

Vacunación obligatoria en la República Argentina como política pública de salud. Un abordaje desde el conflicto entre el poder de policía y las libertades individuales

Mandatory vaccination in the Argentine Republic as a public health policy. An approach from the conflict between police power and individual freedoms

Pablo Octavio Cabral¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 659-685
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e473>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 15/09/2020

Resumen: El trabajo pretende analizar aquellas cuestiones jurídicas que se relacionan con las políticas de vacunación para combatir el coronavirus en la república argentina. Se realiza un abordaje del conflicto que se presenta entre el poder de policía y las libertades individuales ante políticas públicas en materia de salubridad.

Palabras clave: vacunación, coronavirus, Covid-19, poder de policía, salud pública, libertades individuales.

¹ Abogado (UNLP), especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP), docente de derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, investigador integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico (UNLP), Sub Director de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Email: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>).

Abstract: This work aims to analyze those legal issues that are related to vaccination policies to combat the coronavirus in the Argentine Republic. An approach is made to the conflict that arises between the police power and individual freedoms in the face of public policies on health matters.

Keywords: vaccination, coronavirus, Covid-19, police power, public health, individual freedoms.

I. Introducción

En estos días estamos viviendo en el mundo entero la aparente culminación de la primera ola de crecimiento de la pandemia del coronavirus, al menos en nuestra América del Sur, y el recrudescimiento o segunda ola en Europa y Estados Unidos. En este contexto las ciencias médicas en muchos de nuestros países desarrollan en tiempo record vacunas para combatir el Covid 19 y las más avanzadas están iniciando la tramitación de sus autorizaciones en las distintas agencias nacionales de control de calidad y seguridad de dicha producción de medicamentos.

La república argentina se encuentra gestionando la adquisición de las cantidades necesarias para realizar una próxima campaña de vacunación masiva de su población, posiblemente a partir de enero o febrero del próximo año. En este escrito exploratorio quisiera desarrollar algunos aspectos de las políticas sanitarias relacionadas con las vacunas desde alguno de los institutos centrales del derecho público nacional.

II. Poder de policía y emergencia

La doctrina define al poder de policía como aquella potestad –atribuida por la Constitución Nacional al Poder Legislativo– para regular el ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes. En su artículo 14 la Constitución establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos allí reconocidos, conforme a las leyes

que reglamenten su ejercicio², agregando en el artículo 28, que los reglamentos de las leyes no pueden modificar los derechos reconocidos constitucionalmente³. Se desprende de ello que el ejercicio de los derechos en un conjunto social reclama su reglamentación para hacerlos compatibles con los de los demás integrantes del núcleo social y que sólo la ley puede reglamentar los derechos que reconoce la Constitución.⁴

Carlos Balbín ha expresado que es un enfoque equivocado pensar en el llamado “poder de policía”, en términos de poder del Estado, porque en realidad se trata de un juego de derechos contra derechos. Por una parte los derechos de un individuo, que pretende ejercer en plenitud sus prerrogativas y por otro lado los derechos del conjunto social —representados por el Estado o la Administración Pública— que intentan conciliar aquel ejercicio con los intereses públicos o los derechos de cada uno de los demás miembros de la comunidad”.⁵

Existen dos variantes –restringida (seguridad, salubridad y moralidad) o amplia (bienestar general)- que se sucedieron en

² Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

³ Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

⁴ García Pullés, Fernando; Lecciones de Derecho Administrativo, p. 273. Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁵ Citado por García Pullés. Explica la distinción entre “poder de policía” y “policía”; “mientras la policía, es una porción de la función administrativa cuyo objeto es la concreción o ejecución —por medio de actos particulares— de las leyes de policía; el poder de policía es la potestad legislativa que tiene como finalidad promocionar el bienestar general, regulando a este fin, los derechos individuales, expresa o tácitamente reconocidos por la Constitución Nacional.”

la historia de nuestro país y que se reflejan en la evolución jurisprudencial de nuestro máximo tribunal de Justicia⁶.

En la primera etapa de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el tribunal adoptó el criterio restringido respecto del poder de policía, estableciendo que los derechos individuales no eran absolutos y que podían ser restringidos para el Estado para que salvaguardar la salubridad, moralidad y seguridad públicas.

El primer precedente jurisprudencial en materia de poder de policía de nuestro máximo tribunal de justicia fue el dictado de la sentencia en la causa “Plaza de Toros”, sentenciado el 13 de abril de 1869, donde se expresó: “que es un hecho, y también un principio de derecho constitucional, que la policía de la Provincia está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio.”⁷

Avanzó la Corte en el desarrollo de los fundamentos del poder de policía de salubridad en su precedente dictado en el

⁶ García Pullés, Fernando; Lecciones de Derecho Administrativo “Son ampliamente conocidas las dos concepciones —restringida y amplia— del poder de policía. El primero, también llamado en inglés —narrow—, se limita a cuestiones de salubridad, moralidad y seguridad públicas e impera en Europa, especialmente en Francia y en Italia; el segundo, llamado también en inglés —broad and plenary—, rige, actualmente, en los Estados Unidos de América. Este último es el adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país. De acuerdo con el criterio restringido, el poder de policía se limita a medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas. Conforme al criterio amplio, el poder de policía —aparte de los objetivos indicados— se extiende a la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y al bienestar general de la misma. De ahí que se admita una policía de la emergencia y una policía de la prosperidad.”, p.377.

⁷ CSJN, Empresa Plaza de Toros quejándose de un Decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires, Causa XXXVII, sent. Del 13-04-1869.

caso “Saladeristas”, que por cuestiones metodológicas y expositivas será abordado en detalle en los siguientes puntos del presente trabajo.

En la segunda etapa de este desarrollo jurisprudencial, la Corte reconoció paulatinamente el criterio amplio de poder de policía, extendiendo la intervención del Estado con la finalidad de defender y promover los intereses económicos de la sociedad y alcanzar su bienestar general.

Así, en el caso “Ercolano”⁸ el tribunal, al declarar la constitucionalidad de la ley que congelaba los alquileres de inmuebles por dos años, limitó la libertad contractual en materia de locación para vivienda, lo que visto desde una mirada liberal, sería ilegítimo, pero se comienza a advertir que el Estado debe intervenir y entonces su objeto ya no se limita, a salvaguardar la defensa, la seguridad, las relaciones exteriores y la justicia. La Corte admitió en el caso que las restricciones a los derechos constitucionales puedan ser más intensas en épocas de emergencia.

A partir de allí, la Corte convalidó diferentes medidas dispuestas en el marco de sucesivas situaciones de emergencia, tanto por el Poder Legislativo como por el Poder Judicial, reservándole al poder político la potestad de establecer la valoración sobre las condiciones fácticas que habilitan la declaración excepcional de emergencia y efectuando un estudio respecto de la razonabilidad de la medida o política dispuesta.⁹

⁸ CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación”, 28/4/1922, Fallos: 136:161.

⁹ CSJN, “Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.”, 7/12/1934, Fallos: 172:21; CSJN, “Nadur, Amar c/ Borelli Francisco”, 15/5/1959, Fallos: 243:449; y “Russo, Angel y otra c/ C. de Delle Donne E.”, 15/5/1959, Fallos: 243:467; CSJN, “Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley 12.591”, 27/12/1944, Fallos: 200:450; CSJN, “Cine Callao”, 22/6/1960, Fallos: 247:121; CSJN, “Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento”, 22/12/1993, Fallos: 316:3176; CSJN, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía -B.C.R.A)”, 27/12/1990, Fallos: 313:1513, entre otros.

III. El poder de policía de salubridad. *Ollis salus populi suprema lex esto*¹⁰

En este punto desarrollaré los antecedentes históricos de la regulación pública en materia de salubridad, para luego dar cuenta de tres situaciones (el HIV-Sida, las vacunas obligatorias y la prohibición de fumar en público) que –en alguno de sus aspectos centrales- se encuentran vinculados con el ejercicio del poder de policía sanitario que ejerce en estos días el gobierno argentino para combatir la pandemia del coronavirus.

1. Antecedentes históricos. Los precedentes jurisprudenciales más destacados en materia de policía de la salubridad

a) Las primeras interpretaciones de la incipiente doctrina administrativista

Como a principios del siglo pasado explicaban Quiros y Emiliani, todas las cuestiones relativas a la salubridad pública tienen su policía, constituyendo lo que en el derecho administrativo se conoce como policía sanitaria, que tiene por objeto precaver las enfermedades que flagelan a las personas y los animales. Así, afirmaban; “La policía sanitaria llega muchas veces a los efectos del cumplimiento de sus fines a tomar medidas que importan un ataque a la libertad humana, ya sea aislando a los individuos o a un barrio entero, etc.; pero estas medidas que adopta a los efectos del mejor cumplimiento de sus fines, se

¹⁰ Omar Heffes, *Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad*. Explica el autor que: “Por esta razón, Cicerón plantearía una especie de cortapisa jurídica a esta autoridad suprema de los magistrados sosteniendo que “para ellos la salud del pueblo [debe ser] la suprema ley”. Pareciera que Cicerón está sosteniendo un cuestionamiento al gobierno. Tal y como se ha dicho, la frase que se encuentra originalmente en latín, reza de la siguiente manera: *Ollis salus populi suprema lex esto*. La fórmula *Ollis...* esto implicaba una conminación, una orden que debía ser cumplida. *Ollis* es un arcaísmo del pronombre *illis* y esto es el verbo *ser* conjugado en forma impersonal y actúa como la parte más relevante de la conminación y puede ser traducido como “así sea”. Evidentemente esta frase es una orden dada al magistrado, sea cual sea las características de su mandato.”

imponen y las disculpan la gravedad de los intereses públicos comprometidos”.¹¹

En otra obra sobre Derecho Administrativo Argentino que vio la luz en los primeros años del siglo XX se abordó la cuestión vinculadas a la policía sanitaria, dando cuenta del contexto social e histórico marcado por las epidemias de finales de 1800.

En las lecciones dadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por el profesor Lucio V. López, en un curso dictado hasta el año 1894, se daba cuenta de las diversas respuestas del Gobierno frente a las sucesivas epidemias que asolaban las grandes ciudades y las zonas rurales de la Argentina. El profesor explicaba en sus clases que: “La verdad es que no se puede negar este derecho que una o varias provincias ni aun a una ciudad, porque no hay derecho más sagrado que el que cada uno tiene de defender su propia casa; así, si estallara en la Plata una epidemia, Buenos Aires (y viceversa) podría establecer un cordón sanitario para impedir el contagio, por cuanto tiene por delante el sagrado y primordial compromiso, de custodiar la vida de su ingente población, en aquello en que no hace mal a otro, consideración que está arriba de cualquier otra: *salus populi suprema lex esto.*”¹²

Continuaba explicando que: “La higiene sanitaria es siempre un deber de la administración y mucho más lo es en las épocas de epidemia en que es necesario a toda costa impedir su propagación: uno de los medios con que se procura conseguirlo es el establecimiento de cordones sanitarios.”

Sobre la posibilidad de limitar derechos individuales, como el de propiedad, por razones vinculadas a la salubridad animal, el profesor explicaba con claridad que: “Así es que el mismo

¹¹ Quiros, Emilio y Emiliani, Rafael, Derecho Administrativo, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1914, Tomo II, página 336.

¹² Lucio V. López, Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. López. Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902, p. 276.

derecho de propiedad absoluta que el dueño tiene en su estancia y en sus animales de cría (por ejemplo), no es tan ilimitado que pueda impedir la intervención de la autoridad pública si llegase a ser necesario para extirpar una epidemia que pudiese dañar a los vecinos de la misma circunscripción administrativa o evitar o coartar abusos que perjudiquen, inquieten o produzcan conflictos con sus vecinos: de acuerdo en todo no solo con el orden administrativo, sino también con el Código Civil.”

b) El caso Saladeristas¹³ (1887)

En estos años finales del Siglo XIX, la Ciudad de Buenos Aires sufrió tres epidemias de fiebre amarilla, de 1853, 1870-71¹⁴ y las del cólera morbus. El Doctor Penna localizó en un

¹³ CSJN, “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios”, Fallos: 31:273, sent. Del 14-05-1887. El criterio fue reiterado en “C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza” (Fallos: 221:151). En la causa, “Davico, Horacio E.”, el Tribunal, en similar sentido, sostuvo que la clausura de un cinematógrafo hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias comprobadas comportaba el ejercicio del poder de policía en salvaguarda de la salud pública, por lo que la pertinente resolución, que restringía el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita, no era violatoria del art. 14 de la Constitución Nacional, ya que el organismo administrativo actuó en uso de facultades privativas y en el ámbito de su competencia (Fallos: 243:381).

¹⁴ Pégola F. La epidemia de fiebre amarilla en Buenos Aires. Rev Argent Salud Pública. 2014; Mar; 5(18):48-49. Ver también; Felipe Pigna, <https://www.elhistoriador.com.ar/la-fiebre-amarilla-en-buenos-aires/>: “ El nombre dado a la “reina del Plata” no dejaba de asombrar a los visitantes extranjeros que apenas se alejaban de los ricos y elegantes salones podían percibir que no eran justamente buenos aires los que se respiraban en aquella ciudad que crecía desordenadamente y que según el censo de 1869 tenía casi doscientos mil habitantes. No había recolección de residuos y los basurales abundaban particularmente en los “barrios bajos” que tenían el raro privilegio de acumular desechos propios y extraños. El método para achicar los volúmenes de basura era absolutamente insalubre y consistía en pasar por encima de los desperdicios de una gran piedra aplanadora que reducía el tamaño de los desperdicios pero no los eliminaba sino que los dispersaba y los preparada para ser usados como relleno de terrenos bajos y desniveles sobre los que, en el mejor de los casos se ponían adoquines. Los saladeros arrojaban displicentemente sus desperdicios orgánicos a las aguas del Riachuelo que ya por entonces distaba mucho de oler a extracto francés. A todo este insalubre panorama se sumaba la falta de reglamentación sobre el entierro de los fallecidos que eran inhumados prácticamente al ras del suelo y bastaba una lluvia regular

mapa, los casos producidos en la ciudad y concluyó que el cólera se había iniciado a la vera del Riachuelo, siendo este su foco originario y que luego marchó: “[...] siguiendo el camino de las mayores facilidades para su difusión, es decir los lugares bajos y húmedos de la ribera, los buques del canal y las casas de las costa, ordinariamente deficientes y habitada por gente poco cuidadosa [...]” (Penna 1897, 239). De hecho, una de las características fue la difusión del virus colérico en ciertos barrios, y no en toda la jurisdicción capitalina. Por ejemplo, el diario *La Nación* pedía la destrucción de focos de infección por medio del fuego: “No somos alarmistas, pero señalamos a la Boca como un foco de infección que es menester destruir a todo trance [...] ¡La Boca no tiene desagües ni agua que beber y su población se ingurgita sus propios desperdicios! [...]”. El diario *La Prensa* también criticaba la insalubridad de ese distrito, aludiendo a la indiferencia de las autoridades, por lo que entendía que el único recurso apto era el servicio de aguas corrientes y cloacas.

Vinculado a este fenómeno demográfico y al intercambio de mercancías, se evidencian las llamadas “enfermedades exóticas”, entre ellas el cólera. La mayor cantidad del intercambio se producía con Europa Occidental, región en la que desde 1830 asolaba el cólera en forma epidémica, y desde donde se difundió hacia Argentina y otros países como Brasil y Paraguay. Los barcos fueron la principal vía de traslado de la enfermedad. Buenos Aires fue una de las zonas más afectada por las primeras epidemias. En 1867 se registraron más de 5.000 casos coléricos en una población que no alcanzaba las 180.000 personas.¹⁵ Pero la epidemia del 67 generó, además de las medidas

para que los restos cadavéricos se incorporaran a los riachos que confluían al Riachuelo. Todas estas fuentes infecciosas convivían sin ser molestadas en la gran urbe del Sur. El Estado estaba ausente con aviso y sólo faltaba que una epidemia pusiera a prueba la eficiencia de las leyes del mercado. Y la peste llegó en enero de 1871.”

¹⁵ Adriana Carlina Álvarez Cardozo, La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996, *Revista Historelo*, Vol 4, No. 8 / julio - diciembre de 2012 / ISSN: 2145-132X. “En este escenario tan polifacético, donde la iluminación a gas los acercaba a la “modernidad”

de infraestructura urbana mencionadas, disposiciones de orden clínico. El aislamiento se convirtió en el principal medio preventivo y cobró un protagonismo central en la opinión pública. Los mensajes y recomendaciones vertidas por los médicos porteños se centraron en el blanqueo de las viviendas, la limpieza y la desinfección de las letrinas. Para entonces, algunos facultativos entendían que la cuestión higiénica se enfrentaba con superficialidad; de hecho, en 1867 el cólera ocasionó en la ciudad de Buenos Aires un total de 1.653 defunciones, lo que le hizo suponer a Besio Moreno que el número de atacados debió alcanzar cerca de 5.000, poco más del tres por ciento de la población. En 1868 retornó, pero no causó un número tan grande de víctimas como el año anterior¹⁶.

Mucho más perdurables en el tiempo fueron las preocupaciones asociadas a los peligros higiénicos internos, como el conventillo, el aire, el agua y el matadero.

Los saladeros aparecieron en el siglo XVIII para producir carne salada (tasajo) con destino a Cuba o Brasil, donde era consumido por la amplia población esclava y -en el caso de

europea, fueron las pestes producidas por la falta de higiene urbana y de aguas corrientes las que situaron a las cuestiones higiénicas en el centro de atención de la opinión pública, e impactaron tanto en el ambiente médico como en el gubernamental.

¹⁶ Adriana Carlina Álvarez Cardozo, La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996, Revista Historelo, Vol 4, No. 8 / julio - diciembre de 2012 / ISSN: 2145-132X. "En este escenario tan polifacético, donde la iluminación a gas los acercaba a la "modernidad" europea, fueron las pestes producidas por la falta de higiene urbana y de aguas corrientes las que situaron a las cuestiones higiénicas en el centro de atención de la opinión pública, e impactaron tanto en el ambiente médico como en el gubernamental. Dice: "La epidemia colérica también motorizó la aparición de nuevas instituciones: se fundó el Consejo de Higiene (1869) y se organizó la Junta de Sanidad Nacional, cuyo presidente era el capitán del puerto, asesorado por dos médicos. Ese año, el presidente y el secretario del Consejo de Higiene, los doctores Luis María Drago y Leopoldo Montes de Oca, respectivamente, formularon un proyecto de Reglamento de Policía Sanitaria Marítima para la República Argentina; con el cual se apuntaba a establecer barreras preventivas, con el fin de evitar el ingreso de enfermedades o de enfermos, que, como el cólera con frecuencia, tenían una precedencia marítima. En ese Reglamento se establecieron lineamientos básicos sobre las Juntas de Sanidad, como también las medidas relativas al despacho, salida, arribo y anclaje de buques, sobre las cuarentenas y los lazaretos."

Buenos Aires- a partir de una ley del año 1922 los saladeros se establecieron a una legua distante de la ciudad, tomada por la parte del oeste y del norte, desde la barranca, y por la parte del sur al otro lado del Riachuelo.

La legislatura de la Provincia de Buenos Aires, por ley de 6 de setiembre de 1871, prohibió absolutamente las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio de la ciudad, y sobre el río de Barracas y sus inmediaciones. Estos demandaron a la provincia por los daños y perjuicios causados argumentando que ésta actuó en forma irreflexiva y arbitraria lo que trajo la ruina injustificable de numerosos y honrados industriales. Por su parte, la provincia sostuvo que su deber era velar por la salud pública que se hallaba comprometida por los saladeros, clasificados como establecimientos insalubres de primera clase. Agregó que cumplió con su deber después de haber agotado todos los medios a su alcance para que dichos establecimientos se pusieran en condiciones higiénicas que los hicieran inocuos.

La Corte rechazó la acción y confirmó la constitucionalidad de la ley, aun cuando consideró el impacto económico de la suspensión de la actividad, al destacar que el propio gobierno evaluó: “que era una necesidad verdaderamente sentida la de que los saladeros volviesen a sus trabajos ordinarios para evitar que se interrumpiera el envío regular de nuestros productos rurales a los mercados de su consumo, lo que no podría verificarse sin traer un desequilibrio en los cambios, y graves trastornos en la primera de nuestras industrias”.

Sobre los derechos adquiridos de los empresarios, dijo el tribunal que: “ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria... Que la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido

destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos.”¹⁷

En lo medular del fallo, el tribunal sostuvo que “la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611 del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de 6 de setiembre de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la Provincia, y retirando a los establecidos en Barracas la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro, o como dice la ley 13, título 32, partida 3a, concordante con los principios de nuestra legislación sobre la materia: “maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quisiese; pero debelo fazer de manera que non faga dano nin tuerto a otro”.

¹⁷ Al respecto, amplió la CSJN; “Que siendo esto así, y deduciéndose de los principios expuestos en el 3º y 4º considerando, que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria, no tienen ni el carácter de una ley que ligue al poder administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales, se sigue que éstos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones como un título que les da el derecho de mantener sus establecimientos a despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar, o el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin a estos peligros, los manda cesar, o modificar las condiciones de su explotación.”

En 1951 la Corte Suprema, en la causa “Cahiza” reiteró su doctrina del precedente “Saladeristas”, al confirmar la constitucionalidad de la clausura de una caballeriza por constituir un foco de infección y entrañar un peligro para la salud, dispuesta por el Consejo Deliberante de la Municipalidad de Mendoza, resultando un ejemplo de la policía preventiva en salvaguarda de la salud de la población.¹⁸

En 1959 el Tribunal avaló la decisión de la Municipalidad de Merlo por la que se clausuró el Cine Cosmopolita, con fundamentos en razones de salubridad (deficiencias de higiene) y en ejercicio del poder de policía establecido en la Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Buenos Aires, sin afectar el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita. En el caso “Davico” dijo: “Que la intendencia municipal de la ciudad de Merlo ha actuado, en la emergencia, ejerciendo el poder de policía que le compete en salvaguarda de la salud pública, vale decir, en uso de facultades que le son privativas y en el ámbito de su competencia. Su resolución de clausura del cinematógrafo ha sido dispuesta hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias.”¹⁹

Ya en el año 2004, al sentenciar en el caso “Frascalli”, en el que se impugnó la validez de un acto administrativo emitido por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria –SENASA– que ordenó la matanza de animales –84 caprinos– pertenecientes al actor, la Corte Suprema sostuvo, remitiendo a los fundamentos del Procurador General de la Nación, que la razonabilidad —según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada— quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador... toda vez que tal adecuación exista, es decir, siempre que la actividad

¹⁸ CSJN, C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza”, Fallos: 221:151.

¹⁹ CSJN, “Davico, Horacio E”, Fallos: 243:381.

estatal restrictiva no aparezca como patente y arbitrariamente desproporcionada con relación al objeto del acto, su revisión jurídica será improcedente.²⁰

En el caso “Friar”, sentenciado en 2006, la Corte sostuvo que existe un límite a la revisión judicial en tanto las medidas públicas sanitarias fueron regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. En el caso se desestimó un reclamo indemnizatorio por los perjuicios derivados de decisiones adoptadas por el SENASA –en ejercicio de la policía sanitaria- con relación al control de la aftosa –prohibición de exportar carnes durante la epidemia-, el tribunal afirmó que no incumbía a los jueces cuestionar el acierto o eficacia de las medidas adoptadas en esta materia por la autoridad competente a tales efectos.²¹

2. *El HIV-SIDA*

Con la aparición del HIV-SIDA, el Estado –en 1990- sanciona la ley 23.798 por la que declaró de interés nacional la lucha contra esta enfermedad, entendiéndose por tal a la

²⁰ CSJN, “Frascalli, José Eduardo c. SENASA”, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004. Agregó el Tribunal: “Cabe recalcar, además, que tanto la ley 24.305 como sus normas reglamentarias, que atribuyen al SENASA la responsabilidad del control sanitario de la fiebre aftosa, le asignan también facultades para aplicar las medidas necesarias destinadas a ejercer tal control. Es evidente que la finalidad de tal clase de normas es dotar al organismo de amplias competencias para adoptar todas las acciones, a fin de evitar la propagación de la enfermedad y que no se frustre el propósito al que se ha hecho referencia anteriormente, para lo cual puede fiscalizar los movimientos de hacienda, efectuar inspecciones clínicas, e incluso aplicar medidas drásticas que incluyen el sacrificio y faena de animales.”

²¹ CSJN, “Friar SA c. Estado Nacional”, Fallos: 329:3966. Dijo la Corte que “De tal manera, si la prohibición de exportar y la falta de expedición de los certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no sólo razonables sino indispensables ante la situación descrita, la actora nada puede reclamar al respecto. En nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar.”

detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar, la educación de la población.

La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de sentenciar una causa en la que un agente de la policía federal impugnaba su pase a retiro obligatorio, en virtud de detectársele la presencia de la enfermedad HIV-SIDA. El actor –subcomisario de la Policía Federal Argentina- había sido sometido –sin su consentimiento- a la reacción de Western Blot, lo que –a su juicio- constituía una violación del derecho constitucional al respeto de la privacidad y una transgresión a la ley 23.798.²²

El tribunal dictó sentencia el 17 de diciembre de 1997, en la que afirmó que “la ley 23.798 -que declara de interés nacional la lucha contra el SIDA- no restringe en modo alguno el marco de razonable discrecionalidad con que cuenta la Policía Federal para evaluar la salud física de sus dependientes. Ello se explica en razón de que el propósito preeminente que inspiró el dictado de esa ley no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas -lo que queda corroborado, además, por las medidas dispuestas en los arts. 5º, 7º y 9º del citado cuerpo legal- sino la protección de la salud pública. En efecto, la intención del legislador fue claramente manifestada en ocasión del debate parlamentario (doctrina de Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047); se dijo entonces: “No existen aún vacunas ni otros elementos curativos. Así el crecimiento del número de casos en relación al tiempo, parece señalar para la Argentina el establecimiento de una epidemia de características similares a la de los países del hemisferio norte. Dadas las propiedades del virus, agente causal de la enfermedad, su largo período de incubación, y la gran cantidad de mutaciones a las cuales está sujeto, se hace difícil prever a corto plazo el desarrollo de sistemas de prevención

²² CSJN, autos: “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”, 17 de diciembre de 1997.

adecuados. Por ello deben adoptarse medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1° de junio de 1988, pág. 861).”

Entendió la corte que; “A los fines indicados, la norma en examen prevé - entre otras cosas (art. 1°)- la detección obligatoria del virus en determinados casos (vgr. arts. 5°, 7° y 9°), lo que supone, evidentemente, prescindir del consentimiento individual. Ahora bien, dado que la inteligencia de las leyes debe efectuarse procurando no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 287:79; 288:416 y 308:1118), no cabe inferir que los casos aludidos configuren una enumeración de carácter taxativo que le impida a la demandada imponer aquella medida respecto de su personal con fundamento en los principios y normas que rigen el empleo público (Fallos: 181:290, ver pág. 296).”

Destacó que la ley de lucha contra el SIDA fue dictada en ejercicio del poder de policía del Estado (art. 67, incisos 16 y 28 de la Constitución Nacional, texto anterior, actualmente, art. 75, incisos 18 y 32) el cual se manifiesta en forma de restricciones a los derechos y garantías constitucionales y se impone con prescindencia de la voluntad de los particulares (Fallos: 199:483 y 295:394, en particular, pág. 397); por ende, al fijar el alcance de las disposiciones que la reglamentan deben descartarse aquellos criterios hermenéuticos notoriamente ajenos a la naturaleza del poder que instrumenta la norma y a la intención del legislador. Es preciso inclinarse, en cambio, por aquel sentido que las concilie a todas ellas entre sí y las armonice con el resto del ordenamiento jurídico (Fallos: 289:185; 291:359; 292: 211; 297:142; 300:1080).

Concluyó que la ley 23.798 no constituye óbice para que la demandada someta a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el SIDA.

IV. Las políticas públicas de vacunación obligatoria

Las vacunas -definidas por la OMS como aquellas preparaciones destinadas a generar inmunidad contra una enfermedad al estimular la producción de anticuerpos²³- son uno de los más importantes adelantos de la medicina en el siglo XX. Su uso permitió salvar millones de vidas y ha sido determinante para la disminución de la mortalidad infantil en el mundo.²⁴ Sus orígenes los hallamos a mediados del siglo XVIII, cuando el médico inglés Eduardo Jenner –el padre de la vacunación, en 1768, siendo aún estudiante de medicina, oyó que una campesina del condado de Berkeley en Escocia, planteaba que ella no podía padecer la enfermedad pues ya había sido afectada por la viruela del ganado vacuno. Después de graduado, dedicó muchos años de investigación al estudio de la vacunación, y el 14 de mayo de 1796 inoculó en un niño la linfa de una pústula de viruela obtenida de una ordeñadora que había contraído la enfermedad. Luego, para comprobar la eficacia de la vacunación inoculó al mismo niño con virus de viruela humana y nunca enfermó. Sus resultados los publica en 1798 en *Variolae Vaccinae*, y en menos de 10 años esta vacunación se había extendido al mundo entero.²⁵ El desarrollo científico de la vacunación y su utilización como efectiva política sanitaria en todo el mundo, luego de los logros de Louis Pasteur respecto de enfermedades como el cólera de las aves, el carbunco y la rabia, se propagó por los cinco continentes y permitió la eliminación o atenuación de innumerables virus y enfermedades.²⁶

²³ Organización mundial de la salud. Vacunas (www.who.int/topics/vaccines/es/). Ampliar en: María Yanina Gázquez, "Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.", *Revista Derecho y Salud*, p.62.

²⁴ Horacio Luis Barragán (Director), *Fundamentos de Salud Pública*, Editora de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007.

²⁵ Denis Berdasquera Corcho, Georgina Cruz Martínez y Carmen Luisa Suárez Larreinaga, *La vacunación. Antecedentes históricos en el mundo*, *Rev Cubana Med Gen Integr* v.16 n.4 Ciudad de La Habana jul.-ago. 2000.

²⁶ Ampliar en María Yanina Gázquez, "Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.", *Revista Derecho y Salud*, p.62. Dice esta autora que: "A finales

La Dra. Silvia Elena González Ayala -Profesora Titular de Infectología de la Facultad de Medicina de la UNLP-, explica que: “La vacunación es un derecho y debe ser una realidad alcanzable a través de la responsabilidad y el compromiso político, de los subsectores salud y educación, así como también social. La inversión en vacunas es una de las mejores inversiones sociales que el gobierno realiza en función del costo per cápita. La estrategia de vacunación universal (acceso gratuito a las vacunas para la población blanco) permite en sucesivas etapas el control, la eliminación y la erradicación de algunas enfermedades.”²⁷

Abordaremos a continuación la normativa estatal que dispone la obligatoriedad de la aplicación de vacunas ya que su

del siglo XIX se registró el desarrollo de vacunas de microorganismos muertos frente al tífus, el cólera y la peste; luego se desarrolló la inactivación química de toxinas, consiguiéndose así los primeros toxoides: tétanos y difteria. La vacuna contra la tuberculosis se desarrolló en 1909. Otras vacunas desarrolladas en este período fueron la vacuna contra la fiebre amarilla (1935) y la vacuna contra el virus influenza A (1936). La edad de oro de la vacunación comenzó en 1949. Después de la vacuna contra la poliomielitis se desarrollaron vacunas frente al sarampión, la parotiditis y la rubéola. La vacuna contra la varicela se creó en la década de los '70 en Japón. Otra de las vacunas de microorganismos vivos introducidas en esa época fue la vacuna antitifoidea, y se avanzó también en el desarrollo de las vacunas inactivadas frente a la poliomielitis, la rabia, la encefalitis japonesa y la hepatitis A. Durante las décadas de 1970 y 1980 se introdujeron las vacunas formuladas con proteínas purificadas o polisacáridos capsulares, que ya no aportaban células o microorganismos completos, sino una pequeña parte de aquéllos, suficiente para crear una respuesta defensiva frente a la enfermedad. Ejemplos de ellas son la vacuna antimeningocócica, la vacuna antineumocócica y la primera generación de vacunas frente al *Haemophilus influenzae* tipo B. Posteriormente se inició la era de las vacunas conjugadas, y más adelante el uso de la ingeniería genética para la formulación de vacunas ADN recombinantes, como la de la hepatitis B, autorizada en 1986. Actualmente se continúa investigando para crear nuevas vacunas para viejas o nuevas enfermedades, como es el caso del sida.”

²⁷ Silvia Elena González Ayala, Capítulo 36, “Las vacunas”, p. 671, en la obra Horacio Luis Barragán (Director), *Fundamentos de Salud Pública*, Editora de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007. Agrega: “En la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de Alma Ata (1975) se estableció la estrategia de atención primaria de la salud y se inició el desarrollo del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). Éste comenzó en 1977 en Argentina y en 1978 entró en vigencia el primer Calendario Nacional de Vacunación que incluía las seis vacunas para la prevención de las enfermedades prevalentes: difteria, tos convulsa, tétanos, poliomielitis, sarampión y formas graves de tuberculosis (meningitis, diseminación miliar). Actualmente está vigente el Calendario Nacional 2003 con la modificación de 2005.”

análisis jurídico puede ser útil para analizar algunas de las medidas sanitarias –también obligatorias– dispuestas contra el COVID-19. En la obligatoriedad de la vacunación se pone en juego el derecho a la autodeterminación²⁸, en la esfera de la libertad privada del individuo (protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional que garantiza un ámbito de autonomía como no interferencia o libertad negativa) en contraposición con la salud pública, entendida como derecho colectivo que afecta a la totalidad de la población y cuya protección está en cabeza del Estado por expresa disposición constitucional. Como veremos, la normativa nacional que establece la obligatoriedad de la vacunación, avalada por la jurisprudencia de la CSJN, es una excepción al consentimiento informado del paciente atento a que nuestro ordenamiento constitucional prioriza al derecho de salud por sobre el derecho a la autodeterminación del individuo.

La vacunación de la población fue la solución a muchas enfermedades epidémicas y la herramienta más efectiva que la ciencia médica dispuso para su combate y en algunos casos, definitiva erradicación. El citado profesor Lucio V. López, en sus lecciones dictadas a final del Siglo XIX, ya explicaba que: “Corresponde a la Municipalidad la propagación y el deber de generalizar y aplicar la vacuna. La Ley Orgánica Municipal y las ordenanzas especiales, declaran que la vacunación debe ser gratuita y obligatoria como lo aconsejan todos los higienistas modernos. Ella debe hacerse extensiva a todos los establecimientos y congregaciones de todo orden: hospitales, escuelas, cuarteles, conventos, colegios, etc., porque toda la sociedad está interesada en garantizar la salud común, sometiéndose a la obligación común que la garantice.”²⁹

²⁸ Regina Martini, S., & Finco, M. (2018). Diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione: la legge sul "consenso informato" in Italia. riflessioni a partire dalla teoria dei sistemi social / Right to health and right to self-determination: the Italian law on "living will". *Revista Derecho Y Salud*, (2), 41-54. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)04).

²⁹ Lucio V. López, *Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. López*. Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902.

Con el nacimiento de las vacunas como una herramienta eficaz para las políticas sanitarias que llevan adelante los Estados, surgieron también planteos judiciales que se oponían a la vacunación obligatoria, y encontramos en la jurisprudencia norteamericana un antiguo caso en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos abordó esta cuestión a la luz del derecho a la salud. Se trata del precedente “Jacobson vs. Massachussets”³⁰, sentenciado en 1905 y que es considerado el fallo más importante en materia de salud pública en dicho país e importa el reconocimiento judicial del poder de Policía como el factor más importante para la soberanía de Estado.

Como lo explica Lawrence O. Gostin; “Hace un siglo, la Suprema Corte de los E.E.U.U en Jacobson c/Massachussets defendió el ejercicio del poder de policía para proteger la salud pública. A pesar de los avances científicos y jurídicos, los profesionales de la misma aún confrontan contra la tensión básica –presente en Jacobson- entre libertad individual y bien común. Apoyando la ley de vacunación obligatoria en el estado de Massachusetts, la Suprema Corte estableció un piso constitucional de protecciones consistentes en cuatro criterios: necesidad, medios razonables, proporcionalidad y prevención de daños. Es bajo el antecedente de Jacobson, que los tribunales deben coadyudar a la salud pública en la medida que estos criterios arriba mencionados sean respetados.”³¹

Respecto de Estados Unidos, concluye Gostin que, si la Corte norteamericana debiera hoy en día fallar sobre el caso nuevamente, diferiría probablemente en su análisis –tomando en cuenta los desarrollos en materia de Derecho Constitucional- pero también, ciertamente, reafirmaría el poder del gobierno para salvaguardar la salud pública.

³⁰ Jacobson c/Massachussets, 197 US 11 (1905).

³¹ Gostin, Lawrence O; “Jacobson c/Massachusetts a su centenario: Poder de Policía y Libertades Civiles en Conflicto”, traducción de Juan Cruz Vallefin.

Volviendo a nuestro país, hay que decir que la Argentina adoptó un régimen de prevención de ciertas enfermedades mediante un sistema de inmunización que instituyó la administración de vacunas a toda la población, de acuerdo al cronograma que a tal efecto el Estado fija. Tal régimen es de carácter obligatorio y contempló la posibilidad de disponer su cumplimiento coercitivo frente a la reticencia del sujeto obligado a la vacunación.³²

La obligación del Estado Nacional de proveer una vacuna para combatir el mal de los rastrojo fue dispuesta por la Justicia Contencioso Administrativa federal, al ordenar en el caso *Viceconte*³³ que, atento la gravedad de la enfermedad, sumado a la gran cantidad de personas con riesgo de contraerla dentro del área endémica (estimada en 3.500.000 personas), torna absolutamente necesario el máximo esfuerzo de las autoridades competentes a fin de finalizar, dentro del menor tiempo posible, todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la referida vacuna *Candid 1* en el país.³⁴

Desde aquellos lejanos orígenes de las políticas de vacunación, daremos un salto en el tiempo para analizar un caso que fue resuelto por la CSJN en el año 2012³⁵, en el que se debatió sobre el derecho constitucional a negarse a la aplicación de las vacunas obligatorias del protocolo oficial, con fundamento en la afectación de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CN, como a recibir un trato médico digno y respetuoso, con

³² Zelaya, Mario A. "Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria", Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3.

³³ Causa N° 31. 777/96 "Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional –M° de Salud y Acción Social– s/ amparo Ley N° 16. 986".

³⁴ Eduardo Mertehikian, "La 'protección de la salud' como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido" (Comentario al fallo "Viceconte, M. c/ Ministerio de Salud y Acción Social"), Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, La Ley, 1998-F, 9.303.

³⁵ CSJN, "N.N. D., v. s/ protección guarda de personas", sent. del 12-06-2012.

respecto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad.³⁶

El movimiento anti-vacunas representa una mirada con fundamentos ideológicos liberales que no es original de nuestro país y que se remonta al rechazo de algunas personas a la intervención del Estado en cuestiones vinculadas con la salud pública.

El caso “N.N. D., v. s/ protección guarda de personas” se inició en Mar del Plata, donde la titular de la Asesoría de Incapaces n° 1 promovió medida de protección de derechos del niño a favor de N.N. ó U.V. mediante la cual peticionó la internación del menor en un nosocomio público a fin de que le sea administrada la medicación/vacunación pertinente conforme el protocolo oficial de vacunación, con el auxilio de la fuerza pública³⁷. La acción se inició debido a que los representantes de un niño recién nacido se opusieron a que éste reciba las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación. Adoptaron esa posición debido a su propia visión de la medicina, y de la elección que profesan por los paradigmas del “modelo homeopático”, y en especial, los “ayurvédicos”. En ese contexto, manifestaron haber optado por un modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que excluyen -preferentemente- los procedimientos médicos intrusivos. Según los padres agraviados, la vacunación importa un “paternalismo compulsivo” estatal. Apoyaron su posición en el art. 19 párr. 1° de la Constitución Nacional, alegando que obligarlos a vacunar a su hijo contra sus creencias importaba una violación

³⁶ María Yanina Gázquez, “Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.”, Revista Derecho y Salud, p.62.

³⁷ La solicitud reconoce como antecedente la comunicación que cursara al Ministerio Público el área de servicio social del Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil “D. Victorio Tetamanti” de esa localidad, dando cuenta de la negativa de la presunta madre del menor a que le realicen a éste las mencionadas prácticas, en oportunidad de concurrir al establecimiento luego de producido el parto domiciliario.

del principio de autonomía allí consagrado que obstaculizaba el plan de vida que aquellos habían trazado para su familia.

La ley 22.909 -B.O. del 15-IX-1983- de alcance a todo el territorio de la República (conf. arts. 1, 2, 3, 6, 11, 20) instituyó el “Régimen General para las Vacunaciones contra las Enfermedades prevenibles por ese medio”, contemplando el suministro obligatorio a todos los habitantes del país de las vacunas incluidas en la nómina cuya elaboración encomendó a la autoridad sanitaria nacional³⁸. El citado art. 11 de la ley 22.909 -respecto del deber de vacunación antes mencionado-, dispuso que “los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables, con respecto a las personas a su cargo”. Sin perjuicio de la sanción de multa que prescribe el art. 17 del plexo analizado para el supuesto en que los sujetos obligados incumplan el mandato legal, el art. 18 dispone: “La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados por el art. 11 determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva”.

Por otro lado, 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).

Al resolver el caso, dijo la Corte Suprema que “corresponde señalar que no se encuentra discutida en autos la prerrogativa

³⁸ Dicho contenido se ha integrado de manera sucesiva por diversas disposiciones reglamentarias dictadas al amparo de la señalada previsión legal (Resoluciones 107/1997 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 02-X-1997-; 141/97 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 22-I-1998-; 108/98 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 11-XI-1998-; 940/2000 del Ministerio de Salud -B.O. del 27-X-2000-; 174/2003 del Ministerio de Salud -B.O. del 07-III-2003-; 175/2003 del Ministerio de Salud -8.0, del 07-III-2003-; 653/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente -B.O, del 17-VI-2005-; 48/2007 del Ministerio de Salud -B.O. del 26-I-2007 y 498/2008 del Ministerio de Salud -B.O. del 29-V-2008-)

de los progenitores de decidir para si el modelo de vida familiar (artículo 19 de 1a Constitución Nacional), sino el límite de aquella, que está dado por la afectación de 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.”

A finales del año 2018 el Poder legislativo de la Nación, en línea con los argumentos expuestos por la Corte Suprema en el referido precedente en el que avaló la constitucionalidad de la vacunación como un deber impuesto por el estado a las personas, sancionó la ley 27.491 que consagró la “prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular” (art. 2º, inc. “c”) y la preeminencia del interés superior del niño (art. 11) y que también impuso la norma la obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas (art. 2) y previó que su incumplimiento generaría “acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva” (art. 14).

En vigencia de la nueva ley, su obligatoriedad fue solicitada por ciudadanos que se negaban a vacunar a sus hijo al poder judicial, teniendo resoluciones contrarias a excepcionar la aplicación de la vacuna.³⁹

María Yanina Gázquez analiza esta cuestión con los siguientes argumentos: “¿No vacunarse implica siempre un daño a la salud colectiva o se trata sólo de un riesgo potencial? Consideramos que no vacunarse no siempre implica un daño a la salud pública y a los derechos de terceros, pero si genera un

³⁹ Caso: “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. Y caso: “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. Ambos citados por Zelaya, Mario A. “Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria”, Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3.

riesgo potencial de daño. Basándonos en la función preventiva del Código Civil y Comercial (art. 1710), sostenemos que se debe priorizar el deber de no dañar, motivo por el cual se deben extremar los recaudos para evitar daños a los demás, especialmente el Estado a través de los programas de salud pública. La salud no sólo beneficia al individuo sino también a la sociedad. La enfermedad gravita sobre la vida económica y social, debido a que reduce la productividad de las personas. La baja producción proporciona salarios insuficientes que derivan en nutrición deficiente y, por ende, en bajo nivel de vida que, en la mayoría de los casos, provoca enfermedad. A su vez, la enfermedad necesita atención e inversión de grandes sumas de dinero que el Estado podría destinar a la medicina preventiva.”⁴⁰

V. La prohibición de fumar tabaco en lugares públicos

Otro claro ejemplo de regulación estatal que limita las libertades individuales en protección de la salud pública son las leyes 23.054 (modificada por la ley 24.044), que prohibió la actividad de fumar en público, luego ampliada la reglamentación a otros aspectos del tabaquismo como su publicidad, mediante la sanción de la ley 26.687. Como veremos, coincide la doctrina que no existe un derecho en cabeza de las personas que eligen fumar tabaco de hacerlo en público, lesionando la salud de aquellas personas con las que comparte el espacio, ya que el principio según el cual 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; sólo tiene el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad y de las acciones privadas de los hombres.

⁴⁰ Gázquez, M. Y. (2019). Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra. *Revista Derecho Y Salud*, (3), 62-75. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2019\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2019)05). Ver también Verónica Rocamora Villena, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, “La salud en disputa. La dimensión sociopolítica y comunicacional de las controversias sobre vacunas en Chile”, Madrid, 2017.

La evaluación de la intervención del Estado en protección de la salud, cambia según lo haga en aspectos del ámbito privado de las personas o del ámbito público en el que la conducta prohibida interactúa con los derechos de otras personas. Agustín Gordillo, analiza la cuestión y sostiene; “Por lo tanto, si bien el derecho de fumar en privado no resulta prima facie restringido por las normas y principios precedentemente expuestos, no ocurre lo mismo con el acto de fumar en público; fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el art. 19 de la Constitución nacional: ésta enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así, sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública. No existiendo norma expresamente permisiva, cabe entonces concluir que no existe el “derecho” ni la “libertad” de fumar en público sino antes bien y al contrario el deber jurídico de no hacerlo.”⁴¹

El profesor Gordillo explica que: “la línea divisoria de conducta lo constituye siempre la existencia o no de trascendencia de la conducta individual y privada al ámbito compartido de la vida en sociedad; ya que no parece tutelado el “derecho” de obligar a los demás seres humanos a ser sujetos pasivos involuntarios de la ingesta de bebidas, drogas o alimentos nocivos, y no puede tampoco, por ende, aceptarse en el presente una supuesta obligación de ser sujetos pasivos involuntarios de la introducción compulsiva de agentes nocivos en sus vías respiratorias, ni puede reconocerse a nadie la potestad unilateral de imponérsela coactivamente sin fundamento normativo expreso y razonable, con sustento fáctico suficiente, nada de lo cual ocurre en la especie.”⁴²

⁴¹ Agustín Alberto Gordillo; Adelina Loianno; Gregorio Flax. - 6a ed. - Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007, pág. X-4.

⁴² Gordillo, Agustín y Ots, Derechos Humanos, Ob. Cit.

IV. Conclusiones

A partir de los sucesos que actualmente estamos viviendo en nuestro país, y en todo el mundo, las etapas que siguen en la lucha contra la pandemia del Covid-19 transitarán por las políticas sanitarias centradas en la aplicación masiva, y con un criterio de prioridad que considere la especial vulneración de determinados grupos con particulares condiciones de edad y estado de salud, de las diversas vacunas disponibles y que cumplan con todas las exigencias de seguridad y calidad que establece nuestra normativa vigente.

Este desafío que afronta el Gobierno nacional y las administraciones de todos los Estados provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exigirá poner en práctica políticas de acción positiva a fin de garantizar en forma gratuita el derecho a la salud de toda la población, actuando en forma gradual y selectiva y protegiendo a los sectores más vulnerables a esta enfermedad.