERRER, H. et. al. (1998) *Manual de Derecho Constitucional* (2da edición actualizada) Córdoba. Advocatus

BIDART CAMPOS, G. (1998) *Manual de la Constitución Reformada*. (1ra reimpresión) Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima

BUSTMANTE, LUIS (1977) *Bases Preliminares para una conceptualización doctrinaria del Derecho Social*.

CASADO, María (2000). *Estudios de Bioética y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/solicitud/libro-estudios-de-bioetica-y-derecho>. Recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/bioetica>

DE MONTALVO JAASKELAINEN, F. (2014) “El Paradigma de la Autonomía en Salud Pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: el caso concreto de la política de vacunación”. Ponencias Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014

GALAN CORTES, JULIO (1999) “La responsabilidad médica y el consentimiento informado” Recuperado de <http://www.rmu.org.uy/revista/1999v1/art2>

LOLAS STEPKE, F. (2006) *Investigación en salud: dimensión ética*. Chile: Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética (CIEB), Universidad de Chile

MARTINEZ PAZ, F (2005) *Introducción al Derecho*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

PROPATTO, A. (2014) *Consentimiento informado y derecho a la autonomía personal*. Revista Derecho Privado. Año III, N° 9 pág. 179. Infojus

TOLLER, FERNANDO M. *Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal* (2012)

WAGNER DE TIZON, C. (2011) *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*. Tesis de aspirante a doctorado.

### **Legislación**

#### Nacional:

- Constitución de la Nación Argentina, 1994, ed. Bs. As. Artes Gráficas Buschi S.A. 2000.
- Ley Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, (Ley 26529 de 2009). Congreso de la Nación (21 de Octubre de 2009). Art. 2 (Titulo: Derechos del paciente). Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/texact.htm>
- Ley de Control de enfermedades prevenibles por vacunación (Ley 27491 de 2019). Congreso de la Nación (12 de Diciembre de 2018) Recuperada de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/199515/20190104>
- Ley de vacunación Obligatoria, (Ley 22909 de 1983). Presidente de la Nación (13 de Septiembre de 1983) Art. 11 Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48717/norma.htm>

#### Internacional:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 23054 (1984) Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1986) Art. 12. Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>
- UNESCO (19 de Octubre de 2005) Art. 5 Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Recuperada de: [http://portal.unesco.org/es/ev.phpRL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.phpRL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) P

## **Jurisprudencia**

### Nacional:

- CSJN “N.N. o U, s/ protección y guarda de personas” N 157 XLVI. Recurso Extraordinario (12 de Junio de 2012)
- CSJN “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”(1996)
- CSJN “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (11 de Agosto de 2009)
- CSJN “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias (01 de Junio de 2012)
- TSJ “N. u. U., V. s/ Protección de personas” C 111.870, (6 de Octubre de 2010)
- Cámara Civil – Sala FERIA Defensoría de menores e incapaces N 1 c/ C. F., T. S. s/Medidas precautorias (Enero 2019)