

Viedma, de noviembre de 2015.

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados: "'HOSPITAL DR. PEDRO BIANCHI DE SIERRA GRANDE (P.O.D.) S/ MEDIDA DE PROTECCION DE DERECHOS'", Expte Nº 1496/14/J7, traídos a despacho de los que;

RESULTA:

I) Que a 01/04 se presentó el Hospital Dr. Pedro Bianchi de la localidad de Sierra Grande poniendo en conocimiento la situación del niño 'O. D. P.' quien sólo fue vacunado al momento de su nacimiento y que posteriormente su madre, Sra. 'E. V. P.' se ha negado a concurrir al nosocomio para completar el plan de vacunación. Refirió que la agente sanitaria del barrio donde reside el bebé ha realizado varias visitas al domicilio sin ser atendida. Que han concurrido al lugar de trabajo de su abuela materna, siendo informados que la voluntad de su hija (madre del niño) es no querer vacunar a su hijo. Posteriormente, manifestaron, que de una entrevista con 'E.' contestó por escrito que "una de las razones (de negarse a la vacunación) es porque no sigo una medicina tradicional, hago atender a mi niño con un homeópata, que prepara las vacunas con sus propios glóbulos respetando (y esperando) su edad para realizarlo. Otra de las razones es que debido a que en las vacunas hay trozos de ADN ANIMAL, entre otros compuestos que NO INFORMAN A LOS PADRES y practico culto religioso el cual tiene como creencia "KARMA", ya sea por ingerir alimentos con animales como vacunas que no se sabe lo que tienen y porque están combinando ADN humano con ADN animal. Gracias" (fs. 06/07). Que ante la negativa sistemática de la madre a acceder al plan obligatorio de vacunación, el Hospital realizó la correspondiente presentación judicial.

II) Que a fs. 13 se dispuso la intervención del Organismo Proteccional y a fs. 27, mediante faximil, la Sra. 'E. V. P.' realizó una presentación judicial manifestando entre otras consideraciones que "...la decisión de no vacunar no debe parecer algo casual. Los padres de ni niños no vacunados tenemos responsabilidades como: amantar exclusivamente con leche materna por lo menos los primeros 6 meses de vida o más. Cuidar su alimentación ofreciendo abundantemente vegetales, frutas, granos y semillas de calidad. Promover el acercamiento con la naturaleza: tierra, plantas, animales domésticos. No limitar a los niños en relacionarse con otros vacunados o no vacunados indistintamente...". Finalizó diciendo "...Por eso pido se respete mi decisión de vacunar luego de los 2 años de edad, respetando el desarrollo inmunológico del bebé velando por su integridad. ...Los niños necesitan de la enfermedad para lograr su salud. Deben experimentar síntomas y enfermedades como un

ritual de iniciación necesario, que permite a sus sistema inmunológico y nervioso crecer, madurar y desarrollarse (Dr. Lawrence B. Palevsky)".

III) Que a fs. 35/39 la Subsecretaría de Promoción Familiar, Delegación Sierra Grande, informó que ante la intervención realizada la madre se muestra reticente frente a cualquier sugerencia en beneficio de la salud de su hijo, sosteniendo que la negativa es en pos de su protección, ya que las vacunas tienen componentes que dañan la salud y que han fracasado todas las estrategias de abordaje que tanto el Hospital como el Organismo han realizado en pos de obtener la vacunación voluntaria del niño.

IV) Que a fs. 50/80 se presentó la Sra. 'E. V. P.' por su propio derecho y en representación de su hijo menor, acompañando documental respaldatoria que fundamenta su negativa a la vacunación del niño. Acompañó escritos y copias de libros en los que se puso de resalto la inconveniencia de la vacunación de los niños, los componentes de las vacunas (declarados y no declarados), sus efectos adversos y su efectividad. Concluyó con una opinión sobre las vacunas entre los que se sintetizan argumentos de algunos autores que, en honor a la brevedad, sólo transcribiré algunos de ellos: "La verdadera naturaleza de la industria farmacéutica mundial reside en el hecho de recibir beneficios cuantiosos con las enfermedades crónicas y no en el hecho de ocuparse de la prevención y erradicación de las mismas"; "cien años de investigación ortodoxa muestran que las vacunas representan un asalto al sistema inmune. Las vacunas no previenen enfermedades. Están implicadas en reacciones muy serias"; " la única vacuna segura es aquella que nunca se usa..." entre otros (fs. 70).

V) Que a fs. 40/42 se expidió la Sra. Defensora de Menores e Incapaces fundamentando ampliamente su postura en relación a la necesidad y obligatoriedad del plan de vacunación nacional el que se funda en el derecho a la salud de toda la población y en especial en el derecho del niño a la salud y la consecuente obligación del Estado de garantizarlo. Finalmente a fs. 98, a instancias del Ministerio Público, se le requirió la madre del niño que acompañe un plan de salud alternativo debidamente fundado, notificación que efectivamente se realizó en su domicilio real (fs. 99) y ante el silencio de la requerida la Sra. Defensora de Menores e Incapaces solicitó se resuelva la cuestión disponiendo el traslado compulsivo de la progenitora junto al niño 'O.' a los fines de dar cumplimiento al calendario de vacunación.

CONSIDERANDO:

1) Que la cuestión a resolver se debate en dos cuestiones: a) la pugna de los derechos de los progenitores a la libertad de conciencia y a elegir tratamientos de salud alternativos y el derecho del niño a la salud, a un crecimiento y desarrollo saludable; b) el rol del Estado como controlador de las políticas públicas y su respectiva obligación de hacer cumplir las leyes tendientes a la protección del derecho a la salud de toda la comunidad.

2) Que entonces comenzaré por abordar la primera de las cuestiones planteadas referida a los derechos de los padres en el marco de la responsabilidad parental en relación a sus hijos menores.

La responsabilidad parental está definida por el artículo 638 del Código Civil y Comercial como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

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

Es decir que el niño considerado como sujeto de derecho, tiene los mismos derechos que las demás personas humanas con un plus de protección debido a su condición de persona en desarrollo lo que lo sitúa en una situación de mayor vulnerabilidad con respecto a los adultos.

Que entonces el instituto de la responsabilidad parental ya no tiene que ser pensado con una visión de "tutela" sino que su finalidad es la "protección" del hijo para su desarrollo y formación integral como persona. Esto implica que el derecho a la autodeterminación de los padres y la libertad para ejercer sus derechos sin injerencias estatales encuentra su límite en los derechos del niño.

3) Que entonces, los padres en tanto adultos capaces, pueden elegir y decidir la forma de criar, cuidar y educar a sus hijos; pueden por ejemplo transmitirle creencias, modos de vida, de alimentación e incluso la elección de terapias médicas o farmacológicas alternativas no ortodoxas, siempre y cuando no se restrinja con ello su derecho a la salud.

Es claro entonces, que el derecho de los padres a elegir un plan de salud para sus hijos está limitado por el derecho a la salud y a un desarrollo saludable que ellos detentan.

"El derecho a la privacidad —por definición propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos personas más que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo —art. 11, inc. 2 de la CADH—, y, en ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia, sin embargo ello resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable necesitado de protección —art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional— tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego... La interpretación de los derechos de la patria potestad que poseen los progenitores no puede efectuarse, en la actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la ley 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno en el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2012, "N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas"; LA LEY 26/06/2012, 26/06/2012).

Ello significa que cuando los derechos de los niños resultan vulnerados por la acción u omisión de sus padres o de terceras personas, el Estado debe actuar restableciendo los derechos vulnerados mediante la instrumentación de políticas públicas al efecto.

4) Corresponde, entonces, analizar el rol del Estado como garante de la salud pública.

Que en tal sentido la Ley 22.909 establece 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. 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" (art. 11).

Es decir que el plan de vacunación oficial, apunta a una política estatal de prevención, procurando evitar brotes masivos de graves enfermedades que pongan en riesgo la salud de toda la población, principalmente de los niños. Con ello, además se responde al

cumplimiento de las "obligaciones de hacer" que tiene el Estado Nacional para garantizar el pleno goce de los derechos de todos sus habitantes.

Es sabido que el concepto de salud ha sido definido por la OMS en el Preámbulo de su Constitución como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente como la ausencia de enfermedad". En tal sentido se ha sostenido que el concepto actual de derecho a la salud se encuentra ligado con la idea de un completo e integral bienestar de la persona.

Dicha apreciación, a más de considerar la definición aportada por la OMS desde la óptica brindada por dicho organismo, se condice con la visión que puede obtenerse desde el punto de partida de la medicina preventiva. Así, en tanto el individuo no padezca de afección alguna que requiera un tratamiento —cualquiera sea éste— de tipo específico, la medicina preventiva será de aplicación cuándo aquél se encuentre en "buen estado de salud" y con la finalidad de mantener el mismo. La vacunación se corresponde con la prevención a futuro de la salud del individuo. Y cuando dicha vacunación resulta ser masiva y obligatoria, ya no sólo tiene como principal destinatario a ese individuo en particular, sino a la población toda (Bigliardi, Karina A. Rocca, María del Rosario, "La vacunación obligatoria y la elección de la medicina alternativa de los padres", LLBA2010 (noviembre), 1107).

5) En el caso que nos ocupa la Sra. 'P.' se niega a vacunar a su pequeño hijo (1 año de edad) argumentando sus creencias personales, su religión y el hecho de que considera que las políticas de vacunación son un engaño a la población porque constituyen un gran negocio del Estado. Propone proporcionar una alimentación sana y equilibrada basada en vegetales, granos y semillas, aclarando que no limitará el contacto de su hijo con otros niños vacunados o no. Solicitó se le autorice a vacunar luego de los dos años de edad, respetando el desarrollo inmunológico del bebé (fs. 27). Sin embargo cuando se la intimó fehacientemente a que proporcione en plan de salud alternativo para su hijo (fs. 98 y fs. 99) no acompañó ninguno, lo que permite presumir su inexistencia.

"La decisión adoptada por los padres de un recién nacido, al diseñar su proyecto familiar, de no aplicarle las vacunas obligatorias, afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, por lo que no puede considerarse como una de las acciones privadas del art. 19 de la Constitución Nacional, y por lo tanto, está sujeta a la interferencia estatal, en el caso, plasmada en el plan de vacunación nacional. El carácter obligatorio y coercitivo del Régimen de vacunación respecto de todos los habitantes del país —art. 11 de la ley 22.909— se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general, pues, la

vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2012, "N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas"; LA LEY 26/06/2012, 26/06/2012). No está tampoco en tela de juicio que la progenitora tenga de acuerdo a sus propias convicciones, buenas intenciones en su opción "antivacunas", pero es necesario que comprenda, que este punto no es de la órbita de la decisión y apreciación familiar.

En este sentido es relevante señalar que la propia Corte en el fallo aludido, cuya lectura puede recomendarse inclusive a la madre del niño por su extrema sencillez, es contundente al señalar que el objetivo de la vacunación obligatoria no se limita al individuo que recibe la vacuna. La cuestión excede el ámbito personal y constituye directamente un tema salud pública ya que uno de los objetivos primordiales es el de reducir o erradicar los contagios en la población. Esta finalidad es la que, según el Tribunal justifica el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para todos los habitantes del país, con fundamento en el interés colectivo que hace al bienestar general.

Por último es necesario resaltar el compromiso explícito que ha efectuado del Estado Argentino al suscribir la Convención de los Derechos del Niño en reconocer y garantizar al niño del más alto nivel posible de la salud y servicio para el tratamiento de las enfermedades, asegurando la plena aplicación de este derecho, en particular, adoptando las medidas apropiadas para reducir la mortalidad infantil, combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de la salud (art. 24-1 incs. 2) a y c CDN).

6) Por todo lo expuesto concluyo que el interés superior de 'O. D. P.' se circunscriben en el caso concreto a garantizar su derecho a la salud, su derecho a gozar de los avances de la ciencia que lleva implícito el de hacer uso de las medicinas y recursos médicos existentes para prevenir enfermedades ya erradicadas por el plan nacional de vacunación, el que el Estado debe priorizar, en caso de conflicto, aún a costa del derecho de sus progenitores (art. 3; art. 6; art. 24-1 incs. 2) a y c; art. 18-1 CDN). El art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, declara que los estados firmantes reconocen el derecho de estos al disfrute del más alto nivel de salud posible, imponiéndose el esfuerzo de asegurar que ningún niño sea privado de los servicios sanitarios.

Que entonces deben garantizarse dichos derechos, por sobre el interés de su progenitora de no acceder a su vacunación, ordenando que la misma se realice de manera obligatoria y hasta compulsiva, si fuere menester, debiendo respetarse, aún en esta última instancia, el

derecho del niño y de su madre a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades.

Por ello;

RESUELVO:

I) Ordenar a la Sra 'E. V. P.', ajustarse al calendario de vacunación obligatorio dispuesto por ley y organizado para su hijo 'O. D. P.' bajo apercibimiento de disponer las medidas compulsivas que sean necesarias para ello, en un plazo de 10 días, y deberá efectuarse la primera presentación del carnet vacunatorio que debiera ser exhibido por secretaria en original y aportar copia para el expediente.

II) Deberá acreditar en el expediente cada dosis sucesiva de vacunación que le sea aplicada, pudiendo el ministerio pupilar requerir toda la información que considere pertinente tanto a la madre como a los servicios de salud que utilicen.

III) Imponer las costas por su orden. (art. 68 2º párrafo del Cód. Pr.).

IV). Regular los honorarios profesionales del Dr. Carlos Javier Dvorzak en la suma equivalente a 10 jus (art. 6, 7, 8 y 48 y 50 de la Ley 2212 y art. 3 Ley 4503). Cúmplase con la Ley 869.

V). Notifíquese, regístrese y protocolícese.

VI) Protocolícese. Notifíquese.