

Título: Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria

Autor: Zelaya, Mario A.

Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3 -

Cita Online: AR/DOC/2178/2019

Sumario: I. Historia de un conflicto normativo.— II. La ley 27.491 de Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación.— III. La vacunación obligatoria y los mayores de edad.— IV. Los nuevos conflictos.— V. Conclusiones.

I. Historia de un conflicto normativo

La temática de la vacunación obligatoria ingresó a la consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —luego de haber transcurrido tres instancias judiciales— a raíz de la negativa de los padres de un niño de cumplir con el protocolo oficial, por cuestionar la medicina científica a partir de su adhesión al modelo homeopático y ayurvédico.

Por un lado, la ley nacional 22.909 (sancionada el 13 de septiembre de 1983) disponía la vacunación compulsiva del renuente (art. 18) mientras que la ley nacional 26.529 de Derechos de los Pacientes (sancionada el 21 de octubre de 2009) establece que toda actuación médico-sanitaria puede ser rechazada aún sin expresión de causa y "requiere" el previo consentimiento informado del paciente (arts. 2º inc. "e" y 6º) (1).

La contradicción normativa entre ambas normas de la misma jerarquía era evidente y los jueces no podían valerse de los criterios lógicos para resolverla, pues la ley 26.529 es posterior a la ley 22.909 (la cual, por lo tanto, quedaría sin efecto), pero esta última es específica respecto de la primera, que es aplicable a toda actuación "en el ámbito médico-sanitario" (art. 6º) y que, por lo tanto, cede su prioridad. En resumen, ante dos normas nacionales la antinomia no se resuelve por jerarquía y hay empate entre los otros dos criterios.

Para poder cerrar la laguna del sistema, los magistrados debieron recurrir a principios de base constitucional, y consideraron que el principio de la autonomía de la voluntad o autodeterminación —que excede la persona humana, se extiende a la familia y habilita a los padres a elegir los modelos familiar y médico para sus hijos— encontraba un límite en el principio de prevalencia de la salud pública sobre el interés particular y en el principio de interés superior del niño. Fue así que con la decisión unánime de los Dres. Lorenzetti, Highton, Maqueda, Fayt, Petracchi y Zaffaroni, el 12 de junio de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso la vacunación compulsiva del niño [autos "N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas" (2)].

De ese modo se dio una respuesta al proceso puntual, pero la solución no era definitiva —más allá de la fuerza del precedente— ya que el conflicto podía reaparecer si otras partes pretendían que un órgano judicial distinto realice una nueva valoración de los principios jurídicos en juego.

En efecto, el problema de decidir con base en ponderación de principios es que estos no establecen una solución única, sino que brindan un marco dentro del cual el intérprete puede escoger entre varias soluciones. La posibilidad de que varíe la interpretación según el operador determina, ante los mismos principios, dejar abierta la vía para el cambio de opinión o para la adopción de criterios opuestos por parte de distintos intérpretes. Pero, además, incluso los principios pueden variar de acuerdo con quiénes son los intérpretes (3). Y para fines del año 2016, de los seis jueces que habían formulado la decisión ya habían fallecido los jueces Fayt y Petracchi, mientras que el juez Zaffaroni había renunciado a la Corte.

II. La ley 27.491 de Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación

La trascendente decisión de la Corte había logrado visibilidad en los medios masivos de comunicación, lo cual obligó a los legisladores a incluir el tema en su agenda inmediata, máxime que los grupos antivacunas habían comenzado a reunir cada vez más adeptos y a participar de eventos públicos transmitiendo las desventajas de la vacunación (quizás envalentonados por la decisión de países como España, Alemania o Grecia de no incluir vacunas obligatorias en sus calendarios).

Por eso, en diciembre de 2018 el legislador sancionó una nueva ley nacional de vacunación, impulsada por el diputado Pablo Yedlin (un médico pediatra tucumano), que lleva el número 27.491 (4), aprobada sin debate, sin votos negativos en el Senado (con una sola abstención) y por amplia mayoría en Diputados (con solo un voto en

contra). De este modo, ya no habrá conflicto normativo, pues la nueva Ley de Vacunación es posterior y específica con relación a la Ley de Derechos de los Pacientes y, por lo tanto, triunfa en su aplicación a partir de las reglas lógicas para decidir.

Además, aquellos principios constitucionales de los que se habían servido los jueces de la Corte Suprema fueron elevados a la categoría de reglas escritas. En efecto, la ley consagró la "prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular" (art. 2º, inc. "c") y la preeminencia del interés superior del niño al obligar a todo agente o funcionario público a denunciar, frente a las violaciones a la Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (art. 11).

La nueva ley fue presentada [\(5\)](#) como una actualización del régimen anterior, que persigue favorecer el acceso de las personas a la vacunación brindándole distintas oportunidades en todas las etapas de la vida para que se enteren que tienen vacunas disponibles, a partir de la iniciativa de la autoridad de aplicación; de ese modo, la ley también cumple con una finalidad educativa para la gran mayoría de la población que no conoce que es necesario vacunarse para evitar la vuelta de enfermedades que habían sido controladas.

Nadie podría cuestionar la finalidad de bien público de dicho mecanismo de control y promoción de la vacunación, pero igualmente cabe preguntarse si, a pesar de los avances, hay lugar para nuevos planteos judiciales. La respuesta es afirmativa, aunque dejamos a salvo que podría ser provisoria pues la ley 27.491 todavía no ha sido reglamentada [\(6\)](#).

III. La vacunación obligatoria y los mayores de edad

Hasta el dictado de la ley 27.491, los mayores de edad no tenían obligación de demostrar que habían cumplido con el cronograma de vacunación obligatoria y por ese motivo el tema se veía relegado a los niños, a pesar de que la ley 22.909 no hacía diferencias en razón de la edad [\(7\)](#).

Ahora, mediante el art. 13 de la nueva ley, el incumplimiento con el Calendario Nacional de Vacunación podrá ser certificado en el ingreso y egreso del ciclo lectivo, al momento de realizar exámenes médicos de salud en el marco de la Ley de Riesgos del Trabajo, al tramitar o renovar el DNI, el pasaporte, la residencia, el certificado prenupcial, la licencia de conducir o las asignaciones familiares. Nótese que todas estas actividades pueden ser llevadas a cabo en la mayoría de edad.

Y si bien el mismo artículo aclara que no se impedirá la concreción de dichos trámites, el artículo siguiente agrega que el incumplimiento con la obligación de vacunarse generará "acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva" (art. 14).

Más que una oportunidad para obtener información y acceder a un derecho, podría verse como amenaza si es que el Estado decide hacer efectivas las medidas de vacunación compulsiva a mayores de edad y, en este caso, una oposición no deberá enfrentar el argumento del interés superior del niño.

Pero, aun así, el éxito de un planteo de oposición a la nueva ley pasará por sortear además la valla de la prevalencia de la salud pública sobre el interés particular.

IV. Los nuevos conflictos

Es sabido que en materia de vacunación rige el concepto de inmunidad de grupo, inmunidad colectiva o inmunidad de rebaño (herd immunity), según el cual se logra la protección de un grupo ante una enfermedad infecciosa cuando fueron vacunados una alta proporción de individuos, en general el 90% [\(8\)](#). Es imposible pensar en que cualquier vacuna, por diversas razones (falta de provisión, falta de control, certificados apócrifos, etc.) abarque la totalidad de la población vacunable. Entonces, si la barrera inmunológica frente a la enfermedad no requiere que el 100% de la población esté vacunada, habría espacio para admitir excepciones; y admitirlas sería compatible con la protección de la salud pública, que no se vería resentida.

Un intento por ese camino de esquivar la preeminencia del interés público sobre el privado fue el que se insinuó en los dos únicos procesos judiciales resueltos durante la vigencia de la nueva ley.

En el primero, fallado por la Cámara Nacional Civil (sala de feria) el 15 de enero de 2019 [\(9\)](#), los padres que se

negaban a vacunar a su hijo con las vacunas BCG y Antihepatitis B sostenían que no es procedente la aplicación mecánica de la obligatoriedad que plantea la ley sin indagar en las particularidades del caso, pues no se le habían realizado al niño los estudios de compatibilidad con las vacunas. Pero para intentar comprobar el alto riesgo de mortalidad al que se vería expuesto, acompañaron un certificado médico que solo cuestionaba "de manera genérica" la inclusión de la vacuna en el calendario oficial. Y no fue suficiente, por no contener referencia alguna al niño en particular.

En el segundo, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de San Isidro el 10 de abril de 2019 (10), los padres se oponían a que se los obligue a vacunar a su hijo con la BCG sin antes realizarle "estudios de compatibilidad genética". Pero no pidieron ni acompañaron esos estudios, sino que solo agregaron un certificado médico y la historia clínica del niño, de los que no surgían indicios que insinúen inmunodeficiencia alguna que pudiera provocar un evento adverso con la aplicación de la vacuna.

En ambos casos, la falta de prueba del perjuicio concreto hizo que el interés superior del niño determinara el rechazo de los pedidos de excepciones de la inmunización por razones médicas. Pero ninguna de las pautas de la Ley de Vacunación vigente sería útil para brindar una solución, si el juez recibiera como prueba informes médicos específicos (paneles de intolerancias alimenticias o mineralogramas, por ejemplo) que revelen peligro para la salud de una persona sometida a vacunas cuyos propios prospectos contraindican la aplicación a quienes reúnan los síntomas que muestran aquellos informes.

V. Conclusiones

Si bien el profesional médico —en cumplimiento del deber de cuidado del paciente— tiene que analizar si la persona a la que se le administra la vacuna puede sufrir contraindicaciones que hagan que aumente su riesgo de padecer un efecto adverso, nuestra ley (al igual que las de Chile, Bolivia, Paraguay, Uruguay y Perú, entre otros países) no prevé excepciones fundadas en razones médicas (como sí lo hacen todas las legislaciones estatales de los Estados Unidos) ni en ninguna otra razón.

Teniendo en cuenta los últimos fallos, consideramos que los nuevos planteos judiciales para sortear el carácter obligatorio de la vacunación irán por la senda de solicitar excepciones por motivos médicos. En tales casos ya no podría decirse que la falta de vacunación resienta la salud del interesado en no vacunarse (sino todo lo contrario) o la salud pública. Y habrá que volver a decidir con base en principios, mutables por esencia, salvo que el legislador incorpore a la ley excepciones a la obligatoriedad, o salvo que mediante un texto legal reafirme la obligatoriedad aún en caso de contraindicaciones médicas debidamente certificadas.

Sea esta o no la naturaleza de los nuevos conflictos y cualquiera sea la respuesta legal, es de esperar que el legislador intervenga de inmediato en forma preventiva, y que no repita el error de actuar recién a partir del sufrimiento o muerte de un niño para luego adecuar el régimen aplicable (11). Porque para entonces ya será tarde.

(1) El art. 9º enuncia excepciones a la prestación del consentimiento informado, entre las cuales no se encuentra la vacunación. La misma norma deja en claro que las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo.

(2) LL AR/JUR/23454/2012.

(3) Otro magistrado podía haber hecho primar la Ley de Derechos de los Pacientes, por ejemplo, por ser una ley surgida del Congreso Nacional mientras que la ley 22.909 había sido dictada por el Presidente de facto Bignone el 13 de setiembre de 1983 en uso de las atribuciones conferidas por el art. 5º del Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional.

(4) Ley 27.491 de Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación, promulgada mediante el dec. 15/2019, publicado en el Boletín Oficial el 04/01/2019.

(5) Los "Fundamentos" del proyecto lleva la firma de diez Diputados, entre ellos de su impulsor Pablo Yedlin.

(6) Según el art. 34, el Poder Ejecutivo debía reglamentar la ley en el término de ciento veinte días desde la fecha de promulgación que sucedió el 04/01/2019.

(7) De acuerdo con el art. 11 de la derogada ley 22.909, "[l]as vacunaciones a que se refiere esta ley son obligatorias para todos los habitantes del país, los que deben someterse a las mismas de acuerdo con lo que determine la autoridad sanitaria nacional con respecto a cada una de ellas. Los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables, con respecto a las personas a su cargo, del cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior". En la actualidad, el calendario de vacunación en adultos sanos indica la vacuna contra la hepatitis B (tres dosis) y la doble adultos (cada diez años). Los nacidos después de 1965 deberán recibir dos dosis de la triple viral (después del año de edad). En el caso de los mayores de 65 años, deberán recibir cada 10 años la antineumocócica y todos los años la antigripal" (ver página web oficial <https://www.argentina.gob.ar/salud/vacunas>).

(8) El porcentaje varía por enfermedad y por las posibilidades de contagio.

(9) "Defensoría de Menores e Incapaces N° 1 c. C. F., T. S. s/ medidas precautorias", AR/JUR/11/2019, comentado por BERGER, Sabrina M., "Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares", LA LEY del 22/02/2019, p. 4, cita online: AR/DOC/410/2019.

(10) "XXX c. XXX s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.)", comentado por URBINA, Paola A., "El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación", LA LEY del 29/05/2019, p. 6, cita online: AR/DOC/1535/2019.

(11) Pensamos en Camila, cuyo sufrimiento dio lugar a la ley 26.742 que consagra la llamada "Muerte digna" por primera vez en nuestro régimen, y en Justina, cuyo fallecimiento abrió paso a dictar la ley 27.447 de Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células, por la que se pone en vigencia el consentimiento presunto.