



¿Ubu epidémico? Derecho, riesgo y vacunación compulsiva.

Juan M. LIBRANDI¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conclusión. 3. Bibliografía

Resumen: El presente trabajo busca abordar algunas de las complejidades que se presentan en una política pública particular: la vacunación compulsiva. La idea de vacunación ocupa un lugar destacado en el imaginario sobre la salud ya que se encuentra vinculada a la acción poblacional, desde el estado a través de la medicina, a la idea de progreso científico, a la intervención a nivel molecular y a la idea de inmunizar permanentemente contra un riesgo concreto de muerte a bajo costo.

En este caso nos interesa abordar a partir de un expediente concreto –N.N o U.V. Protección y guarda de personas- la forma en la cual los discursos jurídicos y epidemiológicos se imbrican para generar una forma particular de hablar sobre salud, ciudadanía y sobre el rol del estado en la administración de los derechos de las personas.


Palabras claves: Salud Publica, Vacunación, Derecho a la Salud, Argentina

1. Introducción

La vacunación compulsiva ha sido abordada desde sus múltiples dimensiones (éticas, jurídicas, políticas, económicas y hasta militares) y ha suscitado diversos debates y publicaciones en todo el mundo que dan cuenta de numerosos enfoques, perspectivas y también de las particularidades de las dimensiones locales de la problemática. Rescatando algunas líneas del debate podemos decir que en general hay un acuerdo en que la política compulsiva ha de buscar consenso en otros tipos de medidas para evitar caer en una lógica de desprestigio que la lleve a una pérdida de eficacia. Hay amplia coincidencia también, en que debido al efecto rebaño (herd²) la distribución de riesgos y beneficios a nivel individual ha de ser contemplada a la hora de planificar políticas de vacunación ya que existiría la posibilidad de que algunos grupos disminuyan sus riesgos individuales de sufrir riesgos adversos al no vacunarse y beneficiarse del efecto rebaño producido por la vacunación de los otros ciudadanos. Los artículos coinciden en identificar a aquellos que no desean vacunarse como

¹Licenciado y Profesor en Sociología (UBA). Becario CONICET- ISCO-UNLa. Maestrando en Epidemiología, Políticas y Gestión en Salud (UNLa). Docente de la Facultad de Derecho (UBA) juan@librandi.com.ar//juanlibrandi@derecho.uba.ar

² La modelización de los umbrales necesarios para producir efecto rebaño se ha desarrollado con intensidad en los últimos años, los últimos modelos estipulan márgenes de entre 65% y 95% de acuerdo a cada enfermedad, contemplando el 100% de efectividad de la vacuna. (Fine, Eames y Heymann, 2011) En Argentina los Indicadores Seleccionados en salud, publicados por la Dirección de Estadísticas en Salud del Ministerio de Salud indican que la cobertura de vacunas es alta y supera estos umbrales, indicando como ejemplos que el porcentaje de cobertura con 3era. dosis de Quintuple (DPT-Hib-HepB) en menores de 1 año, 2012. Es de 91,0% , Porcentaje de cobertura de vacuna antipoliomielítica oral en menores de 1 año, 2012. 90,0%; Porcentaje de cobertura de BCG en menores de un año, 2012. 100,0%; Porcentaje de cobertura de vacuna Triple viral (Sarampión-Rubeola-Paperas) en menores de 1 año, 2012. 94,0%



provenientes de dos sectores diferentes: personas de altos ingresos y educación universitaria o los pertenecientes a minorías religiosas. También hay acuerdo en que en caso de una pandemia podría justificarse la compulsividad de la vacunación (Lessa, 2013; Bradley, 1999; Salmon et al 2006; Poland et al 2009; Isnel, 2012).

Sin embargo hay numerosos puntos de conflicto respecto de la compulsividad de la vacunación en los que deseamos pormenorizar.


Lessa plantea que en caso de aplicar políticas compulsivas de vacunación será necesario que el Estado³ plantee mecanismos compensatorios por los posibles riesgos individuales ya que si la vacunación se justifica en el bien mayor de la comunidad, su integrante perjudicado no debería ser dejando a su propia suerte. Este autor realiza su análisis basado en la lógica biopolítica planteada por Foucault y destaca que las políticas de vacunación a menudo invisibilizan las concepciones diversas sobre riesgo, salud y cuerpo y por lo tanto, los balances individuales y subjetivos respecto del binomio riesgo/beneficio. Señala que estas políticas generalmente no cuentan con un desarrollo destinado a informar sobre la vacunación, sus beneficios y sus posibles riesgos, quitando capacidad de intervenir a los sujetos que son objeto de las políticas. Advierte, por otro lado, que *“La evolución de la biotecnología preventiva pone a disposición cada año nuevas vacunas con el rótulo de ser cada vez más seguras y eficaces, aliándose al creciente número de factores de riesgo tratables o prevenibles por medio de técnicas de inmunización, que producen una tendencia cultural e ideología de considerarlas como la eterna panacea sanitaria del mundo que se encuentra entre las relaciones de poder y el estado, las industrias farmacéuticas y los ciudadanos (...) el volumen de recursos destinados demuestra la inserción de lógicas y prácticas comerciales de un biopoder “privado” en un espacio que era de total hegemonía del poder público, resultando en una medicalización preventiva exagerada de nuestra sociedad con la creencia de que las vacunas y los medicamentos químicos son los únicos medios eficaces para luchar contra las enfermedades”* (Lessa, 2013: 54)

Bradley (1999), por su parte, trae a colación argumentos epistemológicos al considerar que el riesgo y el beneficio de la vacunación no pueden ser extrapolados a un caso individual, como suele hacerse, y que por lo tanto es necesario matizar el énfasis en la protección individual. Señala, en contra de la idea de afectación a la salud pública, que los riesgos de que un niño no vacunado contagie a uno vacunado son muy pequeños y que en ese contexto será mejor considerar que la mejor forma de protección para aquellos preocupados por la(s) enfermedad(es) sería la propia vacunación, ya no la vacunación compulsiva, ya que: *“Es poco probable alterar significativamente el nivel de inmunidad poblacional y la chance de que individuos susceptibles contraigan enfermedades infecciosas. Debido a esto la comunidad no tiene el derecho a insistir en inmunizar a los niños, ni siquiera para proteger a las personas vulnerables.”* (Bradley 1999, 332, traducción propia)

Asociado a estos razonamientos Bradley incorpora una reflexión respecto de la imbricación entre la supuesta desprotección en la que serían puestos los niños por sus padres y como esto sería extrapolado de forma incorrecta, exceptuando el caso en el cual la vacuna no sea prevenible sino curativa y cuyo riesgo sea demasiado alto. Este caso es conocido como *“life-saving vaccination”* (vacunación salva vidas) y donde se debería respetar la vida del niño sin importar las creencias de los padres (Bradley 1999, 331).

Así mismo Castel (1986) aclara que en términos de riesgo solo existen imputaciones de peligrosidad ya que solamente se puede referir a la hipótesis de una relación (medida en

³ La política de vacunación en Brasil no es compulsiva (Lessa 2013)




grados de probabilidad) entre ciertas características, comportamientos o síntomas y un potencial acto futuro. Plantea que se ha autonomizado la noción de riesgo respecto de la de peligro, que es portado por un individuo y es resultado de un efecto de la relación entre datos abstractos y factores que suponen predictores de determinados comportamientos considerados como indeseables resultando en una descomposición del sujeto concreto de la intervención y reconstruyéndolo en una combinación de los factores susceptibles de producir riesgos en el sentido en el que el Modelo Médico Hegemónico⁴, entiende estos riesgos, su gestión y sus dimensiones.

Algunos autores tales como Salomon y colaboradores y Verweij y colaboradores consideran que la vacunación en países capaces de alcanzar el efecto rebaño sin la compulsividad sólo generan daños a la salud pública y a la autonomía de las personas (Salomon *et al.* 2006, Verweij *et al.* 2004).

Salomon y colaboradores (Salomon *et al.* 1999) desarrollaron un estudio epidemiológico destinado a modelizar la influencia de los “objetores filosóficos o religiosos” de la vacunación en la población general respecto del sarampión. Este estudio de cohorte basado en modelos matemáticos, utilizó los casos notificados de sarampión en población de entre 5 y 19 años de EEUU. El estudio no informó que se hayan contemplado otras variables tales como estado nutricional o la influencia de otras políticas de prevención. También pusieron en tono de duda la confiabilidad de sus fuentes, ya que las consideraron sobredimensionadas. A su vez trabajaron con un intervalo de confianza alto (%95, entre 34 y 37). De acuerdo a sus modelos la influencia de los objetores depende mucho de su proporción en términos relativos en el grupo y por otro lado de su número absoluto. De acuerdo con este modelo, si la población de objetores aumentara cuantitativamente en un %300 y representara un %20 de la población total, implicaría un aumento de %15 en el total de casos. Si el aumento de los objetores fuera de %200, en una composición con %20 de objetores, representaría %10,5 de casos nuevos, en el caso de un incremento del %100, en una composición con %20 de objetores, representaría un %5.5. Es de destacar que estos números aumentan significativamente hasta representar %108.4 de casos nuevos (en un aumento de la cantidad de objetores del %300 y en una comunidad donde representen el %60 de la población). Concluyen, que si bien es necesario continuar los estudios, “*en un buen nivel de cobertura de vacunación y bajos niveles de eximición los eximidos tienen baja probabilidad de tener un impacto significativo desde el punto de vista de la salud pública.*” (Salomon *et al.* 1999: 52, traducción propia).

Si bien estos investigadores han modelizado composiciones con él %40 o %60 de la comunidad como objetores creemos que los resultados basados en una composición relativa del %20 son los más interesantes para analizar nuestro caso ya que en el caso argentino la objeción se encuentra vinculado a creencias religiosas. Las comunidades que se señalan como posibles objetoras representan menos del %2 de la población (Malimacci 2008). Esto implicaría que de acuerdo al modelo tendría una escasísima o nula influencia en la salud pública.

⁴ En resumidas cuentas el MMH es la forma particular en la cual la sociedad capitalista, moderna y occidental lidia con la producción de fenómenos de enfermedad y muerte. Para Menéndez estas formas son constitutivas de las subjetividades individuales y colectivas y se encuentran intrínsecamente ligadas con las formas de producción y reproducción de la fuerza de trabajo. Menéndez distingue cerca de 30 rasgos del MMH, destacamos las que consideramos más significativas: “biologismo”, “individualismo”, “ahistoricidad”, “a- sociabilidad”, “mercantilismo” y “eficacia pragmática”. Las mismas ponen en evidencian la clara supremacía de una mirada centrada en los aspectos biológicos individuales por sobre una perspectiva de carácter poblacional y socio-histórica (Menéndez 2009, Testa 2005, Almeida Filho, 2000, Paim 2008).



En vista de lo anteriormente presentado creemos que los criterios de Hodges y colaboradores (Hodges *et al.* 2002) respecto de la vacunación compulsiva resultan interesantes para evaluar la pertinencia de esta política. Estos autores Plantean 6 criterios para evaluar la necesidad de la compulsividad de prácticas en niños: 1. Que el peligro para la salud pública sea substancial 2. Que la enfermedad acarree serias consecuencias en caso de ser transmitida, 3. Que la intervención médica sea de alto grado de eficacia, 4. Evaluar el carácter invasivo de la misma, 5. Los beneficios apreciables no han de especular sobre los comportamientos hipotéticos del futuro⁵, 6. El beneficio a la sociedad debe sobrepasar el peso sobre los derechos humanos individuales.

Con respecto al caso específico de la inmunización compulsiva sobre niños consideran que *“La inmunización satisface la mayor parte de los requerimientos (para validar) una intervención, pero la puesta en riesgo de un menor es inaceptable cuando la enfermedad en cuestión puede ser razonablemente evitada a través de elecciones de comportamiento (behavioral choices). Destinar programadores educativos para asistir a los adultos a hacer elecciones que preserven de las enfermedades evitables es el medio más ético de los disponibles para reducir a incidencia de estas enfermedades mientras se respetan los derechos humanos.”* (Hodges *et al.* 2002: 12, traducción propia)

En línea con estos autores Moran (Moran *et al.*; 2008: 372, traducción propia) analizan la eliminación de la compulsividad de la vacunación en algunas provincias italianas, hacen una apuesta a la educación como forma de tomar conciencia sobre la importancia de la vacunación y alertan sobre los riesgos de la compulsividad al concluir que *“Conseguir el efecto rebaño a través de medios no coercitivos tiene que ser preferible desde una perspectiva ética y moral y además ha probado ser más eficiente en términos de costo beneficio si, por ejemplo, el tiempo y dinero previamente gastado en controlar la inmunización e imponer sanciones legales pudiese ser gastado en programas educativos y de concientización sobre la inmunización y otros temas prioritarios de salud pública.”*


Además, en una era donde la gente está más activamente involucrada en la elección de su servicio de salud y teniendo influencia en las decisiones que competen a su salud, es menos probable que el público acepte pasivamente la inmunización compulsiva. Educación, prevención y elecciones pueden ser la forma de avanzar.”

Como hemos podido observar a través de la discusión de los antecedentes la vacunación compulsiva se halla fuertemente cuestionada en tanto política, el debate apunta a priorizar otros procesos para desarrollar la inmunidad de manada e incluso se empiezan a desarrollar procesos tendientes su eliminación como lógica de política pública mostrando promisorios resultados (Moran *et al.* 2008⁶).

En el caso de nuestro país la política pública de vacunación se encuentra orientada por la Ley 22.909, sancionada por Bignone el 13 de setiembre de 1983 en uso de las atribuciones conferidas por el Artículo 5° del Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional. La misma establece la gratuidad de la vacunación, la posibilidad de dispensarla en farmacias u otros centros asistenciales acreditados y la posibilidad de colaboración con obras sociales y

⁵ Esto implicaría que en la decisión de vacunar a una persona no se debería hacer basado en la suposición de que adoptará comportamientos considerados de riesgo en el futuro. Es interesante recalcar este argumento debido a las implicancias que posee a la luz de la transformación de la peligrosidad en riesgo (Castel 1986)

⁶ No nos extenderemos en el caso italiano ya que es muy reciente y de acuerdo a los autores del artículo, si bien los resultados inmediatos han sido positivos, no se está en un marco temporal adecuado para evaluar el resultado del cambio.



prepagas. Son de particular interés los artículos 11⁷ y 18⁸, donde se contempla la obligatoriedad de algunas vacunas, así como también la posibilidad de vacunar a los infractores compulsivamente.

En nuestro análisis trabajaremos sobre el caso “N.N o U.V- Protección y guarda de personas”. Lo hemos seleccionado por su recorrido jurídico y a su vez porque ha logrado cierta visibilidad en los medios masivos de comunicación permitiendo entrever cierto impacto del mismo en la agenda del estado⁹ (Testa 2007).

Sintéticamente podemos resumir que el caso refiere a una familia que, en vista a considerar a la vacunación como una práctica invasiva, buscan promover un recurso de inaplicabilidad de la ley de vacunación. El caso atravesó todas las instancias posibles, obteniendo resultados diversos y clausurándose jurídicamente con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) en 2012.


En primera instancia el tribunal declaró válido el recurso, que fue apelado por la defensoría. En segunda instancia, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires (CSPBA) declaró la nulidad del amparo, la obligación y compulsión de la vacunación en un plazo máximo de 2 días y obligó a los padres a concurrir a una capacitación para que se les explique la importancia de la vacunación. El fallo fue nuevamente apelado para llegar a la CSJN, quien dejó firme la vacunación compulsiva pero revocó la obligación de la capacitación. Deseamos destacar en este punto que la corte aceptó dictaminar sobre el fallo, e incluso hizo correr las costas a orden del Estado debido a la “*naturaleza y novedad de la cuestión planteada*” (CSJN 2012:6).

En el presente trabajo se utilizarán como insumos para caracterizar el discurso de los tribunales los fallos de las instancias superiores, CSJN y CSPBA, por considerarlas de mayor relevancia jurídica, tanto en su carácter de sentar precedente sino también por haber sido

⁷ Artículo 1: *Las vacunaciones a que se refiere esta ley son obligatorias para todos los habitantes del país, los que deben someterse a las mismas de acuerdo a lo que determine la autoridad sanitaria nacional con respecto a cada una de ellas. Los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables, con respecto a las personas a su cargo, del cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior.*

⁸ Artículo 18: *La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados por el artículo 11 determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva.*

⁹ A modo de referencia citamos notas en los principales diarios de circulación nacional y también del campo jurídico. Diario La Nación: “Obliga la Justicia a vacunar a un bebe” publicado el día 15/06/12 disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1315037-obliga-la-justicia-a-vacunar-a-un-bebe>. Diario Pagina 12: “Vacunación por orden judicial” publicado el día 15/06/12 disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-155002-2010-10-15.html>. Diario Clarín: “La Corte ordenó a los padres de un menor que lo vacunen” publicado el día 13/06/12, disponible en http://www.clarin.com/sociedad/Corte-ordeno-padres-menor-vacunen_0_718128277.html. Diario Judicial: “A vacunarlos sí o sí” publicado el día 12.06.12, disponible en http://www.diariojudicial.com/contenidos/2012/06/12/noticia_0004.html. Diario Clarín: “La Corte ordenó a los padres de un menor que lo vacunen” publicado el día 13/06/12, disponible en http://www.clarin.com/sociedad/Corte-ordeno-padres-menor-vacunen_0_718128277.html. También resultó un caso que la comunidad académica calificó como relevante al producir referencias e incluso la publicación del dictamen del comité de bioética interviniente (Comité de Ética del Hospital Privado de Comunidad de Mar del Plata: 2013)




abordados y comentados por los medios de comunicación del mundo jurídico y de los medios masivos.

En primer lugar, nos interesa caracterizar el posicionamiento de los padres ya que poseen un claro interés de visibilizar su problemática. Desde su perspectiva la disputa se encuentra centrada en la instalación de lo que es considerado por ellos como un derecho en el centro de la agenda jurídica del estado. Es en este sentido que hay un actuar destinado al discurrir por las vías legales y con argumentos técnicos para viabilizar su reclamo. No es simplemente el acto de no vacunar a sus hijos, sino la necesidad de que el estado considere a esta acción como legítima. Esta búsqueda de la legitimidad en su acción es la que reconfigura por completo la situación dándole un cariz conflictivo y particular.

La tensión sobre la vacunación podría haberse resuelto por las vías del ilegalismo, consiguiendo certificados de vacunación falsos, etc. y sin plantear un cuestionamiento al ordenamiento jurídico vigente. Deseamos extendernos en la idea de “ordenamiento” ya que en este caso particular abarca no solo el orden jurídico, sino el orden de los cuerpos en el espacio, su identificación, caracterización, manipulación e integración a la comunidad como miembros “sanos” o no peligrosos. En este sentido resulta un elemento no menor señalar que la ley de vacunación actualmente vigente fue sancionada en los fines de la última dictadura cívico-militar y se encuentra firmada por Bignone. Entendemos que esto implica una forma de resistencia en la medida que estos cuerpos atravesados por saberes, científicos y no científicos, abiertos a una pluralidad de significantes que se articulan de formas diversas y mutantes produciendo una diversidad de conceptualizaciones de cuerpo, enfermedad, padecimiento y atención operan estratégicamente requiriendo por lo tanto una atención en detalle de su particularidad, y en este sentido tensionan la agenda del estado

La distinción entre ilegalismos y delincuencia corresponde a Foucault (2002), quien plantea que existe una diferencia entre aquello que es considerado ilegal y aquello que es considerado delito y que esta diferencia discurre en el hecho de que los delitos ofenden “la moral de la sociedad”. También considera que existe una economía política de los ilegalismos y la delincuencia en las que los sectores dominantes de la sociedad se han reservado para sí el ejercicio de los ilegalismos que consideran pertinentes y ha categorizado como criminales algunas estrategias de supervivencia y resistencia de los otros sectores sociales. Si bien no nos interesa ahondar en la categoría sí deseamos destacar que una de las características del delito, de acuerdo a lo entendido por Foucault, es que los delitos justifican la vigilancia permanente e intervención capilar sobre el conjunto de la sociedad facilitando la inscripción de los sujetos al orden disciplinar y la construcción de una otredad a intervenir (Foucault 2002).

Los padres pudieron haber mantenido una situación de ilegalismo si hubieran optado por conseguir un certificado de vacunación falso o alguna medida similar, pero su posicionamiento estratégico (Testa 2005) radicó en la exigencia de reconocimiento de una idea de salud ampliada como derecho que da lugar al rechazo de estas medidas poblacionales en tanto las entiende, para su caso particular como invasivas (CSPBA 2010, Comité de Ética 2013). Sin embargo, y tal como señalan Menéndez (2009) y Sibia (2005) estos saberes, conceptualizaciones y representaciones de la familia se encuentran complementadas e imbricadas en conceptualizaciones médicas. Es por esto que consideramos que no se trata de una negación de la lógica terapéutica del Modelo Médico Hegemónico (MMH) ya que los padres recurren a la medicina occidental moderna para atender las necesidades de salud de su grupo familiar y afirman estar dispuestos a validar un tratamiento alternativo, guiado por un profesional formado en el MMH, que garantice un porcentaje de cobertura similar a la vacunación validado por las autoridades médicas, aunque desean complementarla con otras



formas de atención, prevención y prácticas de cuidado (CSPBA 2010). En última instancia el argumento busca legalizar una práctica concreta, es decir que se trata de una apelación, en los términos legales vigentes, para ampliar la garantía de un derecho respecto de una práctica concreta.

Caponi (2008) introduce un sentido ampliado de la idea de salud, que propugna por integrar las variaciones para dar cuenta de las particularidades de las múltiples definiciones de “salud”, integrando las dimensiones de lo “subjetivo”¹⁰ con aquellas técnico-políticas de lo “social”. Esto será axial en la medida que se tome en consideración que los eventos (considerados) adversos en términos de salud no pueden ser pensados como si fueran infracciones o crímenes. Estos derivan de la medicalización y patologización de aquellas prácticas o grupos que no consiguen articular una respuesta política lo suficientemente efectiva como para evitarlo. Han de ser contempladas como “aperturas al riesgo”, es decir, se trata de dotar de legitimidad las diversas formas de conquistar esa difusa idea de “bienestar bio psico social” entendiendo que en esas formas, como en las propias, hay selecciones contingentes culturalmente dictadas en las cuales se seleccionan riesgos que son entendidos como apropiados. Para esto será necesario aceptar que *“poco a poco parece surgir un nuevo discurso que nos habla de la aceptabilidad del riesgo, aun cuando muchas formas de control permanezcan intactas”* (Caponi, 2008: 90). Es preciso pensar en un concepto de salud capaz de contemplar y de integrar nuestra capacidad de administrar en forma autónoma ese margen de riesgo, de tensión, de conflicto, y “malestar” que deriva de la propia experiencia humana y en los cuales los saberes de la curación debieran de estar encargados de ayudar a interpretar “los ruidos del cuerpo”, es decir, de volver ininteligible al padeciente su padecimiento de forma de posibilitar su acción en tanto sujeto conciente sobre los modos de intervención sobre su cuerpo, más que intervenir sobre él en pos de “su mejor interés”.


Desde la perspectiva del poder judicial, la situación se configura de otra manera. Si bien pareciera que en este caso particular los bienes jurídicos tutelados no se encuentran afectados por ninguna forma criminal que requiera el desplazamiento de la totalidad del aparato jurídico, para el tribunal esta negativa a la vacunación se articula en un riesgo para la sociedad en su conjunto, y por lo tanto, en una ofensa a la moral imperante.

Es crucial destacar que estas dos afirmaciones se encuentran en una situación de mutua dependencia, y afirmadas en última instancia en una idea de “salud” muy restringida.

La negativa a la vacunación será abordada como un peligro para ser dominado, estudiado y solucionado, pero que mientras exista, resulta en una amenaza concreta de la reverberancia de plagas y pestes largamente olvidadas (gracias a la intervención de la medicina) que ponen en riesgo la salud de la población en su conjunto y justamente por esto se constituye como un problema de “salud pública”. Esta cuestión aparece fuertemente tanto en el voto de mayoría como en la minoría de la CSPBA y de la CSJN.

Consideramos que en la apelación al problema de salud pública se encuentra el nudo de la cuestión y opera en un doble sentido: a través de la igualación de las nociones de “riesgo” y “vulnerabilidad” en dos disciplinas diversas: la epidemiología y el derecho. y a través de esto atando riesgos individuales y colectivos en la misma amenaza, remitiendo con este doble riesgo a la afectación del interés superior del niño en un sentido similar al descrito por Bradley (1999). Este doble sentido justifica la inserción punitiva del estado.

¹⁰ Este cuerpo “subjetivo” ha de entenderse como resultado de la dialéctica de lo biológico con lo social, pero de ninguna manera como resultado mecánico de procesos biológicos o genéticos.



El voto del juez Genoud, que adhiere al del Dr Hitters, plantea que *“se encuentra comprometido un interés social. Se ha afirmado que mientras haya un solo niño infectado, los niños de todos los países correrán el riesgo (...) pudiendo poner en peligro la salud de personas que, por distintos motivos, no pueden acceder a la inmunidad deseada.*

No todas las vacunas poseen la misma eficacia en todos los sujetos. En consecuencia, puede darse el caso que niños que han cumplido con el plan de inmunización se contagien debido a aquéllos que han preferido no hacerlo. Asimismo, hay pequeños que por padecer determinadas enfermedades de base tienen contraindicadas algunas vacunas, motivo por el cual aumentaría el peligro de estos menores de quedar expuestos a la transmisión de dolencias que menoscaben su salud, probabilidad que estaría minimizada en una población mayoritariamente inmunizada.” (SCJPBA 2010:18)

Por su parte la CSJN considera que la no vacunación no se encuentra cubierta por el Art. 19 de la constitución¹¹ ya que representaría un riesgo para terceros: *“la vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. (...) se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general” (CSJN 2012: 3)*


En este caso particular la amenaza se vuelca a lo colectivo para dar certeza de la amenaza individual: la vacunación, entendida como la única terapéutica capaz de garantizar inmunidad¹² llevan a la clara conclusión que en esta acción los padres están poniendo en riesgo no solo a su propio hijo, sino a la comunidad en su conjunto y esto indica un juicio alterado. Por lo tanto los sometieron a pericias psicológicas.,

En la apelación a la amenaza colectiva se reproduce un fenómeno interesante, ya que el poder judicial no da cuenta de la concentración de los casos de no vacunación en sectores de recursos bajos, deja de lado esta realidad sin dedicarle líneas, produciendo una dualidad de criterios. Oculta en el silencio la calificación de la vida que realizan las practicas del estado sobre la población: hay ciertas vidas, calificadas como dignas, que han de ser protegidas de la peligrosidad, y hay otras, que no merecen ese cuidado y permanecen en el silencio. Artículos sobre la cobertura de vacunación vinculan directamente las desigualdades sociales con el grado de cobertura de las mismas. *“La edad del niño, no ser un primer hijo, no concurrir a guardería, usar solamente servicios públicos de vacunación, no poseer seguro de salud, bajo nivel educativo del cuidador fueron factores significativamente asociados con el esquema de vacunación incompleto”* (Dayan et al. 2004: 162). *“La mayor proporción de niños sin completar el esquema de vacunación se concentró en las áreas periféricas del municipio (de Lanús), correspondientes a las Estratos Socio Demográficos 1 y 2, donde se encuentran las llamadas villas de emergencia. En ellas se localizó la mayor cantidad de los eventos negativos estudiados” (Alazraqui et al. 2007: 4).*

Este recorte de objeto da cuenta de la configuración particular de problemática: el problema no es sobre las vidas intervenidas por el estado, es sobre un conjunto puntual de ellas calificadas como valiosas, que en su resistencia se han constituido en objeto privilegiado

¹¹ Que establece que *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.*

¹² aún ignorando las fallas primarias y secundarias, las tasas diferenciadas de cobertura según estrato social y los otros factores de riesgo



de intervención, tanto normalizadora como ejemplificadora. La calificación de la vida realizada por el estado en la no vacunación de ciertos grupos merecería un análisis particular.

No podemos ignorar las reiteradas apelaciones al interés superior del niño, en este caso el análisis se basa en la amenaza a la salud del niño. Amenaza que pone un tope al derecho de los padres a decidir sobre el mismo, ya que en esta supuesta afectación del derecho de terceros (tanto el niño en particular, como la comunidad en su conjunto) actuaría como limitante natural tanto del derecho de libertad de culto, de determinación de vida familiar y de la decisión sobre los modelos terapéuticos a aplicar. En palabras de los jueces: *“Esta fuera de debate que reina la autonomía de la voluntad en la elección del método de salud a seguir cuando se trata de adultos capaces. No sucede lo mismo en este caso, que la medicina preventiva pondría a un niño pequeño al resguardo de enfermedades (...) con solo darle una vacuna. (...) Los padres no pueden (...) exponer a sus hijos (a contraer enfermedades) que una vez contraídas pueden traer secuelas irreversibles, exponer a sus hijos por una elección que los convence pero que excede el ejercicio de la autoridad paternal(...) el problema es que la vacunación es preventiva,(...) y cuando llegue la enfermedad y analicen si el ayurveda da o no solución ya es tarde (...) además se encuentra comprometido un interés social por tener incidencia en la salud pública ” (SCJPBA 2010:14,15)*


En la medida que su derecho a la salud se encontraría vulnerado, y el mismo niño se constituye en una amenaza de salud pública por obra de sus padres, se convierte en un sujeto doblemente vulnerable, y por lo tanto se vuelve necesaria una tutela mayor del estado. Es por eso que: *“El compromiso asumido por el estado se visualiza en la posibilidad de acudir a la justicia que deben tener las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad (...) la Asesora de Incapaces (...) en representación de un sujeto vulnerable accionar en protección de su derecho a que se le aplique el pan de vacunación (...) ante la inactividad de sus progenitores.”* (SCJPBA 2010:13)

Es interesante destacar la imbricación de la idea de vulnerabilidad jurídica con la utilizada en el campo de la salud. Estas categorías se diferencian en la década de 1990, donde la categoría de vulnerabilidad en el campo de la salud toma matices propios marcando algunas diferencias respecto del concepto jurídico.

La idea de vulnerabilidad en sentido jurídico se encuentra enfocada en la puesta en discurso, o visibilización, de los grupos o individuos frágiles jurídica o políticamente respecto de la protección y/o garantía de derechos, es de decir, respecto de su condición de ciudadanos (Pérez Contrera, 2005, Puebla, 2004).

El campo de la salud la utilización de la idea de vulnerabilidad aparece ligada a la pandemia de VIH, a la escuela de salud de Harvard y a la militancia en torno a estos padecimientos y engloba al menos tres componentes: uno individual, uno social y uno programático.

El componente individual está relacionado a la dialéctica que establece cada sujeto con la información disponible, sus preocupaciones cotidianas resultando en una forma particular de incorporar esta información en sus propias prácticas. Por componente social se entiende la influencia del entorno en la capacidad de incorporar informaciones a esa dialéctica individual y los recursos técnicos y simbólicos para enfrentarse o protegerse de barreras culturales o coerciones violentas. El componente programático se refiere a los recursos que son necesarios y su puesta en efectiva disposición de modo efectivo y democrático (Ayres *et al.* 2008)



En este sentido, y sin dar cuenta de las ramificaciones que dentro del mundo jurídico ha tenido la noción de vulnerabilidad (Pérez Contrera 2005) creemos que la idea de vulnerabilidad del campo de la salud otorga un grado mucho mayor de acción y autonomía a los sujetos, contempla sus estrategias como parte, tanto del problema como de la solución, no solo limitándose a presentarlo como sujeto vulnerado (o en situación de vulnerabilidad) respecto de la garantía de sus derechos. Por lo cual este “juego de espejos” en el cual “vulnerabilidad epidemiológica” termina por convertirse en “vulnerabilidad jurídica” re ubica al “actor” de su problemática en “paciente” a ser intervenido¹³.

Siguiendo a Caponi (2008: 80) entendemos que al no problematizar las nociones polisémicas como bienestar social, riesgo¹⁴ o vulnerabilidad *“el discurso médico acaba ocupando el lugar del discurso jurídico y todo aquello que consideramos peligroso se torna objeto de una intervención ya que no está fundada en la pretensión de proteger a la sociedad de esos sujetos indeseables sino que, por el contrario, se sustenta en la certeza de que esa intervención persigue un objetivo altruista ya sea que se trate de la recuperación de los sujetos o de la prevención de riesgos”*. Por eso los fallos terminan redundando en argumentos como: *“los representantes legales de los niños solo pueden disponer del derecho a la vida, a la salud, al honor, si por este medio se va a lograr una mejora en el derecho de que se trata, pero es inadmisibles que ello se realice en desmedro del derecho del niño” (SCJPBA 2010:17)*


En este discurso, carente de valoración en los antecedentes especializados¹⁵ e incluso en contra de los matices planteados por el comité de bioética al que mandaron a estudiar el caso¹⁶, la vacuna aparece referida como una eliminación total y permanente del riesgo, tanto a nivel individual como colectivo, y por lo tanto como una obligación ciudadana. Esta situación termina configurando un discurso en el cual riesgo es igual a la vulnerabilidad, y la vulnerabilidad igual a un daño, que de individual se transfigura inmediatamente en colectivo. Estos son los nudos invisibles que atraviesan todo el fallo generando una situación en que la no

¹³ No negamos que frecuentemente los actores se encuentren desprotegidos y en necesidad de una intervención rápida y efectiva del estado en pos de garantizar su condición de ciudadanos, sino que insistimos en la necesidad de plantear la diferencia entre las categorías y la necesidad de entender los efectos que su uso indiferenciado puede acarrear.

¹⁴ En este caso entenderemos riesgo en su sentido epidemiológico, como una forma teórica de medir probabilidades para la ocurrencia de determinados eventos vinculados a la salud, ya sean positivos (posibilidades de recuperación, etc.) o negativos (muerte, enfermedad, etc.). El riesgo asocia la ocurrencia de un determinado fenómeno de salud enfermedad o muerte al nivel de poblaciones humanas en un periodo de tiempo determinado. Es decir que el riesgo epidemiológico nunca puede ser individualizado tal como el riesgo jurídico (Almeida Filho, Castiel y Ayres, 2009), (Almeida Filho y Rouquayrol, 2011) (Almeida Filho, 2005)(Bradford Hill, 2008)

¹⁵ Bradley, 1999; Hodges et all, 2002; Lessa 2013; Moran et all 2008; Werweij et all 2004 por citar algunos.

¹⁶ El comité de bioética recomienda vacunar ya que consideran que sería ilegal no hacerlo, pero establece en sus consideraciones finales que: *“Debe intentarse llevar adelante un proceso de consentimiento que les permita a los padres una afirmación de su ciudadanía, de sus deberes para con los demás, de modo de facilitar su aceptación. Pero debería hacerseles saber también que desde el punto de vista jurídico, hay leyes específicas que hacen mandatorias las vacunaciones con razones fundadas. Las futuras leyes deberían pensarse en forma diferente, intentando respetar más la diversidad cultural. Durante la gestión de las mismas, escuchar a las minorías implicadas, trabajar con ellas, en búsqueda de una mejor manera de convivir en la diversidad, a través del diálogo. La innegable desconfianza de la población en general ante las políticas sanitarias debería llamar a la reflexión a quienes las diseñan e implementan, para la correspondiente autocrítica y corrección de las mismas.”* (Comité de Ética 2013). Ninguna de estas recomendaciones aparece recogida en los fallos.



vacunación es un crimen peligroso (y no solamente un delito) para la vida del menor y de la comunidad.


Finalmente, en el fallo en disidencia el juez Negri considera que *“dado que la negativa de los padres al suministro de las vacunas, invocando reparos a los sistemas tradicionales de medicina, es una actitud deliberada, racionalmente asumida y libremente decidida en el núcleo de una familia -arts. 264 , CCiv. y 19 , CN.-, y no se advierte trasgresión alguna al orden público, es más, una actitud compulsiva en un sentido contrario sería sustituir una determinación familiar por otra estatal, invirtiendo el orden natural de las sociedades domésticas y políticas, siendo que además, por los elementos que obran en la causa no se observa un particular peligro para el menor” (SCJPBA 2010: 3)*. Introducimos este argumento de la minoría ya que consideramos que el discurso de los fallos es un discurso coral, llevado a cabo por muchas voces, que en este hablar múltiple introducen entre los considerandos, modificaciones y disidencias diferencias conceptuales, argumentativas y éticas que dota al contenido del fallo de grandes capacidades de mutación sin necesariamente perder su unidad coral produciendo un movimiento con dinámica propia que nos permite realizar una lectura de la situación actual de la problemática así como entender posibles líneas de mutación de la misma.

Conclusiones

Creemos que fallos como este, tendientes a limitar y constituir políticas públicas, poseen una gran influencia en el desarrollo y administración en los modelos asistenciales del estado. Silva Paim caracteriza los modelos asistenciales (o modelos de atención) como: *“Tecnologías estructuradas en función de problemas de salud (daños y riesgos) de una población, que a su vez, expresa necesidades sociales, históricamente definidas. (...) No son normas (...) más bien formas de articulación de las relaciones entre sujetos (trabajadores de la salud y usuarios) mediados por tecnologías (materiales y no materiales) utilizadas en el proceso de trabajo en salud.(...) constituyen en fin, racionalidades diversas que informan las intervenciones técnicas y sociales sobre las complejas necesidades humanas en salud” (Silva Paim 2008: 571)*.

Este fallo opera en una racionalidad medico-hegemónica que no permite reconocer ningún grado de legitimidad a las diversas concepciones de cuerpo, subjetividad y salud que han desplegado los participantes del caso. Tampoco facilita el desarrollo de políticas públicas, que dentro de modelos asistenciales, puedan recuperar estas experiencias de lo múltiple para construirlas en formas de recuperar las vivencias subjetivas y colectivas para permitir que los pacientes se vuelvan intérpretes de su propia situación de salud (Caponi 2008). Y fundamentalmente establece una relación subordinada entre el personal sanitario y los sujetos de su intervención, devenidos en pacientes. Cabe preguntarse si es esta lógica de modelo asistencial, en tanto economía política de los cuerpos por el estado, la que deseamos que impere en nuestro sistema de salud. Notamos la falta de intención de recuperar estas necesidades expresadas como demandas en un modelo alternativo que sirva para abordar este tipo de problemáticas garantizando el reconocimiento pleno del “derecho a la salud” a través del desarrollo de estrategias de intervención alternativas para problemas alternativos, y deseamos destacar también la violencia que representó la intervención judicial.

Un fallo como este nunca puede estar exento de complejidades, desde la realidad político social desde la que se plantea, hasta las consecuencias jurídico normativas que deja asentadas. Sin embargo en una sociedad tan atravesada respecto de los conflictos sobre la intervención compulsiva de los cuerpos creemos que el fallo tendría que haber dedicado una mayor extensión a la reflexión sobre sus implicancias y sopesado mejor sus posibles consecuencias.



Deseamos recordar que Barthes (2008; 134) entiende a la vacuna como uno de las formas míticas características de nuestra época, considera que *“esta figura muy frecuente que consiste en confesar el mal accidental de una institución de clase para ocultar mejor su mal principal. Se inmuniza lo imaginario colectivo mediante una pequeña inoculación de la enfermedad reconocida; así se lo defiende contra el riesgo de una subversión generalizada. Este tratamiento liberal no habría sido posible hace apenas cien años; en aquel momento el buen burgués no transigía, era totalmente inflexible; después se doblegó enormemente; ya no duda en reconocer algunas subversiones localizadas: la vanguardia, lo irracional infantil, etc.; vive a partir de entonces en una economía de compensación: como en toda sociedad anónima bien formada las partes pequeñas compensan jurídicamente (pero no realmente) a las más grandes.”*

Finalmente consideramos que el fallo analizado reproduce la lógica de la vacuna como discurso mítico: confiesa el mal de la compulsividad de la intervención sobre los cuerpos, de la determinación del acotar el sentido de salud, de la limitación de los modelos alternativos de vida, para salvar a la sociedad en su conjunto. Ante la demanda de ampliación del sentido jurídico de “salud” se clausura violentamente el tema, en una acusación donde se pone en juego la capacidad y autonomía con la pericia psiquiátrica y la patria potestad de los hijos durante el juicio.

Afirmamos que esa definición es falsa y que se trata de un ejercicio biopolítico, de administración de la vida, desnudo de legitimidad técnica y reducida a su poder jurídico.

En última instancia, esta situación refleja una forma particular de ejercer la soberanía sobre los cuerpos y sujetos, determinando de forma clara los límites y expectativas de los modelos asistenciales y políticas públicas. Creemos que en esta situación se verifica una forma ubuesca de ejercer el poder creada en la interrelación de los saberes médico-epidemiológicos y jurídicos, un ubu-epidémico, que encuentra su anclaje en la amenaza a la salud pública. En palabras de Foucault: *“El terror ubuesco, la soberanía grotesca refiere a la maximización de los efectos de poder a partir de quien los produce: no es un accidente del poder, una avería de su mecánica (...) es uno de los engranajes que forma parte inherente de los mecanismos de poder (...) Me parece que, al contrario, se trata de manifestar de manera patente la inevitabilidad del poder, la imposibilidad de eludirlo, que puede funcionar en todo su rigor, y en el límite extremo de su racionalidad violenta, aún cuando esté en manos de alguien efectivamente descalificado.”* (Foucault 2005: 25-27)

Bibliografía

- Alazraqui M, Mota E, Spinelli H, Guevel C. Desigualdades en salud y desigualdades sociales: un abordaje epidemiológico en un municipio urbano de Argentina. Rev Panam Salud Pública. 2007;21(1):1-10.
- Almeida Filho N, Castiel LD & Ayres JRM. Riesgo: concepto básico de la epidemiología. Salud Colectiva, 2009; 5(3):323-344.
- Almeida Filho N, Rouquayrol MZ.: Introducción a la Epidemiología. Buenos Aires: Lugar Editorial; 2011.
- Almeida Filho, N. La ciencia tímida: ensayos de deconstrucción de la epidemiología Lugar Editorial 2000 Buenos Aires
- Ayres, J, Franca, J, Junqueira Calazans, G., Saletti Filho, H. (2008) “El concepto de vulnerabilidad y las prácticas de salud: nuevas perspectivas y desafíos” Czeresnia. O y Machado de Freitas, C (2008) (comp.) en Promoción de la salud : conceptos, reflexiones, tendencias. Buenos Aires : Lugar Editorial.



- Ayres, R. "Acerca del riesgo. Para comprender la epidemiología" en Czerisnia, D. y Machado de Freitas, C. (org) "Oriniciuib de ka salud. Conceptos, reflexiones y Tendencias". Buenos Aires: Lugar Editorial. 2006
- Barthes, R. Mitologías. Siglo XXI editores. 2008. Buenos Aires.
- Bradford Hill A. Ambiente y enfermedad: ¿Asociación o causación?. Revista Cubana de Salud Pública 2008; 34
- Bradley, P, "Should childhood immunisation be compulsory?" Journal of Medical Ethics 1999;25:330-334
- Caponi, S. "La Salud como Apertura al Riesgo" en Czerisnia, D. y Machado de Freitas, C. (org) "Oriniciuib de ka salud. Conceptos, reflexiones y Tendencias". Buenos Aires: Lugar Editorial. 2006
- Castel, R "De la peligrosidad al riesgo", en Wright Mills, C., Foucault, M., Pollak, M. et. Al. Materiales de sociología crítica. La Piqueta. 1986. Buenos Aires.
- Comité de Ética del Hospital Privado de Comunidad de Mar del Plata (2013) "Dictamen bioético ante la negativa de un grupo de familias a vacunar a sus niños" en *León Correa F., Simó R., Schmidt L., Anguita V.(coordinadores) (2013) "Experiencias de los Comités de Ética Asistencial en España y Latinoamérica. Análisis de casos ético-clínicos. Federación Latinoamericana de Instituciones de Bioética (FELAIBE). Santiago de Chile.*
- Dayan GH, Orellana LC, Forlenza R, Ellis A, Chaui J, Kaplan S, Strebel P (2002). "Vaccination coverage among children aged 13 to 59 months in Buenos Aires, Argentina, 2002". Rev Panam Salud Publica. 2004;16(3): 158–67.
- Dirección de Estadísticas en Salud. Indicadores Básicos Argentina 2014. Ministerio de Salud de la Nación, Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. 2015. Argentina
- Fine, P, Eames, K y Heymann, D "Herd Immunity": A Rough Guide, Health en Clinical Infectious Diseases, Volumen 52, N° 7, Pp. 911-916. Oxford University Press. 2015. 2011
- Foucault, M Los anormales. Siglo XXI editores 2005. Buenos Aires.
- Foucault, M. Vigilar y Castigar Nacimiento de la prisión. Siglo XXI editores 2002. Buenos Aires.
- Hodges, F. M., Svoboda, J S; Van Howe; R S (2002) "Prophylactic interventions on children: balancing human rights with public health" Journal of Medical Ethics 2002;28:10–16
- Insel, K "Treating Children Whose Parents Refuse to Have Them Vaccinated". American Medical Association Journal of Ethics. January 2012, Volume 14, Number 1: 17-22
- Lessa, S "Vacinação infantil e os eventos adversos pós-vacinação: contribuição da bioética para implantação de políticas compensatórias no Brasil". Tese (Doutorado em Bioética). Programa de Pós-Graduação em Bioética. Brasília: Universidade de Brasília, 2013. Orientação: José Garrofe Dórea.
- Mallimaci, F; Esquivel, J; e Irrazábal M. (2008) "Primera Encuesta sobre Creencias y Actitudes Religiosas: Informe de investigación. Buenos Aires. (Inédito)"
- Menéndez, E "De saberes, Sujetos y Estructuras: introducción al enfoque relacional en el estudio de la salud colectiva" Lugar Editorial 2009 Buenos Aires
- Moran, N. E.; Gainotti, S.; Petrin, C. "From compulsory to voluntary immunisation: Italy's National Vaccination Plan (2005–7) and the ethical and organisational challenges facing public health policy-makers across Europe" J Med Ethics 2008;34:669–674
- Pérez Contreras, M."Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar" en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 113, Mayo-Agosto 2005, Nueva Serie Año XXXVIII. UNAM. México.
- Poland G., Jacobson, R., Tilbur,t Jon, and Nicholf, K "The social, political, ethical, and economic aspects of biodefense vaccines" Vaccine. 2009 November 5; 27(Suppl 4): D23–D27.



- Puebla, M "La cuestión de los adolescentes infractores. Necesidad de una adecuación substancial a la Convención Internacional de los Derechos del Niño" en *Infancia* Boletín del instituto interamericano del niño (OEA) Numero 240, Tomo 73m Junio 2004. Uruguay.
- Salmon Daniel A, Teret Stephen P, MacIntyre C Raina, Salisbury David, Burgess Margaret A, Halsey Neal A "Compulsory vaccination and conscientious or philosophical exemptions: past, present, and future" *Lancet* 2006; 367: 436–42
- Salmon, Da A; Haber, M; Gangarosa, E J; Phillips, Lynelle; Smith, Natalie J; Chen, Robert T "Health Consequences of Religious and Philosophical Exemptions From Immunization Laws Individual and Societal Risk of Measles " *JAMA*. 1999;282(1):47-53.
- Sibilia, P. *El hombre post orgánico: Cuerpo, subjetividad y tecnologías digitales* 2005. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. .
- Silva Paim, J. 15. Modelos de atenção à saúde no Brasil" en Giovannella, Ligia (comp) "Políticas e sistema de Saúde no Brasil". 2008. Fundação Oswaldo Cruz editora. Brasil.
- Testa M. Decidir en Salud, ¿Quién?, ¿Cómo? y ¿Por qué? *Salud Colectiva*. 2007; 3(3):247-257.
- Testa, M. *Pensar en Salud* Lugar Editorial 2005 Buenos Aires
- Verweij Marcel, Dawson Angus (2004) "Ethical principles for collective immunisation programmes" *Vaccine* 22 (2004) 3122–3126