

# Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal

La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria

## *Justice in Decision-making and Discretionary Regulations*

*The Harmonization of Rights and Public Goods Through a Reasonableness Analysis Using a Case of Mandatory Vaccination*

RECIBIDO: 2012-10-31 / ACEPTADO: 2012-11-03

Fernando M. TOLLER\*

Adriel FERNÁNDEZ SANTANDER\*\* / Daniel D'ELÍA\*\*

\*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires /

\*\*Ayudantes de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires

[ftoller@ius.austral.edu.ar](mailto:ftoller@ius.austral.edu.ar)

**Resumen:** El trabajo sostiene que la teoría que parte de la colisión de los derechos, y las metodologías de interpretación anejas, deben desecharse por inconsecuencias lógicas y valorativas. Se ofrece, en contrapartida, una alternativa para determinar adecuadamente el ámbito de funcionamiento razonable de los derechos, y lograr así su armonización. Se pone así el acento en el control de razonabilidad, o principio de proporcionalidad, dividiéndolo en seis pasos o tests. El trabajo toma como vértice para el análisis un caso de la Corte Suprema argentina relativo a derechos sociales. Allí se examinó el régimen de vacunación obligatoria de menores, ante la oposición de los padres. A partir del mismo el artículo realiza un ejercicio de aplicación de esos seis pasos de la razonabilidad, mostrando de modo concreto cómo analizar estas cuestiones para encontrar lo justo en lo concreto en este tipo de problemas jurídicos, donde se involucran además aspectos técnicos y decisiones discrecionales del Estado.

**Palabras clave:** Derechos humanos, derechos sociales, tratados internacionales de derechos humanos, derecho a la salud, patria potestad, autonomía familiar, potestades públicas, poder de policía sanitaria, vacunación obligatoria, control de constitucionalidad, razonabilidad, principio de proporcionalidad, interpretación constitucional, discrecionalidad, oportunidad, mérito y conveniencia, conflicto de derechos, jerarquización, ponderación, armonización de derechos, contenido esencial.

**Sumario:** 1. Introducción: un caso sobre salud de menores y la discusión sobre cómo juzgar regulaciones sobre derechos. 2. El caso: hechos e instancias. 3. La teoría de los conflictos de derechos y sus metodologías de interpretación constitucional. 4. La armonización de derechos y el control de razonabilidad de las normas como alternativas al conflictivismo. 5. Las metodologías de interpretación constitucional de los tribunales que intervinieron. 6. Un control constitucional de razonabilidad en seis tests para el régimen de inmunización obligatoria. 7. Test 1. Análisis del fin de la norma: los objetivos del Plan de Vacunación Obligatoria. 8. Test 2. Análisis de la legitimidad de los fines de la norma: el sustento constitucional y convencional del Plan de Vacunación. 9. Test 3. Análisis de la adecuación de los medios elegidos con relación a los fines buscados: la eficacia del Plan de Vacunación. 10. Test 4. Análisis de la necesidad de los medios arbitrados por la norma: eficiencia e indispensabilidad del Plan de Vacunación. 11. Test 5. Análisis de la proporcionalidad de los medios con relación al fin: costos y beneficios del Plan de Vacunación Obligatoria. 12. Test 6. Análisis del respeto al contenido esencial de los derechos regulados: la vacunación ante la patria potestad, la autonomía familiar, la salud y las obligaciones estatales. 13. Replanteo de la doctrina de la oportunidad, mérito y conveniencia: conjugando la deferencia a la discrecionalidad política y la protección eficaz de los derechos. 14. Corolarios sobre derechos sociales, políticas públicas, patria potestad, derecho a la salud y metodologías de toma de decisiones sobre derechos.

**Abstract:** The paper argues that the theory of the collision of rights, and its accompanying methodologies of interpretation, should be discarded by logical and legal inconsistencies. It offers, in return, an alternative to properly determine the scope of reasonable functioning of rights, and to achieve its harmonization. The emphasis is placed on reasonableness review or proportionality principle, dividing it into six steps or tests. The work takes as axis of the analysis a case on social rights of the Supreme Court of Argentina, where was examined the regulation of mandatory vaccination of children, challenged for the parents. The article made a application exercise of these six tests of reasonableness, presenting concretely how to analyze these legal issues looking for the just answer to the case, which also involved technical aspects and discretionary decisions of the State.

**Key words:** Human rights, social rights, international treaties of human rights, the right to health, custody, family autonomy, public powers, to health policy, mandatory vaccination, judicial review, reasonableness, proportionality principle, constitutional interpretation, discretionary regulations, opportunity, merit and convenience, conflict of rights, categorization, balancing, harmonization of rights, essential content.

## 1. INTRODUCCIÓN: UN CASO SOBRE SALUD DE MENORES Y LA DISCUSIÓN SOBRE CÓMO JUZGAR REGULACIONES SOBRE DERECHOS

El control jurisdiccional del ejercicio de la potestad regulatoria estatal relativa a los derechos, así como la interpretación y determinación del ámbito de funcionamiento razonable de los mismos son dos puntos medulares de una teoría general de los derechos humanos. Aquí suelen confluír distintas concepciones del Derecho, las cuales determinan, en gran medida, el modo en que el operador jurídico actúa y los métodos que utiliza para lograr una solución cuando se suscita una contienda de pretensiones de materia constitucional, ya sea entre particulares o bien entre estos y el Estado.

Una perspectiva ampliamente extendida es aquella que concibe los derechos como un sistema en permanente colisión: el “conflictivismo”. Asume que, frente a una controversia, los jueces están obligados a optar por uno de ellos y sacrificar al restante lo cual ocurrirá en abstracto –jerarquización– o en concreto –ponderación–. Las objeciones esenciales que pueden formularse a esta visión, sin perjuicio de lo que diremos luego, son dos: por un lado, desconoce el fundamento de los derechos humanos y, por tanto, a la persona misma; por el otro, su sistema de solución de controversias no supera un análisis lógico.

Otra perspectiva, que aquí se propone, pregona que los derechos conforman un orden armónico, es decir, que conviven unos con otros. No hay lugar en ella para desplazar a un verdadero derecho por otro, sencillamente porque detrás siempre esto viola el principio de no contradicción y porque atrás de un derecho legítimamente ejercido hay siempre una persona que reclama dignidad y respeto. La resolución de todo caso debe determinar qué derecho en concreto está siendo ejercido de manera razonable y cuál derecho es invocado, pero no está avalado por un título legítimo y exigible en las circunstancias específicas a resolver. Ciertamente no se trata de tarea sencilla, pero no es imposible. Así, la misión del intérprete será hallar la esfera de funcionamiento razonable de los derechos invocados. Y para tal fin la mejor herramienta es el control constitucional de razonabilidad, en el léxico latinoamericano, o principio de proporcionalidad, según la expresión europea.

Lo que aquí proponemos es, a partir de un caso relativo a derechos sociales –derecho a la salud y potestades del Estado–, analizar algunas críticas al conflictivismo y, en especial, exponer varios elementos del principio de proporcionalidad, también cuando se trata de juzgar una decisión estatal mayormente discrecional, o dictada en virtud de la facultad de disposición en virtud

de la “oportunidad, mérito o conveniencia”. Para esto, se propone realizar el control constitucional de razonabilidad dividiéndolo en seis tests o pasos, para determinar si la decisión final resultó acertada o no. En consecuencia, este trabajo es, en buena medida, un ejercicio práctico de utilización del control de razonabilidad, aplicándolo a una sentencia de la Corte Suprema argentina en materia de vacunación obligatoria de menores de edad<sup>1</sup>.

En el apartado 2 se expone el caso y sus distintas resoluciones judiciales. En los puntos 3 y 4 se explican algunos elementos relativos a la visión conflictivista y cuál es la metodología armonizadora opuesta que se propone. En el punto 5 se muestra la filiación conflictivista en la decisión de la Corte provincial, que la lleva a aplicar el método de la jerarquización, así como posturas oscilantes en la Corte nacional, que van desde el conflictivismo a la armonización de los derechos y bienes públicos. Luego, en los apartados 6 a 12, se realiza, a modo de ejercicio práctico, cómo se debe analizar un caso con un método que atiende al contenido inalterable del derecho y al control de razonabilidad de las normas. Finalmente, en el punto 13 se hace un replanteo del problema de la irrevisabilidad judicial de la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones de los órganos políticos del gobierno, y en el apartado 14 se exponen los resultados obtenidos en este trabajo.

## 2. EL CASO: HECHOS E INSTANCIAS

### a) *Las circunstancias sobre las que se resolvió*

En la ciudad de Mar del Plata, Argentina, un recién nacido fue internado en un hospital luego de que los médicos le realizaran un chequeo. Sin embargo, los padres decidieron retirarlo cuando supieron que los médicos querían vacunarlo en aplicación del Régimen de Vacunación Obligatoria (Ley 22.909, de carácter nacional). Manifestaron no estar de acuerdo con

---

<sup>1</sup> C.S.J.N., “N.N. o U., V., s/ protección y guarda de personas”, N. 157. XLVI, 12-VI-2012. Se analizó la sentencia de la instancia anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en TOLLER, F. M.; D’ELÍA, D. y FERNÁNDEZ SANTANDER, A., “Prevenir es curar: Pautas para la armonía entre libertad, patria potestad, derecho a la salud y potestad sanitaria del Estado”, *Jurisprudencia Argentina* (2011-II), pp. 408-423, comentando el caso S.C.B.A., “N.N. o U., V., Protección y guarda de personas”, C. 111.870, 6-X-2010, en *idem* (2011-II), 391 ss.

las vacunas en razón de su adhesión a una medicina homeopática milenaria, de origen indio, conocida como “ayurveda”, fundada en el equilibrio de la mente y el cuerpo y el uso de alimentos naturales. Señalaron que, para aplicar el régimen de vacunas a su hijo, ellos debían prestar su consentimiento. Por último, expresaron que recurrirían a la medicina usual u occidental si la salud de su hijo lo requería<sup>2</sup>.

En resumidas cuentas, los padres hicieron una objeción a la vacunación obligatoria, pero no por motivos éticos o religiosos, sino científicos o de creencias naturales.

#### b) *Las jurisdicciones inferiores*

El Ministerio de Menores, en representación del bebé, inició un proceso que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

En primera instancia la jueza se limitó a instar a los padres a cumplir con el calendario de vacunas. Disconforme con ello, el Ministerio pupilar recurrió la decisión ante un Tribunal de Familia, el cual *intimó* a los padres a entrevistarse con especialistas para conocer el riesgo de no vacunar al bebé y a que adjunten un plan de salud equivalente a las vacunas, firmado por un profesional de la medicina alternativa a que adscribían<sup>3</sup>.

Tras nuevas apelaciones, intervino la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que revocó la sentencia. Para entonces el niño ya tenía un año de vida. Los distintos jueces argumentaron lo siguiente<sup>4</sup>:

- (i) el caso presentaba una colisión entre los derechos de los padres, la potestad del Estado en materia de salubridad y el derecho a la salud del menor, y debía hacerse primar a estos últimos frente al primero;
- (ii) en el cuidado de la salud es sumamente importante la faz preventiva;
- (iii) es el Estado quien tiene a su cargo elegir el sistema vacunatorio, valorando las realidades específicas de la Nación en cuanto a las necesidades preventivas, y no los padres;

<sup>2</sup> Cfr. S.C.B.A., “N.N. o U., V., ...”, voto del juez Hitters, ministro preopinante, Segunda Cuestión, punto II.

<sup>3</sup> Cfr. *ibid.*, Antecedentes y Primera Cuestión, punto I.4.

<sup>4</sup> Cfr. S.C.B.A., “N.N. o U., V., ...”, votos de los jueces Hitters, Genoud y Lázari.

- (iv) los representantes de un menor sólo pueden actuar favoreciendo los derechos del incapaz, no disminuyéndolos, lo que acontecería por la negativa a la vacunación;
- (v) la eficacia del plan de vacunación disminuye si las personas omiten vacunarse, generándose un incremento en el riesgo de contagios en cadena de enfermedades graves.

Con estos fundamentos la Suprema Corte provincial dispuso que los padres, en un plazo de dos días, acreditaran el cumplimiento del Plan de Vacunación Obligatoria, según correspondiera a la edad y estado del menor, bajo apercibimiento de hacerlo el Estado coercitivamente<sup>5</sup>.

### c) *Decisión de la Corte Suprema nacional*

La decisión provincial no conformó a los padres, quienes llevaron el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máxima instancia judicial argentina. La Corte sentenció el caso por una resolución firmada de modo unánime<sup>6</sup>.

En primer lugar, la Corte entendió que la autonomía personal no resultaba violada por el Estado si se vacunaba forzosamente a un hijo, contra creencias familiares, ya que oponerse a la vacunación de un menor no respeta los derechos del resto de la sociedad, que se ven salvaguardados por la vacunación, que reduce las posibilidades de contagios de enfermedades<sup>7</sup>.

En segundo lugar, la Corte aludió al respeto por el interés superior del niño, que prima sobre cualquier otra consideración. Para el tribunal la no vacunación expone al menor al riesgo de contraer enfermedades que podrían prevenirse, y eso es faltar a la responsabilidad de los padres de actuar con sus hijos del modo más favorable para sus representados<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> De manera concordante, cfr. RIVERA, J. C., “Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas. La Ley*, Año II, n° 10 (2010), pp. 249 ss., ap. 4.7; y de WEBB, M. S., “¿Los padres en ejercicio de la responsabilidad parental pueden rehusarse a inmunizar a sus hijos?”, *La Ley* (Argentina), (2011-B), 419 ss., ap. IV.

<sup>6</sup> C.S.J.N., “N.N. o U., V., s/ protección y guarda de personas”, N. 157. XLVI, 12-VI-2012, publicado en *Jurisprudencia Argentina. Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 1-VIII-2012 (J.A. 2012-III), pp. 60-67. La Corte tiene siete miembros; salió por seis votos a cero, pues se encontraba de licencia la ministra Argibay.

<sup>7</sup> Cfr. *ibid.*, consid. 8, 11 y 14.

<sup>8</sup> Cfr. *ibid.*, consid. 15 y 21.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación justificó la intervención del Estado por la que se obliga a la vacunación del niño y confirmó la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires.

### 3. LA TEORÍA DE LOS CONFLICTOS DE DERECHOS Y SUS METODOLOGÍAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

#### a) *El conflictivismo en bosquejo*

Existe una filosofía muy usual en la interpretación constitucional, que a su vez da paso a metodologías características para la toma de decisiones sobre derechos fundamentales, que afirma que en casos donde se involucran dos derechos fundamentales, o derechos individuales con bienes públicos, hay un verdadero conflicto entre dichos derechos y bienes.

La aceptación del conflicto entre derechos en buena lógica implica que ambas partes tienen razón; a pesar de ello, la necesidad inexorable de dar respuesta a la cuestión, impone como solución el sacrificio y la restricción de uno de los dos extremos, sea por la norma general, sea por la sentencia particular. Para esto se utilizan dos metodologías: la jerarquización –*categorization of rights*: gana el derecho considerado abstractamente superior– o la ponderación –*balancing test*: se impone el derecho que pesa más en las circunstancias del caso–.

Obsérvese que si ambas partes tienen razón, cualquier resultado podría ser válido. Este error conceptual provoca siempre graves consecuencias teóricas, y con frecuencia las propias metodologías de decisión llevan, como consecuencia directa de la fuerza del procedimiento, a resultados prácticos injustos o desconocedores de derechos. Como corolario se obtiene una doctrina que acaba, en última instancia, por poner en riesgo la noción misma de derechos fundamentales y por negar la idea de que, en razón de su dignidad, es ilegítimo instrumentalizar a la persona<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Sobre la doctrina de los conflictos de derechos y estas metodologías de interpretación constitucional puede verse TOLLER, F. M., “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en FERRER MC GREGOR, E. (coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa-UNAM, México, 2005, T. II, pp. 1199-1284; *idem*, “Hacia el ocaso del darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales”,

b) *Una transgresión de las estructuras del pensamiento racional*

La teoría conflictivista de los derechos, así como los mecanismos de decisión que le son anejos, analizados en profundidad, resultan visiones contrarias al pensamiento lógico, por violar el principio de no contradicción. Dicho principio, según el cual “no se puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo las mismas consideraciones”, es la estructura básica de cualquier pensamiento racional.

Esto ocurre ya que, si hay conflictos de derechos y se debe sacrificar a uno de ellos, se sigue que tanto el litigante que surja triunfante, como aquel que es desplazado, eran y son titulares reales y en concreto de un derecho actual, legítimo y exigible en el caso. Pero, aplicando el principio de no contradicción al Derecho, se tendría que “no es posible que una misma cosa, acción u omisión sea y no sea jurídicamente debida a un sujeto al mismo tiempo y a la luz de las mismas consideraciones”, o “un derecho subjetivo legítimamente ejercido por el sujeto X no puede oponerse a un derecho subjetivo legítimamente ejercido por el sujeto Y”.

De esta manera, conceptualizar a los derechos como conflictivos se opone a las reglas lógicas, y esto conduce a la invalidez racionalidad de esta propuesta y, por añadidura, a descartar la jerarquización o la ponderación, es decir, los mecanismos de solución de colisiones que acompañan al conflictivismo<sup>10</sup>.

#### 4. LA ARMONIZACIÓN DE DERECHOS Y EL CONTROL DE RAZONABILIDAD DE LAS NORMAS COMO ALTERNATIVAS AL CONFLICTIVISMO

Habiendo bosquejado en sus líneas principales la sustancia del conflictivismo, así como sus falencias y dificultades, conviene ofrecer someramente una propuesta de toma de decisiones constitucionales que supere esos escollos.

---

*El Derecho*, 180 (1999), pp. 1427-1439; *idem*, “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y la posición de la vida en el elenco de los derechos humanos”, en I. GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), *Dereito fundamental à vida*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, pp. 495-516; SERNA, P. y TOLLER, F. M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, *passim*; y CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000, *passim*.

<sup>10</sup> Para ampliar lo expuesto en este subepígrafe, ver TOLLER, F. M., “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en CIANCIARDO, J. (coord.), *La interpretación constitucional en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, pp. 133-181.

a) *Los derechos forman un sistema armónico*

El punto de partida debe ser siempre, como se demuestra en base a las reglas lógicas, que los derechos no pueden estar en conflicto. Por el contrario, ellos son armónicos, pues todos tienden a tutelar distintos bienes humanos básicos<sup>11</sup>. La función del juez no es la de sacrificar derechos sino, en realidad, la de determinar qué derecho, de quién y en qué “proporción” se presenta en el caso<sup>12</sup>.

Estas ideas son, claramente, contrapuestas a los postulados conceptuales de la tradición individualista. Al comprenderse a los derechos como elementos de un derecho general de libertad, su vocación expansiva es permanente, convirtiendo al otro sujeto en un obstáculo a la expansión de “mi derecho” y tornando ilusoria cualquier noción de orden en las relaciones humanas<sup>13</sup>.

Para lograr comprender y poner en operación ese sistema armónico de derechos fundamentales es clave la llamada “garantía del contenido esencial” de los derechos. Dicha garantía fue prevista en el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn y receptada luego en el art. 53.1 de la Constitución española<sup>14</sup>. Sin embargo, no es nueva en el Derecho Constitucional comparado, pues no es otra cosa, en el fondo, que la salvaguarda incorporada casi cien años antes a la Constitución Argentina en su art. 28, que podría denominarse “garantía de inalterabilidad de los derechos”.

La garantía establece, en definitiva, que la regulación legal de un derecho fundamental no puede violentar lo que realmente es. En nuestra comprensión, implica que es intangible la esfera de funcionamiento razonable de un

<sup>11</sup> Ver sobre esto SERNA, P. y TOLLER, F. M., *La interpretación ...*, pp. 91-103.

<sup>12</sup> Cfr. TOLLER, F. M., “La resolución...”, pp. 1248-1249.

<sup>13</sup> Cfr. OLLERO TASSARA, A., “Para una teoría ‘jurídica’ de los derechos humanos”, en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 152-153; CIANCIARDO, J., *El conflictivismo...*, pp. 151-157, y su reelaboración titulada *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 153-183; SERNA, P. y TOLLER, F. M., *La interpretación...*, pp. 96-98; y TOLLER, F. M., “La resolución...”, pp. 1245-1248.

<sup>14</sup> Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales el trabajo clásico es HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1983. Cfr. también DE OTTO Y PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en *Derechos fundamentales y Constitución* (en colaboración con MARTÍN RETORTILLO, L.), Civitas, Madrid, 1988, pp. 93-172; y GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, *passim*.

derecho o, más simplemente, el propio derecho, es decir, lo que es justo con relación a alguien en virtud de un título iusfundamental. Así, no es admisible la restricción de parte del mismo, como en definitiva hacen en Alemania las teorías absoluta y relativa del contenido esencial. En otras palabras, el contenido esencial alude a qué es un derecho y a qué abarca, así como a la forma en que puede ser regulado sin desnaturalizarlo y, en consecuencia, a evitar y repeler toda norma que caiga en la ilegitimidad<sup>15</sup>.

Entra en juego aquí también la función preponderante de la finalidad de cada derecho, esto es, el sentido o fines para los cuales se lo reconoce, el alcance y las condiciones de ejercicio y las facultades en caso de incumplimiento, así como sus fronteras o deberes, y especialmente el deber de no interferencia y de adecuación con los derechos y libertades de otros.

Interpretar desde el contenido esencial –y encontrar así el verdadero derecho en un caso, el derecho legítimamente titularizado y ejercido– es entonces mirar hacia la naturaleza, finalidad y ejercicio funcional de cada derecho en litigio, buscando modos de compatibilidad que respeten el núcleo determinante de cada uno de esos derechos, su “esfera de funcionamiento razonable”, evitando que ninguno se vea realmente frustrado<sup>16</sup>. De este modo, se puede distinguir en un derecho lo que es su ámbito material, es decir, las acciones, omisiones y daciones que *prima facie* están incluidas en el *nomen iuris* del derecho, del verdadero derecho, que surge de determinar dentro de esas acciones, omisiones y daciones, las que forman parte de su ámbito formal o ámbito jurídico, o ámbito de legítimo ejercicio, a partir de indagaciones doctrinales, legislativas, jurisprudenciales, analizadas a partir del control de razonabilidad<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Con respecto a esta visión del contenido esencial como análogo de la justicia con el contenido del derecho, rechazando su posible restricción, ver SERNA, P. y TOLLER, F. M., *La interpretación...*, pp. 40-49; CIANCIARDO, J., *El conflictivismo...*, pp. 251-283, y *El ejercicio...*, pp. 255-280; TOLLER, F. M., “La resolución...”, pp. 1248-1277; CASTILLO CÓRDOVA, L.F., *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 2ª ed., Palestra, Lima 2005, pp. 227-305; y, más recientemente, MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., y DOMINGO, T., “La interpretación de la garantía del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales”, en IDEM, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011, pp. 45-74.

<sup>16</sup> Sobre esto puede verse TOLLER, F. M., “La resolución...”, pp. 1249-1254.

<sup>17</sup> Cfr. sobre el ámbito material y el ámbito jurídico de protección, o verdadero derecho, TOLLER, F. M., “La resolución...”, pp. 1262-1271, y “Los derechos *in concert*. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en Juan CIANCIARDO (Coord.), *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de*

b) *El contenido esencial de un derecho surge del análisis de razonabilidad sobre la legitimidad de su reglamentación*

La determinación del contenido esencial de un derecho no es tarea sencilla. Para establecer el contenido inalterable de un derecho, o su esfera de funcionamiento razonable o ámbito legítimo de ejercicio, conduciendo así a desentrañar la solución en los casos concretos, quizá la herramienta más relevante sea el control constitucional de razonabilidad o debido proceso sustantivo, como se lo conoce en el ámbito americano, o principio de proporcionalidad, como se ha plasmado en el modelo germánico<sup>18</sup>.

Debe señalarse, antes de seguir adelante, que para muchos autores alemanes toda norma que restrinja derechos que cumpla con los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, por esto mismo respeta el contenido esencial del derecho, no importando cuánto del derecho haya sido sacrificado en el proceso. En este sentido, el principio de proporcionalidad alemán es rechazable. Pero si al principio de proporcionalidad alemán se le aplican algunos cambios, agregados y matizaciones, en especial, como se hace en este trabajo, desechando el punto de partida conflictivista de varios de sus defensores, modificando el test de necesidad, rechazando la limitación extrínseca de los derechos en el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*, y agregando un análisis directo del respeto al contenido esencial, se salva la aguda objeción de conflictivista, legitimador de las restricciones a los derechos y contrario a la justicia con los mismos que se le ha dirigido<sup>19</sup>.

---

*los derechos constitucionales*, Porrúa, México, D.F., 2012, en esp. pp. 137-148. Recientemente se ha adherido a esta distinción MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., en "Principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales", publicado en MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., y DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales...*, pp. 76-84.

<sup>18</sup> Sobre el tema ver, entre otros, LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, (1ª ed. 1943) 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, *passim*; CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 2009; *idem*, *El conflictivismo...*, pp. 285-360; SAPAG, M., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", *Dikaion – Revista de fundamentación jurídica*, 17 (2008), pp. 157-198.

<sup>19</sup> Esta crítica ha sido realizada por DE DOMINGO, T., en su trabajo "La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo", publicado en MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., y DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales...*, pp. 24-35, objetando especialmente la exposición que Robert Alexy realiza del principio de proporcionalidad en distintos trabajos.

Como es conocido, en el Derecho Constitucional alemán la proporcionalidad examina si la norma cuestionada supera tres requerimientos. Una vez comprobados esos extremos, se considera que la reglamentación respeta el contenido esencial del derecho. Esos tres requerimientos son los siguientes:

- (i) subprincipio de adecuación: hay una finalidad constitucional y socialmente relevante, y los medios se adecúan a esa finalidad;
- (ii) subprincipio de necesidad: las prescripciones son indispensables, siendo las menos restrictivas entre las igualmente eficaces;
- (iii) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: existe una relación adecuada entre lo obtenido mediante lo prescripto y lo que se impide por ello.

c) *El “check list” de la legitimidad normativa: un control constitucional de razonabilidad dividido en seis tests*

Parece conveniente dar un paso más que el Tribunal Constitucional alemán y, para ello, hacer una división analítica del control teutón en un test de razonabilidad de seis pasos, o seis tests particulares, con su correspondiente pregunta, para controlar los elementos en juego en una reglamentación de un derecho fundamental o de un derecho humano:

- (i) test de la existencia y contenido de la finalidad: *¿la norma que instrumenta la medida tiene o se propone un fin? y, en caso positivo, ¿cuál es su naturaleza y ámbito?;*
- (ii) test de la constitucionalidad o legitimidad del fin: *¿el fin es constitucional, o legítimo en casos supranacionales?;*
- (iii) test de la adecuación de los medios: *¿los medios elegidos por la norma son idóneos o eficaces para lograr el fin propuesto?;*
- (iv) test de la necesidad de la medida adoptada: *¿son los medios instrumentados los más eficientes, y no hay alternativas más convenientes a la finalidad buscada y al derecho regulado?;*
- (v) test de proporcionalidad de los medios: *¿existe una adecuada relación entre los costos de las medidas y los beneficios que reportan?;*

Se viola el contenido esencial del derecho si se contrarían los requerimientos de los tests primero a quinto. Pero hace falta un control último, el sexto, donde se ponga el foco exclusivamente en el contenido inalterable del derecho regulado por la norma. Agregando un último paso se evitan injusticias al amparo de que los beneficios obtenidos son mayores que los costos, impidiendo así la claudicación ante la idea de que el fin justifica los medios. De esta manera, tenemos:

- (vi) test del respeto del contenido esencial del derecho regulado: *¿los medios afectan la esfera de funcionamiento razonable del derecho regulado, o lo alteran, restringen, limitan o afectan?*<sup>20</sup>

En consecuencia, para que la norma impugnada no sea declarada inconstitucional, debería aprobar todos y cada uno de estos pasos: con que desapruébe uno solo de estos tests, el juez debe declararla inconstitucional.

En definitiva, puede decirse que *lo justo y razonable, por eso mismo respetará los contenidos inalterables de los derechos que parecen en juego en un litigio determinado, y que lo que respeta el contenido esencial, será a la vez razonable y aprobará los distintos tests del control propuesto.*

## 5. LAS METODOLOGÍAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRIBUNALES QUE INTERVINIERON

Conviene observar, antes de continuar, que en este caso de las vacunaciones obligatorias la estructura de las partes en litigio es más compleja de lo habitual. En efecto, los padres invocan su derecho a la autonomía familiar y su derecho a la patria potestad. Por otro lado, el Estado invoca su derecho-deber de tutelar tanto la salud pública, como el derecho individual a la salud del menor de edad. Tras estos contendientes se encuentra la última parte del caso, que paradójicamente se encuentra representada por ambos litigantes: el menor, sobre el unos reclaman decidir como progenitores, y otros intentan no dejar indefenso contra decisiones arbitrarias de sus padres.

- a) *La adhesión de la Corte bonaerense al “conflictivismo” y la categorización de derechos*

La perspectiva asumida por la Corte provincial, tibiamente en la mayoría, y con claridad y fuerza en el voto concurrente del magistrado Genoud, fue adherirse al conflictivismo y a la jerarquización de los derechos<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Para ampliar sobre estos seis tests, integrantes de un control de razonabilidad integral, ver TOLLER, F. M., “Los derechos *in concert*. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”, *Jurisprudencia Argentina*, 27-VII-2011 (2011-III, Fasc. 4), pp. 56 ss., en esp. ap. 7.

<sup>21</sup> Cfr., en esp., S.C.B.A., “N.N. o U., V, ...”, voto de Genoud, sobre la Segunda Cuestión, puntos I, III, y V.

Así, se entiende que los padres tienen derecho a oponerse a la inmunización, pero prevalece el derecho a la salud del menor y el derecho a la salubridad de la ciudadanía. Así, de modo diáfano, se afirma:

“En definitiva, cuando colisionan y no se pueden armonizar los derechos de los niños con los de los adultos deben priorizarse los primeros, lo que ha sido resaltado en más de una oportunidad por esta Corte”<sup>22</sup>.

El texto transcrito llega a la autocontradicción. En efecto: si realmente colisionan esos derechos, no se pueden armonizar...; si ambos son derechos fundamentales o humanos, lo que implica que son intangibles, por qué sacrificarlos... La respuesta, como se verá, es que en rigor *la patria potestad no conlleva el derecho a oponerse a la vacunación de un hijo menor sin argumentos sólidos*.

En síntesis, aquí no se cuestiona la solución de fondo sino la metodología aplicada. Un análisis armonizador de los distintos aspectos habría mantenido inalterable el contenido de todos los derechos involucrados, entendiendo que en rigor la patria potestad y la autonomía familiar *no pueden incluir en su esfera de funcionamiento razonable* el dejar indefenso al menor ante enfermedades muy graves.

b) *La aproximación ecléctica de la Corte nacional: entre conflictivismo y armonización*

A diferencia de su par provincial, la Corte Suprema emitió una decisión que es oscilante desde el punto de vista metodológico.

Por un lado, pueden apreciarse varios pasajes donde, explícita o implícitamente, se adhirió a la teoría conflictivista, recurriendo a la jerarquización. Así, la “injerencia” estatal en el legítimo derecho de la familia a resolver sobre el menor –amparado en la patria potestad y en la privacidad o autonomía familiar– se justifica por tratarse de un interés público cualificado y, en especial, por ser necesario hacer prevalecer el derecho jerárquicamente superior del niño, pauta de decisión ante una colisión de intereses que lleva a sacrificar los restantes derechos individuales o bienes públicos<sup>23</sup>.

Como se ve, la Corte tiene razón sobre el fondo del problema: debe tutelarse al niño; pero yerra en el camino argumentativo al reconocer indebi-

<sup>22</sup> *Ibid.*, voto del ministro Genoud, Segunda Cuestión, punto V.

<sup>23</sup> Cfr. C.S.J.N., “N.N. o U., V., ...”, consids. 15 a 18 y 20.

damente un “legítimo derecho” de los padres a oponerse a la vacunación, y decidir “sacrificarlo”.

En otros considerandos, sin embargo, muestra una visión armonizadora, cuyo objetivo parece buscar y precisar el ámbito de funcionamiento razonable de los derechos o real contenido de los mismos, negando la existencia de agravio constitucional por vedarse acciones u omisiones que considera fuera de tal esfera de legitimidad. Así, por ejemplo, se sostiene que la decisión de los padres está fuera del alcance de la protección de las acciones privadas inmunes a la acción estatal, o que los padres no pueden oponerse a la vacunación amparándose en la patria potestad, ya que el interés del menor hace a la esencia de toda actuación paterna, agregando luego que no está en juego la prerrogativa parental de decidir la vida familiar, sino los derechos a la salud pública y a la salud del menor<sup>24</sup>. Así, al no estar obteniendo el resultado más beneficioso para el derecho a la salud del hijo menor, tampoco están haciendo un legítimo ejercicio de la patria potestad, sino que se sitúan por fuera de su alcance.

En conclusión, no están en real contraposición o conflicto las prerrogativas parentales con el derecho del hijo, sino que sólo este último se encuentra verdaderamente en juego en el caso. Sin embargo, la mayor parte del tiempo el discurso de la Corte tiene, en la sentencia, un tinte conflictivista, con las consecuencias negativas ya expuestas.

## 6. UN CONTROL CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD EN SEIS TESTS PARA EL RÉGIMEN DE INMUNIZACIÓN OBLIGATORIA

Como se adelantó en el comienzo de este trabajo, a partir del caso reseñado se aplicará un control de razonabilidad de seis pasos. Se procurará así dilucidar con más claridad el contenido de los derechos a la autonomía familiar, a la patria potestad y a la salud, como así también la legitimidad del ejercicio de la potestad normativa estatal en materia sanitaria. De esta manera deberá determinarse:

- a) si la pretensión parental fundada en la autonomía familiar (cfr. art. 19, Constitución Nacional; arts. 17.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11.2, Convención Americana sobre Dere-

---

<sup>24</sup> Cfr. *ibid.*, consids. 11, 14, 21 y 23.

chos Humanos) y en la patria potestad (art. 18, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 12.4, Convención Americana) podía tener acogida favorable, y en su caso con qué alcance; o bien conculcaba el derecho a la salud del menor (ver art. 42, Constitución Nacional; art. 5.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 3, 23 y 24 de la Convención sobre Derechos del Niño y normas concs. en otros tratados internacionales).

- b) si la intervención estatal para garantizar el derecho a la salud del niño y la salubridad colectiva a través de la prevención de contagios (cfr. art. 75, incs. 18, 19 y 23, Constitución Nacional, y concs.; arts. 12.3, 19 y 32, Convención Americana sobre Derechos Humanos), vulneraba o no la patria potestad.

En los siguientes epígrafes nos abocaremos a dicha tarea.

## 7. TEST 1. ANÁLISIS DEL FIN DE LA NORMA: LOS OBJETIVOS DEL PLAN DE VACUNACIÓN OBLIGATORIO

- a) *La finalidad: elemento necesario del control de razonabilidad de las normas*

Todo mecanismo de control sobre la legitimidad de regulaciones efectuadas en materia de derechos fundamentales hacerse preguntas relativas a los fines. Por un lado, cuál es el propósito real, explícito o implícito, que inspira esa normativa infraconstitucional, y en qué normativa basa la legitimidad de su consecución. Por otro, por qué se reconoce determinado derecho regulado por la norma en análisis, la finalidad y fundamento de ese derecho, aspecto que será tratado con mayor detalle en ocasión de desarrollar el sexto paso del control de razonabilidad, relativo al contenido esencial. La articulación de sus respuestas permitirá arribar a soluciones satisfactorias.

Ahora bien, suele ocurrir que el intérprete soslaya en su análisis tales interrogantes, posiblemente porque la finalidad de las normas (y la finalidad de los derechos) suele parecer dotada de relativa claridad y precisión. Sin embargo, su importancia lleva a aconsejar no pasar por alto este escrutinio, debido a que su ausencia o ilegitimidad implicará la inconstitucionalidad de la normativa regulatoria<sup>25</sup>. Por esto, no estamos exentos de corroborarla caso por caso.

---

<sup>25</sup> Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio...*, p. 65.

Por lo anterior, es fundamental, ante todo, constatar la presencia de una finalidad de la regulación y que ésta sea, asimismo, legítima bajo consideraciones constitucionales o convencionales, es decir, de tratados internacionales de derechos humanos.

b) *Las finalidades de un Plan Nacional de Vacunación: una doble vertiente, individual y colectiva*

Los regímenes normativos complejos impiden, naturalmente, hablar de una finalidad aislada; antes bien, coexisten una pluralidad de fines en constante interacción.

Específicamente, en cuanto las vacunas, parece correcto entender que en tales regulaciones convive la protección de la salud en sus dos manifestaciones, individual y colectiva<sup>26</sup>. En ambos casos, la lógica que informa el sistema estriba en la prevención mediante la inmunización ante patologías que se consideran típicas, acarrear consecuencias de gravedad para la salud –desde daños permanentes hasta la muerte– y suelen ser, en cierta medida, contagiosas. De esta manera se tutela al individuo concreto y a la sociedad<sup>27</sup>.

Desde el punto de vista individual, el objetivo reside en evitar los padecimientos en el curso de determinadas patologías y las secuelas que puedan sobrevenir. La gran mayoría de las enfermedades comúnmente incluidas en estos regímenes pueden prevenirse desde edades tempranas, estructurándose en consecuencia el calendario vacunatorio.

Ya en el prisma colectivo, el propósito estriba en disminuir, y de ser posible eliminar, todo foco infeccioso susceptible de masificarse, máxime en aquellos supuestos en que el control posterior del contagio se encuentre fuera de las posibilidades sanitarias, procurando evitar así epidemias y pandemias<sup>28</sup>.

En consecuencia, el régimen de vacunación obligatoria impugnado en el caso pasa el primer test de razonabilidad.

<sup>26</sup> Ver TOLLER, F. M., D'ELÍA, D. y FERNÁNDEZ SANTANDER, A. "Prevenir...", *op. cit.*, p. 419.

<sup>27</sup> Ver, subrayando también la vertiente individual y colectiva de un sistema de vacunación obligatoria, como aspectos del derecho a la salud, BIGLIARDI, K. A. y ROCCA, M. R., "La vacunación obligatoria y la elección de la medicina alternativa de los padres", *La Ley Buenos Aires* (nov. 2010), 1107 ss., aps. III y IV; FAMÁ, M. V., "Régimen de vacunación obligatoria. La relación triangular entre el niño, la familia y el Estado en el cuidado de la salud", *Doctrina Judicial* (4 mayo 2011), 18 ss., ap. III y VI; PULVIRENTI, O. D., "Una vacuna contra el olvido de los deberes hacia la sociedad", *La Ley Buenos Aires* (nov. 2010), 1107 ss., ap. II.

<sup>28</sup> Cfr. C.S.J.N., "N.N. o U., V., ...", consid. 11 y 12.

8. TEST 2. ANÁLISIS DE LA LEGITIMIDAD DE LOS FINES DE LA NORMA:  
EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL  
DEL PLAN DE VACUNACIÓN

a) *Esbozo de la legitimidad de la protección a la salud desde una perspectiva antropológica*

Siguiendo la línea de razonamiento propuesta, el paso siguiente consiste en buscar el apoyo filosófico y el soporte normativo de las finalidades mencionadas en el punto precedente.

En lo que se refiere al fundamento filosófico, la salud se reconoce como derecho en tanto protege al cuerpo humano y la psique del hombre, y procura los medios para evitar las patologías que pueden sufrir.

Dentro de los bienes humanos básicos se encuentra el de la salud. Parece notoria, en efecto, la relación entre bienestar y salud, porque la segunda permite realizar los distintos fines del ser humano, salvaguardando, además, el derecho a la vida. Es necesario un mínimo de bienestar para una vida lograda. Y esas patologías, en efecto, en algunos casos disminuyen ese bienestar y en otros pueden repercutir sobre la misma vida del sujeto: sin cuerpo humano no hay vida humana. Por tanto, desde el punto de vista valorativo, la protección de la salud mediante la vacunación parece una finalidad legítima.

Además de lo que se expone en el epígrafe siguiente, el contenido esencial o inalterable del derecho a la salud y los sujetos obligados se estudian más abajo, en el punto 12.a).

b) *La legitimidad de la vacunación a la luz del sistema normativo de derechos humanos*

En cuanto al fundamento normativo de la legitimidad de la protección de la salud, aquí nos limitaremos a las normas supralegales, esto es, la Constitución Argentina y los instrumentos internacionales de derechos humanos dotados de jerarquía constitucional en ese país.

Originariamente la Constitución (1853-60) no hacía mención explícita al derecho a la salud. Ello no fue óbice para que la doctrina y la jurisprudencia, mediante la cláusula de derechos implícitos del art. 33, pudiera tenerlo por incluido<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, G. J., "El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida", *La Ley* (Argentina), (1991-D), pp. 79 ss.

Ahora bien, la situación varió con la reforma constitucional de 1994, por un doble orden de razones. En primer lugar, en materia de derechos del consumidor, se dispuso expresamente en la Constitución la protección de la salud (art. 42). La segunda reside en que determinados tratados internacionales de derechos humanos fueron dotados de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

Numerosos instrumentos internacionales aluden, directa o indirectamente, en efecto, a la salud como derecho humano básico. Así, por ejemplo, se habla del derecho a la integridad física y a la preservación de la salud mediante las medidas sanitarias necesarias (arts. I y XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre), a un nivel de vida que asegure la salud, especialmente, la asistencia médica (art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al respeto de la integridad física, psíquica y moral (art. 5 de la Convención Americana) y de toda persona al disfrute de más alto nivel de salud física y mental posible, así como a la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Mención aparte merece la Convención sobre los Derechos del Niño. Allí se advierte, entre otras cosas, la obligación de los Estados parte de adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar la protección y cuidado del bienestar de los niños, incluyendo especialmente el aspecto de la sanidad (art. 3, inc. 3°), así como de atender primordialmente el interés superior del niño (art. 3, inc. 1°); su derecho a la vida y la obligación de garantizar su supervivencia y desarrollo (art. 6); la obligación estatal de protegerlo contra toda forma de perjuicio físico o mental, descuido o trato negligente, mientras se encuentre bajo la custodia de sus padres o de otra persona (art. 19); el derecho de los niños con impedimentos al acceso efectivo a los servicios sanitarios, si es posible gratuitos, así como de obtener cooperación para la atención sanitaria preventiva y el tratamiento médico y psicológico de los mismos (art. 23, incs. 3° y 4°); el derecho de todo niño al disfrute del más alto nivel de salud posible y al tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, con la obligación de garantizar que ningún niño se vea privado de esto y de adoptar las medidas apropiadas para reducir la mortalidad infantil, asegurar la atención médica y desarrollar una atención sanitaria preventiva (art. 24, incs. 1° y 2°).

Como se ha visto, los tratados internacionales son claros al obligar a adoptar medidas de acción positiva para salvaguardar y maximizar el derecho a la salud, siendo la vacunación un caso paradigmático de la actuación preventiva. Por eso, el incumplimiento de esa obligación de realizar medidas

positivas podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado. Valga la pena señalar que la Corte Suprema argentina ha dicho que la circunstancia de una posible responsabilidad internacional tiene que ser valorada en oportunidad de ejercer la función jurisdiccional<sup>30</sup>.

En consecuencia, considerando las disposiciones aludidas, existe sin dudas una legítima finalidad constitucional y convencional, que además es socialmente relevante, que ampararía la vacunación de los niños, tanto desde la protección de la salud individual, como desde la colectiva.

### 9. TEST 3. ANÁLISIS DE LA ADECUACIÓN DE LOS MEDIOS ELEGIDOS CON RELACIÓN A LOS FINES BUSCADOS: LA EFICACIA DEL PLAN DE VACUNACIÓN

Constatada la existencia de una finalidad determinada, que además es legítima y socialmente relevante, debe analizarse la idoneidad, cuanto menos potencial, del medio elegido por el legislador –en este caso la vacunación obligatoria de los menores– para cumplir dicho objetivo<sup>31</sup>.

#### a) *Conocer los aspectos técnicos como parte de los tests de adecuación y de necesidad en el control de razonabilidad*

Conviene señalar que para determinar si una medida es correcta para lograr cierto fin, muchas veces será menester indagaciones de carácter científico o técnico. Las mismas permitirán afirmar si la medida realmente es idónea para lograr en algún grado lo que se propone, así como si la medida es indispensable, ya que no hay otros medios técnicos que puedan lograr el objetivo con mayor respeto al derecho regulado por la norma.

Así, por ejemplo, si se controla la constitucionalidad de una medida económica, deberá contarse con una teoría económica y con elementos de análisis monetario, financiero, bancario, bursátil, etc. De esta manera, se podrá saber si lo que se dispone tiene chances de obtener su fruto, así como localizar medi-

<sup>30</sup> Cfr. C.S.J.N., “Ekmedjian c/ Sofovich”, *Fallos* 315:1492 (1992); “Fibracca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande”, *Fallos* 316:1669 (1993); y “Cafés la Virginia S.A.”, *Fallos* 317:1282 (1994), como paradigmáticos entre muchos otros.

<sup>31</sup> Sobre el control de la adecuación de las medidas, ver CIANCIARDO, J., *El principio...*, pp. 74-82.

das alternativas a la dispuesta y, finalmente, determinar el modo de operación y efectos de dichos medios paralelos con relación a la finalidad buscada y al derecho regulado<sup>32</sup>.

Aplicado esto al caso que nos ocupa, surge que el análisis jurídico de esta problemática no podría ser completo sin una introducción en algunos aspectos técnico-médicos relativos a las enfermedades que el Plan de Vacunación Obligatorio argentino pretende prevenir. Se trata de una aproximación que, naturalmente, no es exhaustiva, pero no se puede prescindir de ella para una acabada comprensión de la sentencia analizada.

b) *La razón subyacente sobre la adecuación del medio al fin: la vacunación como método de prevención de enfermedades y de preservación de la salud individual y colectiva*

El tercer gran paso a dar en el control de razonabilidad constitucional es indagar sobre la adecuación del medio al fin: en este caso, de la vacunación como medida de protección de la salud individual y colectiva. La respuesta se pone de manifiesto en seguida, porque en la denominada “medicina preventiva” las vacunas cumplen un papel fundamental.

Sobre el punto, es pertinente recordar el funcionamiento científico de las vacunas, que actúan mediante la inoculación de agentes patógenos, disminuidos en potencia y previamente tratados. Así, el sistema inmune del organismo reacciona y crea anticuerpos, fortaleciéndose y desarrollando mecanismos de prevención contra la enfermedad inoculada. Estos últimos actúan como coraza o protección ante la llegada de virus y bacterias realmente agresivos y que, en plenitud de fuerzas, serían capaces –siempre en ausencia de inmunización previa–, de enfermar gravemente al organismo, e incluso de causarle la muerte.

Los planes de vacunación suelen incluir algunas vacunas simples, como la Sabin (OPV), o vacuna antipoleomielítica, con otras combinadas, como la SRP, o triple viral, que inocular virus atenuados de tres enfermedades, protegiendo simultáneamente contra el sarampión, la rubeola y la paperas.

---

<sup>32</sup> Una aplicación de estas ideas a la problemática económica del control de precios puede verse en MAQUEDA FOURCADE, C. S., *Precios de mercado y precios de Estado. Estudio sobre la razonabilidad de los controles de precios máximos*, Tesis para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2012, *pro manuscripto*. Su explicación de la necesidad de una teoría económica para el análisis de razonabilidad de las regulaciones económicas, en el cap. I, epígrafe 8.

Visto lo anterior, puede considerarse la idoneidad técnica en razón de la eficacia histórica y estadística de la inmunización por esta vía. Piénsese, por ejemplo, en la erradicación mundial de la viruela a partir de 1977, luego de siglos de padecer una peste por la que perecían cientos de miles, con una tasa de mortalidad de más del 30%. Por eso, y más allá de la crítica de algunos grupos “antivacuna”, debe concluirse que, en la actualidad, estas medidas constituyen un modo idóneo por el cual se logra prevenir muchas patologías graves, evitando sus padecimientos y secuelas, y logrando acabadamente la finalidad de tutela preventiva ante esas amenazas al bien individual de la salud y a la salubridad pública.

En ese sentido, conviene agregar que, tratándose el derecho a la salud de un claro principio constitucional, el Estado estaría, en cierta manera, optimizándolo a través de una medida de acción positiva, obligación que ya se ha visto con claro raigambre constitucional y de convenciones internacionales.

Pero la idoneidad de las vacunas para alcanzar la finalidad prevista no implica, necesariamente, que toda vacuna sea absolutamente eficaz; tampoco la inexistencia de otros medios con más o menos idoneidad para alcanzar el resultado. No obstante, aunque haya otros mecanismos idóneos, esto no quita que el requisito de la adecuación del medio al fin se cumpla de todos modos en los planes de vacunación.

En síntesis, cabe concluir que los planes de vacunación, en general, satisfacen la exigencia de idoneidad de la medida para lograr el fin, tal como es requerido por el tercer test del control constitucional de razonabilidad.

#### 10. TEST 4. ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE LOS MEDIOS ARBITRADOS POR LA NORMA: EFICIENCIA E INDISPENSABILIDAD DEL PLAN DE VACUNACIÓN

##### a) *Un punto neurálgico: el análisis de la necesidad de las medidas y la búsqueda de soluciones alternativas*

Uno de los puntos críticos del control de razonabilidad reside en el subprincipio de necesidad, cuya misión es examinar si la alternativa escogida es, entre las similarmente eficaces, la que regula con menor intensidad los derechos<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. CIANCIARDO, J. *El principio...*, pp. 82-106, y doctrina que cita.

Para materializar este cuarto aspecto o paso de la razonabilidad, por tanto, cuando se controvierte una norma, alegando la vulneración de un derecho constitucional, se debe juzgar la *necesidad o indispensabilidad de la medida adoptada, determinando si existen alternativas a la misma que sean más convenientes a la finalidad busca y al derecho regulado, ya que logran el fin, pero superan el medio previsto por la legislación desde el punto de vista de su menor impacto sobre el derecho fundamental regulado*. Como se indicó, esto implica, en muchos casos, la posibilidad de que los jueces revisen la oportunidad, mérito o conveniencia de los actos adoptados por los poderes políticos.

b) *Las enfermedades comúnmente incluidas en los regímenes de vacunación*

Cada país, a causa de factores geográficos, socioeconómicos, u otros, tiene o no un calendario vacunatorio obligatorio, y si lo tiene incluye en el mismo diferentes patologías. Esto no obsta que existan muchos puntos de coincidencia frente a aquellas enfermedades “comunes” y con consecuencias de gravedad en ausencia de profilaxis. Así nos encontramos, generalmente, como ocurre con el Plan de Vacunación argentino, con inmunizaciones contra el tétanos, la tuberculosis, el sarampión, la rubeola, la difteria, la hepatitis B, la tos ferina, la poliomielitis, la parotiditis y la *haemophilus influenzae B*<sup>34</sup>.

Es preciso, pues, matizar algunas cuestiones. Sin dudas la vacunación es la medida preventiva por antonomasia para la salud individual y colectiva. Con todo, es preciso evaluar los rasgos propios de cada enfermedad, so riesgo de arribar a conclusiones desacertadas. Por ello, se propone aquí un breve esquema clasificatorio:

- a) *Según el contagio*: enfermedades con altos o bajos índices de contagio, porque sus vías de contagio las hacen propensas a su expansión o, por el contrario, neutralizan o dificultan su difusión.
- b) *Según sus efectos*: enfermedades con graves consecuencias –secuelas permanentes o la muerte–, sin secuelas o con nulos índices de mortalidad y supuestos intermedios.

---

<sup>34</sup> Para una explicación detallada de estas enfermedades y su gravedad y consecuencias, ver el trabajo de TOLLER, F. M., D'ELÍA, D., y FERNÁNDEZ SANTANDER, A., “Prevenir...”, *op. cit.*, pp. 415-418.

c) *Aplicación de los defectos constitucionales de “sobrecomprensión” y de falta de redacción estricta y específica*

Las combinaciones posibles de los criterios de clasificación sugeridos son variadas. Por eso, invitan a descartar convalidaciones *a priori* e *in totum* de todos los calendarios vacunatorios.

En efecto, sistemas normativos de esa complejidad podrían avalar regulaciones “sobreinclusivas” –*overbroad*–, es decir, que regulan no sólo lo que deberían, sino que por su redacción u otros defectos, ubican dentro de la reglamentación asuntos que debieron permanecer fuera de la misma. Versando sobre derechos fundamentales, en una aplicación del principio de necesidad, se dice en la doctrina judicial de Estados Unidos que esas normas no estarían diseñadas de modo adecuado, estricto y específico –*narrow tailored o strictly tailored*–, de modo tal de respetar lo más ampliamente posible los derechos regulados. En estos supuestos, la Corte Suprema americana considera que se trata de regulaciones inconstitucionales<sup>35</sup>.

Así, podría ser posible el hallazgo de patologías que no satisfagan las exigencias mínimas necesarias para ser incluidas en un calendario de vacunación coercitivo. Piénsese en aquellas enfermedades no epidémicas, o cuyas medidas de prevención alternativas dan amplia tutela a la salud en las facetas individual y colectiva. En tales casos, el régimen obligatorio sería *excesivo*, pasando la legitimidad a las alternativas menos rígidas en relación a la capacidad de disposición relativa del derecho a la salud desde la persona individual y, consecuentemente, desde las prerrogativas de la patria potestad de los padres de sujetos menores.

d) *Análisis de la necesidad de la vacunación obligatoria: distinguir enfermedades en base a riesgo de contagio y gravedad de sus consecuencias*

Adentrados en el análisis de la vacunación obligatoria, cabe señalar que el mero riesgo de contagio no será entonces suficiente para superar este cuarto ni-

---

<sup>35</sup> Como ejemplo de sobrecomprensión ver *New York Transit Authority v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979), relativa a la prohibición de contratar aunque en ese caso la Corte avaló la regulación y expuso que algunas generalizaciones son necesarias para reducir costos de la administración pública. Sobre regulaciones *underinclusives*, es decir, normas infracomprendivas, que regulan a algunos, pero para ser eficaces y equitativos debió incluir también a otros, ver entre otros *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949), y *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955). Sobre el principio de necesidad de la regulación, ver *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 219 (1984). Con respecto a estos puntos es interesante, en la doctrina, consultar TRIBE, L., *American Constitutional Law*, 2<sup>nd</sup> ed., The Foundation Press, Mineola, New York, 1988, pp. 1553-1618.

vel de control. Es pertinente, además de la posibilidad de contagio, que exista un riesgo de cierta gravedad para la salud. Solamente articulando gravedad y contagio se logran conclusiones constitucionalmente satisfactorias. De esta manera, no cabe duda alguna que se supera el escrutinio de necesidad de una medida de vacunación que hace frente a una enfermedad grave y altamente contagiosa.

Puede ilustrarse lo anterior con el paradigmático caso de la tuberculosis. Esta enfermedad fue directamente mortal por siglos, y todavía hoy lo es sin la cepa inmunizante o el tratamiento posterior. Es altamente contagiosa por las vías respiratorias. Mientras la enfermedad no es detectada el riesgo para terceros es sumamente considerable, pues el bacilo que la causa sobrevive en el aire por horas luego de una expectoración de la persona infectada. Justifica la inclusión pues no existen medios alternativos de prevención con eficacia semejante. Además, el tratamiento posterior posee escasa efectividad, siendo la muerte un desenlace posible.

Distinta es la situación de las enfermedades leves, como la gripe estacional. En este caso debe dejarse la inmunización a criterio de los sujetos –o sus padres, de ser menores– por los siguientes motivos. Primero, sus consecuencias son ligeras para la generalidad de la población –sin considerar grupos de riesgo–, esto es, no pasan de la fiebre y de la necesidad de guardar cama, siendo la muerte un resultado excepcional. Segundo, porque la vacunación no impide los contagios, sino que los atenúa. Tercero, pues la inmunización debería ser anual, atento que las cepas mutan periódicamente. En definitiva, la articulación de falta de riesgo y gravedad claros, junto a la poca duración de la inmunización, desaconsejan imponer la obligatoriedad de la vacunación contra la influenza, pues resultaría innecesaria y desmesurada, y, por tanto, irrazonable e inconstitucional, y de hecho el Estado no la ha impuesto.

Fuera de las hipótesis propuestas, cabría discutir la razonabilidad de una medida que dispusiera la vacunación forzosa a toda la población –incluso adulta– a fin de impedir, prevenir o paliar una epidemia o una pandemia de una enfermedad grave y contagiosa, como ocurre en el flagelo que relata dramáticamente Albert Camus en *La Peste* (1947). Encuadraría en este supuesto, por ejemplo, la temible viruela que azotó tanto a Europa como América siglos atrás y cuyas consecuencias fueron tristemente célebres. Hoy esta enfermedad podría matar a cientos de millones, ante la inexistente inmunidad de la población actual. En supuestos como estos, el derecho a la autodeterminación individual excede su esfera de funcionamiento razonable cuando pone en riesgo a los demás –en este caso negándose a una inmunización que beneficia a su titular y es necesaria para

el conjunto social—. Por tanto, al ser abusivo, es un *no-derecho*, y como no está justificado su reclamo, al denegarlo no se viola ningún derecho.

Más allá de algunos de los ejemplos enunciados, en principio debe aceptarse la norma, que goza de presunción de constitucionalidad, sin perder de vista que la regulación técnica que escoja el Estado, tal como sucede en el caso de las vacunas, debe considerarse *prima facie* razonable.

Lo anterior, por otra parte, no es un obstáculo para que ante un caso concreto sobre vacunación el tribunal investigue la realidad, los hechos del caso y juzgue el *thema decidendum*, todo lo cual implica ciertas averiguaciones científicas, utilizando para esto la prueba de informes, la de pericias, así como otros estudios y consultas que los jueces puedan hacer por su propia cuenta. Aquí los tribunales no lo hicieron. Si lo hubieran hecho, habrían concluido de igual modo, pero garantizando a la población que no está sujeta al capricho de la autoridad sanitaria, sino que se está llevando a cabo un calendario de vacunaciones que ha elevado y eleva la salud de la población.

Por eso, no parece recomendable que los jueces omitan todo análisis para determinar si existe alguna razón en la negativa a la vacunación. De hecho, no faltarán supuestos en que la inmunización “atente” contra sus propios fines. Pensemos en aquellas personas que padezcan Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) o enfermedades autoinmunes, donde la acción misma de la cepa –virus o bacteria debilitado– podría causar graves daños al supuesto beneficiado.

En síntesis, los planes de vacunación obligatorios superan el subprincipio de necesidad siempre que las enfermedades contempladas sean graves y contagiosas, y en tanto no existan mecanismos alternativos idóneos con igual eficacia preventiva. Ello no quita que, aún siendo razonable el sistema general, circunstancias excepcionales, tales como la salud o la genética del sujeto a inmunizar, obliguen a declarar inconstitucionalidad de las normas que imponga la vacunación obligatoria a *esa* persona.

#### 11. TEST 5. ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LOS MEDIOS CON RELACIÓN AL FIN: COSTOS Y BENEFICIOS DEL PLAN DE VACUNACIÓN OBLIGATORIO

Superado el test anterior, se debe indagar ahora la proporcionalidad *stricto sensu* de la medida adoptada, esto es, analizar los costos y beneficios de la regulación.

Es claro que el plan resulta ser positivo, tanto para la persona que recibe las vacunas como para su entorno, y, en definitiva, la sociedad toda, que evita padecer por contagio algunas enfermedades. Es fácil entonces sostener que toda vacuna que se dirija a evitar patologías graves y contagiosas, cumple con el test de proporcionalidad.

Sin duda, se trata de medios ordinarios y económicos, que además carecen de consecuencias serias en el paciente y cuyos beneficios son enormes. Deviene, pues, claro que el “pinchazo” y, quizás, la fiebre subsecuente o la pequeña molestia en el brazo, son infinitamente inferiores a los daños en la salud individual y colectiva.

Contra ello, en análisis hipotético, puede pensarse, por ejemplo, en el control de enfermedades leves o de nulo contagio, o en vacunas de escasa eficacia con serios efectos colaterales para quien se la aplica. En estos casos quien impugna la razonabilidad técnica corre con la carga de la prueba de sus argumentos.

En definitiva, desde esta perspectiva, un plan obligatorio de vacunación supera sin dificultades el subprincipio de proporcionalidad.

## 12. TEST 6. ANÁLISIS DEL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS REGULADOS: LA VACUNACIÓN ANTE LA PATRIA POTESTAD, LA AUTONOMÍA FAMILIAR, LA SALUD Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES

Como se expuso en el punto 4.c), es riesgoso detenerse exclusivamente en el análisis de la relación entre costos y beneficios, pues en no pocas ocasiones las ventajas comparativas podrían tornar razonable cualquier medida. Toda teoría sobre los derechos humanos, en última instancia, debe evitar que el utilitarismo acabe desnaturalizándolos. Por ello, es menester introducir la llamada “garantía del contenido esencial” (Ley Fundamental de Bonn y Constitución Española) o “del contenido inalterable” (Constitución Argentina) del derecho o de los derechos regulados.

### a) *El Plan de Vacunación y el respeto al derecho a la salud*

Se estudiará primero si la norma respeta el derecho a la salud. Particularmente en el caso que nos ocupa, tal derecho juega un doble papel: por un lado funciona como finalidad de la regulación y, por otro, como derecho sobre el cual impacta la misma.

Ahora bien, determinar el contenido esencial de un derecho no es tarea sencilla, puesto que los puntos a dilucidar suelen ser de gran complejidad. En esta difícil tarea conviene indagar sobre los siguientes aspectos:

- a) la finalidad del reconocimiento como derecho;
- b) determinar quién es su titular –que en el caso resulta ser toda persona humana por el simple hecho de serlo–;
- c) encontrar sobre quiénes recae la obligación de protegerlo, respetarlo y, cuando sea procedente, fomentarlo –todas las personas físicas y jurídicas, el Estado entre ellas, en la medida en que puedan lesionarlo, o no satisfacerlo si están directamente obligadas–;
- d) y descubrir el alcance con que el titular de un derecho puede ejercerlo –aquí, lograr proteger al cuerpo humano y la psique del hombre y evitar las patologías que pueden sufrir, siendo acreedor a todas las atenciones preventivas y curativas que, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, lugar, posibilidades fácticas y desarrollo de la ciencia, sea razonable exigir, pudiendo alguna de ellas, como el lugar de la prestación, estar sujetas a requisitos tales como la afiliación a determinada obra social, el sitio de residencia, etc.–.

En este contexto, debe advertirse que la salud es un derecho parcialmente disponible. De esta manera, las personas se encuentran facultadas, en cierta medida, a optar por distintos tratamientos médicamente posibles y aconsejables, y si someterse o no a alguno determinado. El único óbice a esa capacidad estriba en poner directamente en peligro la vida<sup>36</sup>, salvo los tratamientos que comprometan a su vez la libertad de conciencia y la libertad religiosa<sup>37</sup>.

La existencia de un campo de relativa disponibilidad sobre los medios para proteger la salud, dentro del contenido esencial del derecho a la misma, lleva a reconocer que, de existir medios alternativos viables y eficaces, la persona pueda optar por ellos. En el fondo, es lo que quiso hacer la sentencia del Tribunal de Familia N°1 al ordenar la presentación de un plan de cuidados igualmente eficaz y eficiente que el régimen vacunatorio. El problema fue que dicho plan es inexistente, y de hecho los padres no pudieron aportarlo al proceso.

---

<sup>36</sup> Sobre esto último ver el profundo tratamiento de ZAMBRANO, P., *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político. Análisis a partir de las ideas de J. Rawls y R. Dworkin*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, *passim*.

<sup>37</sup> Al respecto ver C.S.J.N., “Bahamondez”, *Fallos* 316:479 (1993), voto del ministro Boggiano.

Por lo anterior, y a tenor de lo ya visto con relación al modo de funcionamiento, eficacia, necesidad, etc., de un plan de vacunación, surge que, si en un país se lo ha dispuesto, el mismo *prima facie* respeta y honra adecuadamente el contenido inalterable del derecho a la salud.

Por último, y dicho en general, un plan de inmunización obligatorio violaría el contenido esencial del derecho a la salud en los casos ya expuestos de una vacuna concreta ineficaz, o que se dirigiera a prevenir enfermedades leves a la vez que tuviera efectos colaterales graves, o fuera aplicada a personas a las cuales le causará un daño en virtud de la situación de su sistema inmune.

b) *Interés superior del niño y contenido esencial de la patria potestad*

Cuando se habla aquí de patria potestad no se alude simplemente a un derecho de naturaleza legal sino, por el contrario, de una manifestación directa de distintos derechos humanos, tanto de los padres como del niño, ampliamente reconocidos. Dentro de esos derechos o de sus fundamentos se encuentran, por ejemplo, la autonomía familiar, el carácter fundamental de la familia para la sociedad, la responsabilidad primordial de los padres en la crianza de sus hijos, el derecho preferente a escoger el tipo de educación a dar para que se adecue a sus convicciones religiosas y morales, el derecho de todo niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos –siendo su separación una medida excepcional–, entre otros<sup>38</sup>.

Dicho ello, puede definirse la patria potestad del siguiente modo:

“[E]l conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> La Corte Suprema argentina ha considerado la patria potestad como un derecho implícito en la Constitución. Así, por ejemplo, en los precedentes “Treviranus”, *Fallos* 285:279 (1973), consids. 2 y 8 de la mayoría, y consid. 7 del voto concurrente de Risolía; “Ramírez”, *Fallos* 305:1825 (1983), consid. 4. Sobre este reconocimiento de la jerarquía constitucional del derecho a la patria potestad cfr., asimismo, SAGÜÉS, N. P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, II, p. 594, y el comentario laudatorio a la sentencia “Treviranus” de MARTÍNEZ RUIZ, R. “La protección constitucional del derecho a la patria potestad”, *La Ley* (Argentina), 150 (1973), pp. 400 ss. En el plano internacional, ver la reciente sentencia de la Corte IDH, *Ferneron e hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C Nº 242.

<sup>39</sup> Esta es, por ejemplo, la definición que acoge el actual art. 264 del Código Civil argentino. Algunos autores ha sostenido que la norma, al referirse a las obligaciones de los padres, enfatiza el

Así, se convierte a los padres en “los últimos directores de la *vida* de sus hijos, no siendo posible, en consecuencia, obviarlos o hacerlos pasar a un segundo plano de actuación”<sup>40</sup>. Cualquier delegación, mientras los padres reúnan la idoneidad necesaria para ejercerla, alteraría el orden natural de las relaciones de familia<sup>41</sup>.

Ello no significa que se trate de una potestad absoluta de los padres, legitimando actuaciones contrarias al interés del niño. Naturalmente, esta será la frontera básica<sup>42</sup>. En caso de no ser respetada, el ejercicio que hagan los padres estará fuera de la esfera de funcionamiento razonable de ese derecho, tratándose de un abuso o de un *no-derecho*.

En definitiva, no hay un real conflicto entre el derecho de los padres a representar a los menores y resolver por ellos y el derecho de estos a la salud, o entre el derecho de los padres y la potestad del Estado de velar por la salud pública. Tal colisión no existe *porque no se encuentra dentro del derecho a la patria potestad la facultad de tomar decisiones que perjudiquen seriamente al menor*<sup>43</sup>.

c) *Una regla para determinar en concreto la legitimidad de la amplitud de la autoridad paterna*

Es interesante, a estos efectos, trazar una línea divisoria de aguas, de acuerdo a la naturaleza de la prestación que se esté brindando al menor. Es decir, la discrecionalidad de los padres será mayor en algunos casos que en otros para decidir lo que consideran mejor para sus representados. A estos efectos, puede ser conveniente hacer una distinción que, en la práctica, cobra especial relevancia. De esta manera, tenemos dos ámbitos:

- a) áreas susceptibles de ser cuantificadas o comprobadas, es decir, decisiones de tipo técnico;
- b) sectores que se encuadran en un campo ideológico, en sentido amplio, de convicciones de tipo filosófico o religioso, cuya posibilidad de corroboración es menor o inexistente.

---

interés superior del niño, guía fundamental en la interpretación de toda cuestión que se suscite en relación a la patria potestad (cfr. BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, 6<sup>ta</sup> ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 555).

<sup>40</sup> TOLLER, F. y DE REINA TARTIÈRE, G., “Interés estatal y patria potestad en el asesoramiento a menores en materia sexual”, *El Derecho*, 198 (2002) 349-366, punto II, *ab initio*.

<sup>41</sup> Así lo ha entendido la Corte Suprema argentina en “Ramírez”, *Fallos* 305:1825 (1983), consid. 4.

<sup>42</sup> Cfr. TOLLER, F. y DE REINA TARTIÈRE, G., “Interés...”, *op. cit.*, punto II.c).

<sup>43</sup> En el mismo sentido, ver CIANCIARDO, J., “El derecho...”, *op. cit.*, p. 252.

Desde este punto de vista, la regla que aquí se propone sería la siguiente:

“Mientras más técnica sea la prestación, menor será el ámbito de discrecionalidad de los padres; mientras más valorativo sea el asunto, mayor será la autoridad parental sobre el niño y menor la posibilidad de injerencia estatal”.

Por ejemplo, un padre puede, dentro de los centros educativos habilitados, elegir el que esté más de acuerdo con su ideario –religioso, filosófico, ético, entre otros–. Sin embargo, no es un ejercicio legítimo de la patria potestad en lo que se refiere al cuidado de la salud de su hijo, el privarlo de concurrir a la consulta médica ante un severo caso de sarampión, porque según su criterio científico entiende que es bueno o indiferente para el menor el curarse de modo “natural”, sin atención profesional y científica.

d) *El contenido inalterable de la patria potestad: la vacunación obligatoria y la oposición de los padres*

Sin hesitaciones, puede afirmarse que la decisión de los padres del niño en el caso discutido en este trabajo encuadra dentro de la clase de decisiones científicas, según la regla del subepígrafe anterior. A la hora de efectuar su demanda, los progenitores se limitaron a manifestar que recurrirían a la medicina “ayurvédica”, de modo que el menor estaría bien, sin más aclaraciones, lo cual no resulta suficiente.

En efecto, las razones –casi dogmáticas– expuestas por los padres no resultan adecuadas para destruir la presunción de constitucionalidad que acompaña a las leyes, máxime cuando se está frente a casos de razonabilidad técnica, donde priman los datos objetivos. En ningún momento se aportaron los elementos de convicción necesarios para controvertir la base científica subyacente en el régimen vacunatorio. De hecho, las asociaciones argentinas de medicina “ayurvédica” manifestaron que su metodología no niega la vacunación, sino que la apoyan e insisten en su periodicidad.

Otro aspecto a considerar es el carácter preventivo de la vacunación, especialmente en relación al derecho del niño al mayor nivel de disfrute posible de salud. Según el estado actual de la ciencia médica, la inmunización de este modo constituye el método más eficaz para optimizar dicho derecho.

Ciertamente es posible que quienes impugnen normas referidas a vacunaciones obligatorias tengan éxito en su pretensión judicial. Pero para ello deberían demostrar en concreto qué vacunas no superan un escrutinio de razonabilidad por fallar en su adecuación, porque no previenen una enfermedad; o en su

necesidad, debido a que otro medio evita mejor la enfermedad; o en su proporcionalidad, pues trae consecuencias secundarias serias para evitar contraer una patología sin mayor gravedad; o, finalmente, en su respeto al contenido esencial del derecho, por alguna de las razones enunciadas. Asimismo, deberán acreditar con claridad y evidencia científica qué plan alternativo de prevención de daños a la salud van a seguir y su eficacia para la protección del menor desamparado.

e) *Planes de vacunación, inmunidad de las acciones privadas y autonomía familiar*

En el precedente escogido también se invocó en apoyo de la impugnación a la vacunación la interdicción a la injerencia estatal en la vida privada o libre desarrollo de la personalidad, que tutela contra intromisiones en las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden o la moral públicos (cfr. art. 19, Constitución argentina).

Sin dudas, asiste a toda familia un derecho a la autonomía familiar. Sin perjuicio de ello, a juicio de la Corte Suprema, el planteo de los padres no era viable porque, al no respetarse el calendario de vacunación, se desprotege potencialmente la salud de la comunidad en su conjunto y la eficacia del sistema. Así las cosas, la conclusión es clara: la decisión adoptada por los padres de no vacunar a su hijo menor, exponiéndolo a toda clase de riesgos sanitarios de gravedad y afectando a la salubridad común, no puede formar parte del ámbito protegido de autonomía, pues no se trata de acciones privadas sin relevancia en terceros o en la sociedad como un todo.

Como conclusión de todo lo expuesto en este sexto escrutinio, resulta que un plan de vacunación adecuado no lesiona el contenido esencial o contenido inalterable del derecho a la patria potestad, ni la autonomía familiar, ni el derecho a la salud de los menores interesados.

13. REPLANTEO DE LA DOCTRINA DE LA OPORTUNIDAD, MÉRITO Y CONVENIENCIA: CONJUGANDO LA DEFERENCIA A LA DISCRECIONALIDAD POLÍTICA Y LA PROTECCIÓN EFICAZ DE LOS DERECHOS

a) *El control de la necesidad de la medida y la doctrina argentina que veda juzgar sobre la “oportunidad, mérito y conveniencia”*

Al introducir este trabajo se mencionó que el estudio se centraría en el control de razonabilidad de regulaciones a derechos, también cuando fueran

mayormente discrecionales, en las que los poderes políticos pueden escoger entre varias opciones normativas, todas ellas igualmente válidas.

Luego, pudo verse en el caso analizado cómo los tribunales de distintas instancias no abordaron el análisis de ciertas cuestiones por considerarlas como de “oportunidad, mérito y conveniencia”, es decir, discrecionales, para resguardar la división de poderes, que es una de las posibilidades de las “cuestiones políticas no justiciables”.

Sin embargo, al entrar en escena los derechos económicos y sociales de las personas, esta tradición o práctica judicial de evitar entrar en el terreno de lo discrecional se pone parcialmente en crisis, y los criterios aplicados deben variar. Por ello, se expone a continuación lo que se considera un adecuado equilibrio entre respeto de la división de poderes por parte de los jueces y la salvaguarda de los derechos individuales.

La jurisprudencia estadounidense, alemana y del sistema europeo de derechos humanos aceptan el control de la necesidad de la medida adoptada por una norma, estudiando si la misma es indispensable en una sociedad democrática o, por el contrario, existen medios alternativos mejores, que atienden de modo igual o más conveniente a la finalidad buscada y, en especial, que regulen de modo menos intenso el derecho sobre el que recae la normativa.

En la vereda opuesta, los tribunales argentinos, comenzando por la Corte Suprema, tradicionalmente se han mostrado reacios a efectuar análisis de este tipo, alegando que no pueden controlar la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones tomadas por los poderes “políticos” –el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo–, por resultar esto contrario al sistema republicano y la división de poderes consagrados en la Constitución Nacional<sup>44</sup>.

En el caso en análisis, la Procuradora Fiscal ante la Corte expresó en su dictamen que se trataba de una cuestión no justiciable, porque determinar las medidas de política sanitaria es una función propia de otro poder<sup>45</sup>. La misma Corte adhirió de modo expreso a esta doctrina en su sentencia sobre la vacunación:

“[E]stas normas evidencian la voluntad de constituir una política pública sanitaria para asegurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de la salud, cuya oportunidad, mérito o conveniencia resultan totalmente ajenas

<sup>44</sup> Para ampliar sobre la negativa del tribunal a analizar estos asuntos, puede verse CIANCIARDO, J., *El principio...*, pp. 83-85.

<sup>45</sup> Ver P.G.N., “N.N. o U., V., ...”, ap. III.A.(iii).

al juicio del Poder Judicial por el principio republicano elemental –artículos 1 y 5 de la Constitución Federal– que divide a nuestro Estado en tres poderes igualmente soberanos”<sup>46</sup>.

No sólo la Corte subraya esta visión de modo expreso, sino que también la endosa implícitamente, al no analizar en ningún momento el Plan de Vacunación en sí mismo, y por tanto al no argumentar prácticamente sobre su contenido concreto, al no considerar si se justifica o no cada una de sus partes, o al evitar pronunciarse sobre si había medidas alternativas para conseguir los fines que se proponen que resulten más respetuosas para los derechos en juego. La razón es que el tribunal está viendo el Plan como una acción legítima del poder de policía sanitaria del Estado, sin más análisis.

b) *Cuando la Corte analiza la actuación discrecional de otro poder*

Con todo, la doctrina de la no justiciabilidad de la oportunidad, mérito o conveniencia de una medida ha sido dejada de lado por la Corte en diversos casos concretos, sin siquiera aludir a dicha dificultad. Así, por ejemplo, en materia de derecho a la igualdad esa negativa a abordar estas cuestiones ha ido cediendo, a la par de la incorporación del sistema de escrutinios norteamericano como herramienta para juzgar eventuales violaciones a ese derecho<sup>47</sup>. Y no se trata del único caso, sino que esto ha ocurrido tradicionalmente en casos relativos a muy diversas áreas<sup>48</sup>.

En esta línea, conviene subrayar que en el propio caso analizado la misma Corte sostiene que deben buscarse las mejores alternativas para la salud del niño, situándose en el núcleo del test de necesidad del control de razonabilidad o principio de proporcionalidad:

“[D]e lo que se trata en el caso es de alcanzar *la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface* el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en optar por *la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor* un

<sup>46</sup> Cfr. C.S.J.N., “N.N. o U., V., ...”, consid. 12, donde se condensa el núcleo de la doctrina en análisis. En la instancia anterior, los ministros Lazari y Genoud sostuvieron implícitamente la misma postura: cfr. S.C.B.A., “N.N. o U., V., Protección...”, respuesta de los mismos a la segunda cuestión, punto II y puntos I, III y V, respectivamente.

<sup>47</sup> Cfr. C.S.J.N., “Hooft c/ Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos* 327:5118 (2004), “Gottschau c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Fallos* 329:2986 (2006), y “Mantecón Valdés c/ Estado Nacional”, *Fallos* 331:1715 (2008), entre otros.

<sup>48</sup> Ver al respecto el agudo análisis de CIANCARDI, J., *El principio...*, pp. 84-85, 92-94 y 100-102.

presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación”<sup>49</sup>.

c) *La protección de derechos fundamentales, excepción a la doctrina de la oportunidad, mérito y conveniencia*

No obstante lo anterior, es decir, la general negativa de la Corte a tratar temas considerados de oportunidad mérito y conveniencia, junto a muchos análisis específicos de la necesidad de determinadas medidas, corresponde dar un paso más, para exponer cómo pueden conciliarse una justa deferencia por las decisiones de los poderes públicos, junto a una clara y eficaz defensa de los derechos humanos que se vean vulnerados.

Se trata de lo siguiente. En materia de políticas de salud, por ejemplo, es cierto que, en general, no cabe que los jueces revisen las decisiones discrecionales que adoptan los otros poderes del Estado. De esta manera, el Plan Nacional de Vacunación Obligatorio argentino es una medida discrecional, encuadrada como una decisión de oportunidad, mérito y conveniencia. Pero esto no implica que la Corte no deba realizar alguna consideración, aunque sea pequeña, sobre el contenido concreto del mismo, su importancia, etc., discutiendo alguna de sus vacunas y las enfermedades que previenen.

Asimismo, y he aquí lo más importante, no hay que perder de vista, como ha sostenido la Corte en sus precedentes, que *en todas las situaciones en las que se regulan derechos fundamentales* –y por tanto, también cuando el caso se encuadre en una decisión de oportunidad, mérito y conveniencia–, *el Poder Judicial debe ser el último garante del respeto de las libertades más básicas de las que gozan los ciudadanos*<sup>50</sup>. Ésta es, a nuestro juicio, la mejor doctrina de la Corte, y no la que se despega de un problema por una simple alegación de que se trata de algo de oportunidad, mérito y conveniencia.

Dicho de otro modo:

- a) si bien es lógica la deferencia a la discrecionalidad política y técnica de los otros poderes, dejando que tomen sus decisiones meritando su

<sup>49</sup> C.S.J.N., “N.N. o U., V., ...”, consid. 22. Énfasis añadido.

<sup>50</sup> Cfr., por ejemplo, C.S.J.N., “Verbitsky”, *Fallos* 328:1146 (2006), consid. 27 del voto de la mayoría.

oportunidad, mérito y conveniencia, sin que esto esté sujeto a control judicial,

- b) también es cierto, y la propia Corte así lo ha sostenido, que cuando se impugna una norma o decisión de los otros poderes, alegándose que violenta un derecho humano o un derecho fundamental, los tribunales tienen que analizar la problemática, para que, si es el caso, protejan eficazmente la libertad individual, que no puede ser conculcada con la excusa de tratarse de decisiones de políticas públicas.

Debe repararse en que en el caso analizado, si bien el Plan de Vacunación es una medida estatal en principio dictada en virtud de consideraciones de oportunidad, mérito y conveniencia, sin embargo, al discutirse la salud, la vida y la injerencia sobre el cuerpo ajeno, junto a la patria potestad y el derecho a la vida privada familiar, *estamos claramente en presencia de un proceso donde se discute la regulación de derechos y donde los tribunales deben proveer a la defensa de los mismos.*

Para clarificar esto quizá conviene dar un ejemplo, diferente al tratado en este caso. Es indudable que la decisión de construir una represa hidroeléctrica es discrecional, de oportunidad, mérito y conveniencia. Pero si la misma afecta a un pueblo, por inundarlo, o se controvierte su impacto ambiental, la decisión de oportunidad, mérito y conveniencia, que es política y técnica, y versa sobre la necesidad de una represa, y dónde situarla, adquiere ribetes justiciables, determinables conforme a derechos y obligaciones. Y al resolver estos puntos *los tribunales no traspasan las esferas soberanas de los otros poderes.*

Por último, merece la pena subrayar que la misma Corte federal sostuvo expresamente en un caso de 2011 que es válido realizar un análisis de razonabilidad de tipo alemán, en tres pasos, viendo *la vinculación entre las medidas escogidas y el fin buscado*, analizándola en cuanto a *su adecuación para alcanzarlo, a su necesidad y a la relación de proporcionalidad entre ambos*<sup>51</sup>. En efecto, el voto mayoritario sostuvo que:

“Se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad”<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. C.S.J.N., “Aceval Pollacchi c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.”, A. 996. XLI, 28-VI-2011.

<sup>52</sup> *Ibid.*, voto de la mayoría, ministros Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 9.

Por su parte, en el voto concurrente se reitera este concepto, aunque, en un intento de compatibilización con las viejas ideas, se dice que “ese control de constitucionalidad no incluye el examen de conveniencia o acierto (...)”<sup>53</sup>.

Ambas afirmaciones pueden entroncarse con lo aquí expuesto: no se debe analizar la oportunidad, mérito o conveniencia de una medida de otro poder, pero sí someter a un escrutinio detenido si se ha violado o no un derecho fundamental.

Infortunadamente, en “Aceval Pollacchi” ni la mayoría ni la concurrencia desarrollan estas ideas, y en el caso realizan una aplicación genérica e imprecisa de los mismos a la problemática en juego. De todos modos, esto parece algo nuevo –y de momento aislado– en la Corte, y de hecho los casos que la misma cita para avalar ese párrafo no hablan del control de razonabilidad en esos términos.

En conclusión, si bien no se debe analizar lo que estrictamente constituya la *oportunidad, mérito y conveniencia* de una medida pública, *sí puede –debe– examinarse por los jueces, entre otras cosas, la necesidad de una medida de la autoridad que impacta sobre un derecho fundamental, buscando alternativas a la misma que no violenten el derecho de que se trate.*

#### 14. COROLARIOS SOBRE DERECHOS SOCIALES, POLÍTICAS PÚBLICAS, PATRIA POTESTAD, DERECHO A LA SALUD Y METODOLOGÍAS DE TOMA DE DECISIONES SOBRE DERECHOS

Se ha realizado un análisis de la problemática de la vacunación obligatoria y su relación con la negativa de los padres de someter a su hijo a la misma, junto a diversas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad, entre ellas la posibilidad de que los jueces realicen un control constitucional de razonabilidad de decisiones políticas mayormente discrecionales.

Se ha querido poner a prueba la visión conflictivista del Derecho, que en el caso apeló a la jerarquización de los derechos como método de resolución, y contrastarla con la alternativa que aquí se apoya, consistente básicamente en una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, usando como herramienta el control constitucional de razonabilidad.

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, voto concurrente, jueces Highton de Nolasco y Maqueda, consid. 10.

No es posible afirmar que los derechos individuales y bienes públicos estén verdaderamente en pugna, por razones lógicas y axiológicas. La concepción que se tenga sobre este punto posee una repercusión cierta y determinante en casos concretos.

Parece preferible, en contraposición, una visión alternativa, que entienda a los derechos y libertades como un sistema coordinado y bien conjugado. Esta visión puede utilizar el principio de razonabilidad como una de los instrumentos privilegiados para descubrir esa armonía. El control de razonabilidad, realizado a través de un análisis en de seis pasos o tests, permite determinar el contenido esencial de los derechos humanos o su esfera de funcionamiento razonable y, de este modo, saber cuándo el Estado los regula respetando el núcleo de cada derecho y cuándo los lesiona.

Entre consideraciones teóricas sobre el principio de razonabilidad, se lo empleó en el caso, a modo de ejercicio práctico del control constitucionalidad de razonabilidad. Como resultado de esa aplicación de los seis tests al caso de la impugnación de la vacunación obligatoria, resulta que el plan de inmunización es constitucional y conforme a los derechos humanos y bienes públicos involucrados. Esto surge de lo siguiente:

- a) la normativa tiene una finalidad, cual es la protección de la salud individual y colectiva (test 1);
- b) esa finalidad es legítima por ser conforme al bienestar humano y por estar prevista en la Constitución y en los tratados de derechos humanos (test 2);
- c) el medio es adecuado al fin, porque los planes de vacunación son mundialmente reconocidos por su eficacia para alcanzar la prevención de enfermedades (test 3);
- d) la medida es necesaria, porque técnicamente las distintas enfermedades incluidas en el Plan de vacunación son graves y contagiosas, y no hay medidas alternativas disponibles para prevenirlas, no siendo por tanto “sobrecomprensiva” (test 4);
- e) hay una proporción adecuada entre los enormes beneficios que se obtienen para la salud individual y social, junto al ahorro en sanidad pública, y los pequeños costos de las medidas para el ámbito de decisión familiar o para el sujeto vacunado, junto a la mínima inversión económica requerida al Estado (test 5); y
- f) la regulación respeta el contenido esencial de los derechos y bienes en juego, ya que honra el derecho a la salud y la potestad estatal de pro-

tegerlo, a la vez que no puede considerarse que en realidad violente el derecho a la patria potestad o el derecho a la autonomía familiar, correctamente entendidos, porque ambos deben, respectivamente, incluir el interés del niño y los derechos de terceros y de la sociedad, y en el caso de la patria potestad y la dirección de la vida de los hijos, tiene proyección clara sobre aspectos más bien ideológicos, religiosos o filosóficos, junto a un ámbito más reducido con respecto a decisiones técnicas donde esté en juego la salud de los menores.

La Suprema Corte bonaerense y la Corte Suprema nacional, por tanto, acertaron sobre el fondo. Sin embargo, los jueces debieron analizar con más detalle el plan de inmunización, para luego aprobarlo, sin partir de una presunción de constitucionalidad tan fuerte y sin debate, que no prueba su legitimidad, sino que la considera un axioma por ser parte de las políticas públicas de salud, dictada como parte de la discrecionalidad, en virtud de la oportunidad, mérito y conveniencia propia de las decisiones políticas.

La presunción de constitucionalidad de las normas debe servir como apertura de la discusión, pero es necesario dar más pasos para obtener la luz necesaria para dilucidar quién está en posición justa, reclamando legítimamente la razón en un caso. Así, por ejemplo, en el ejemplo discutido, si bien el Plan concreto era constitucional, la vacunación obligatoria, como sistema, podría no serlo en otros casos, con relación a determinadas patologías, por faltar la necesidad de la medida, o su proporción, o aún el respeto al contenido esencial de los derechos involucrados.

Por último, debe subrayarse que existe un camino que conjuga el respeto legítimo a la discrecionalidad en las decisiones de los poderes políticos del Estado, con la tutela de los derechos fundamentales. De esta manera, si bien es impropio que los jueces analicen una decisión política de oportunidad, mérito y conveniencia, el principio republicano de división de poderes no puede implicar que los jueces no realicen un escrutinio sobre la validez del medio empleado para regular un derecho. Por el contrario, la Justicia debe velar por el respeto de los derechos de todas y cada una de las personas, por lo que será necesario que, cuando estén en juego las libertades y derechos fundamentales, se revise, entre otros elementos, si la medida adoptada resulta ser necesaria o si existen, por el contrario, medios alternativos que sirven mejor al fin buscado y se adecúan mejor al derecho regulado. De este modo, no se deja en manos de la discrecionalidad de los poderes políticos la posibilidad de lesionar los derechos humanos.