



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



240700627022555805

"xxxx C/ xxxx S/ MEDIDAS
PRECAUTORIAS (art. 232 del CPCC)"
Expte.: SI-2802-2019 (J. 4)

Registro N° 135

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 10 días del mes Abril del Dos mil diecinueve se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Hugo O.H. Llobera y Jorge L. Zunino (art. 36 ley 5827), para dictar sentencia interlocutoria en el juicio: "**xxx C/ xxx S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS (art. 232 del CPCC)**" y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: doctores **Llobera y Zunino**, resolviéndose, plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es justa la resolución apelada?

VOTACION

A la cuestión planteada, el señor juez doctor Llobera dijo:

I. La apelación

Vienen las presentes actuaciones para su conocimiento en virtud de la apelación interpuesta en subsidio por xxxx y xxxx (fs. 67), contra la resolución del 28-2-2019 que los intimó a cumplir con el Plan de Vacunación Obligatoria y aplicar la vacuna BCG a su hijo xxxx. Caso contrario ello se cumplirá compulsivamente con intervención del Servicio Local de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes para el traslado del menor al Hospital de San Isidro en compañía de sus progenitores, con la colaboración y auxilio de la fuerza pública para el caso de ser necesario. Asimismo desestimó el recurso de nulidad interpuesto el

18-2-2019 (fs. 32 a 39).

II. Los antecedentes

El 10-2-2019 nació xxxx en el Sanatorio de la Trinidad de Palermo y sus progenitores se negaron a que se le aplique a su hijo la vacuna neonatal contra la hepatitis B y BCG (tuberculosis), para lo cual suscribieron especialmente las actas agregadas en copia a fs. 8 y 9.

Al ser dado de alta el niño se retiró con sus padres a su domicilio sito en la calle xxx de este partido de San Isidro (fs. 10). Esta circunstancia fue puesta en conocimiento por el Servicio de Neonatología de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces a través de la Dra. xxx (fs. 7 y 8).

El 15-2-2019 la Asesoría de Incapaces N° 2 departamental tomó intervención directa por el niño xxxx y solicitó como medida cautelar genérica, que se intimara a sus padres a dar cumplimiento con el Calendario Nacional de Vacunación como deber del ejercicio de su responsabilidad parental. Justificó su legitimación y citó jurisprudencia aplicable al caso (fs. 112 a 117).

Fue así que el 15-2-2019 el Juzgado emplazó para que en el término de las 48 hs. los progenitores adjunten constancia de haber aplicado a su hijo ambas vacunas: la BCG y la Hepatitis B (fs. 18)

El 19-2-2019 los demandados contestaron la intimación y adjuntaron certificado acreditando la aplicación de la vacuna contra la Hepatitis B. En cuanto a la BCG solicitaron la suspensión de términos para su cumplimiento atento encontrarse realizando un estudio de mutación genética sobre el sistema inmunológico de su hijo para determinar los efectos adversos que le pudiera producir

su aplicación. Sostienen que se encuentra científicamente probado que podría desarrollar daño cerebral y neurológico sobre el menor incluida la muerte súbita. Adjunta un certificado médico y fotos. Asimismo interpusieron recurso de nulidad por entender que la resolución ordena de manera compulsiva e intempestiva que se proceda a la vacunación de su hijo por fundarse en la obligatoriedad de cumplir con el calendario que establece la ley 27.491, sin considerar el grave riesgo que corre su hijo sin la realización previa de los estudios que determinen el riesgo que su aplicación causaría a su salud y sin brindarle la oportunidad de acreditarlo. Entiende que la pretensión no debió tramitarse por el procedimiento cautelar y que se violó el principio de congruencia por lo que entiende que el procedimiento se encuentra viciado (fs. 32 a 39).

La Asesora de Incapaces, al contestar el traslado, afirmó que la representación legal que ejercen los demandados no incluye la posibilidad de negarse a la realización de prácticas de atención médica a su hijo menor de edad sino que su interés superior y la preservación del derecho a la salud son las directrices a seguir si los progenitores no cumplen con los tratamientos que corresponden. Además, señaló que la no aplicación de la BCG en un plazo inmediato ocasionará que deban aplicarse todas las vacunas juntas: primera dosis de neumococo conjugada, quintuple pentavalente, IPV (polio) primera dosis y rotavirus. En lo que respecta al recurso de nulidad considera que la resolución atacada se dictó en el marco de un proceso cautelar comprobada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora lo que posterga la bilateralidad en atención a los intereses en juego y a la salud de un niño (fs. 43 y 44).

El 28-2-2019 se resolvió hacer efectivo el apercibimiento dispuesto el 15-2-2019 (fs. 18) atento el incumplimiento respecto a la aplicación de la vacuna BCG y se dispuso que en caso de incumplimiento ésta sea dada en forma compulsiva con la intervención del Servicio Local de Protección de Derechos del Niño a efectos del traslado del menor al Hospital de San Isidro en compañía de sus progenitores y desestimó el recurso de nulidad interpuesto. Para así decidir el Magistrado tuvo en cuenta el interés superior del niño y su protección mediante el dictado de medidas que lo protejan de una situación de riesgo frente a la actitud de sus padres que no cumplen con el Plan de Vacunación Nacional Obligatorio y en la ley 27.491 que tiene por objeto regular la implementación de una política pública de control de las enfermedades prevenibles por vacunación (fs. 45 a 48).

El 4-4-2019 el Secretario y la Auxiliar Letrada de esta Sala, se apersonaron en el Hospital Materno Infantil de San Isidro donde fueron recibidos por su Director y médico pediatra: Dr. xxx y por la infectóloga pediatra y vacunóloga Dra. xxx quienes explicaron los beneficios de cumplir con el Plan Nacional de Vacunación y en el caso particular de la aplicación de la vacuna BCG para prevenir la tuberculosis del sistema nervioso central o diseminada miliar, que pueden producir secuelas y letalidad en el niño (fs. 94 a 96).

IV. La solución

i. el recurso de nulidad

Esta Sala hará lugar a la nulidad siempre que el vicio de la resolución sea grave y conduzca a un estado de

indefensión para los impugnantes (Arazi, Roland Derecho Procesal Civil y Comercial, t. II, pág 62, editorial, Rubinzal-Culzoni, edición 2004).

Del análisis de la resolución del 28-12-2019 (fs. 45 a 48) no se observan vicios o defectos de forma o de construcción sino que el pronunciamiento fue dictado conforme a las circunstancias de autos cumpliéndose con los requisitos que dan sustento a las medidas cautelares como la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora (artículos 230 inciso 2do y 232 del CPCC).

A ello se suma que el mero desacuerdo con la vía procesal elegida, tampoco habilita el recurso de nulidad, ya que la Asesora de Incapaces inició este procedimiento cautelar atento la premura que el caso exigía, ante la negativa de los padres de aplicar a su hijo la vacuna neonatal BCG contra la tuberculosis.

Por los motivos expuestos la nulidad impetrada no puede prosperar.

ii. La solución

Partimos de la premisa que el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluta, sino que encuentra como límite el interés superior del niño (art. 3, C.D.N.) y tiene como finalidad la crianza y educación de los hijos (SCBA LP C 120054 S 1-6-2016 en autos "D.. B. ,K. M. J. y C. d. B. ,B. A. E. d. a; SCBA LP C 111870 S 6-10-2010 ": N.N. u U., V. s/Protección de personas"

En el caso de autos los padres de xxx nacido el 10-2-2019 se oponen a que se los obligue a vacunar a su hijo con la BCG sin antes haber recibido el resultado de los estudios de compatibilidad genética. Afirman que no se consideró el alto riesgo de mortalidad al que se expone a su

hijo de cumplirse con lo ordenado. Al presentar el memorial adjuntaron fotografías, la historia clínica de xxx y la opinión de un médico, Dr. xxx, que contraindica la aplicación de la vacuna BCG, atento que el menor padeció efectos adversos a la aplicación de la vacuna contra la hepatitis B; afirman, además, que la BCG no es efectiva en la prevención de la tuberculosis (fs. 51 a 76).

La ley 27.491 que derogó la ley 22.909 mantuvo sus lineamientos principales y los que la doctrina y la jurisprudencia venían perfilando sobre ella; en especial, a la obligatoriedad para todos los habitantes del país de aplicarse las vacunas incluidas en el plan oficial (art. 2 inc. a); a la prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular (art. 2 inciso c); a la responsabilidad de los padres, tutores, curadores, guardadores, representantes legales o encargados de los niños, adolescentes o personas incapaces, quienes son los responsables de la vacunación de las personas a su cargo (art. 10) y la facultad de la autoridad sanitaria para promover acciones tendientes a efectuar la vacunación, que van desde la notificación hasta su aplicación de modo compulsivo (art. 14). Además, expresamente declaró de interés nacional el sistema de vacunación (art. 3).

De manera que, en forma decidida, nuestro país optó por un régimen de prevención de ciertas enfermedades mediante un sistema de inmunización que instituyó la administración de vacunas a toda la población, de carácter obligatorio y contempló la posibilidad de disponer su cumplimiento coercitivo frente a la reticencia del sujeto obligado a la vacunación (SCBA, "NN u U., V.s/Protección de personas", del 6-10-2010, C 111.870).

Sobre el tema el director y pediatra del Hospital Materno Infantil de San Isidro, Dr. xxx y la infectóloga y pediatra Dra. xxx explicaron que todas las vacunas del calendario nacional previenen enfermedades graves o mortales motivo por el cual son provistas en forma gratuita por el Estado para la protección de la comunidad en su conjunto.

Luego de leer la Historia Clínica de xxx los especialistas explicaron que el niño no tiene ningún indicio clínico ni de laboratorio que sugiera inmunodeficiencia alguna que pudiera provocar un evento adverso con la aplicación de la BCG, ya que ésta cuenta con evidencia científica con respecto a su efectividad contra la tuberculosis grave.

Consideran que el hecho que el niño haya presentado un evento adverso leve, cuando recibió la vacuna contra la hepatitis "B", no tiene valor predictivo positivo para la presentación de efectos adversos a la vacuna BCG.

La Dra. xxx explicó que todas las vacunas pueden tener efectos contraproducentes y que en la mayoría de los casos son leves, frente a los beneficios que otorga su aplicación para la prevención de enfermedades.

Ambos expertos aclararon que en nuestro país se presenta un aumento del bacilo de la tuberculosis sobre todo en niños y adolescentes, con el consiguiente aumento de la mortalidad, según el Boletín Epidemiológico de Tuberculosis elaborado por la Secretaría de Salud de la Nación (Boletín sobre Tuberculosis en la Argentina, N° 1, año I- marzo-2018; www.msal.gob.ar).

Señalaron que todas las vacunas incluidas en el Calendario Nacional de Vacunaciones, entre ellas la BCG, son obligatorias por ley con el objetivo de brindar protección

personal y también resguardar a la comunidad en general. Por tanto considero que excede el interés individual.

El Capítulo destinado a la "Vacuna BCG", que se acompañó al acta, contiene recomendaciones para la vacunación confeccionadas por la Secretaría de Salud en conjunto con las Sociedades Científicas más prestigiosas del país, tales como "La Sociedad Argentina de Pediatría", "La Sociedad Argentina de Infectología", entre otras.

De manera que, la detenida lectura del acta obrante a fs. 94/95 y de la historia clínica incorporada, revela que no hay ninguna situación particular en la salud del niño que desaconseje la aplicación de las vacunas obligatorias o que xxxx b sea pasible de alguna patología que lleve a pensar que la aplicación de la vacuna BCG pueda ocasionar consecuencias que no sean los efectos leves que puede generarle la aplicación de cualquier vacuna contenida en el Plan obligatorio de Vacunación estatal, tal como lo expresaran los especialistas del Hospital Materno Infantil de San Isidro, frente al riesgo que implica no vacunar al menor.

Por lo tanto, si los padres se niegan a que se le suministre a su hijo la vacuna BCG, cuando ésta se encuentra dentro del "Plan Obligatorio de Vacunación Estatal", y de acuerdo al criterio médico, dicha vacuna resulta efectiva para prevenir la tuberculosis grave, su omisión se encuentra reñida por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061).

No debemos de olvidar que la Convención sobre los Derechos del Niño contiene la obligación 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 inciso 3), la primacía de su interés superior (art. 3 incis. 1); su derecho a la vida y la obligación de garantizar su supervivencia y desarrollo (art. 6).

Ello genera la responsabilidad estatal de protegerlo contra toda forma de perjuicio físico-mental, descuido o trato negligente (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 ello 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).

En el caso de autos la negativa de los padres de permitir que a su hijo se le aplique la vacuna BCG, habilita al Estado a disponer la vacunación compulsiva con la debida información y trato digno, tanto del niño como de su círculo familiar, atento el riesgo que implica no vacunar al menor, tanto para él como para el resto de la comunidad en general.

En función de lo expresado y lo dispuesto por los artículos, 18, art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 1, 3, 6, 23, 24, 25 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 15, 36 inciso 1, 2 y 171 la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 1, 2, 706 inciso c) y ccs del Código Civil y Comercial de la Nación; la ley 27.491; artículo 34, 36 y 232 del CPCC, voto por la **afirmativa**.

El señor Juez **Dr. Zunino** por los mismos fundamentos votó por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la

siguiente:

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede: se desestima el recurso de nulidad interpuesto y se confirma la resolución apelada del 28-2-2019 (fs. 45 a 48); con costas a los apelantes vencidos (art. 68 y 69 del CPCC).

Regístrese y devuélvase.

Hugo O. H. Llobera

Juez

Jorge L. Zunino

Juez

Santiago Juan Lucero Saá

Secretario