000089/2022

Comodoro Rivadavia, veintiséis de mayo de 2022.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"A. L. L. c/ F. A. C. N. s/ MEDIDA CAUTELAR", Expte. N° 89/2022**, venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte. N° 629/2020), por haber interpuesto la progenitora recurso de apelación contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2022.

La resolución impugnada hace lugar al pedido del actor y autoriza la inoculación de la vacuna anti covid de sus hijos menores de edad (SI n° 7/2022).

I. La recurrente en su memoria (ID 618709) expresa agravios en el punto II.- FUNDAMENTOS, 1),2) y 3) en los que critica los considerandos de la sentencia que enuncian la resolución de fecha 29/12/21. En dicha oportunidad la magistrada dispuso el cuidado compartido de ambos progenitores de los niños F.A y M.G.A con residencia principal en el domicilio paterno, se fijó pautas respecto del régimen de comunicación materno filial y se instó a las partes a pacificar el conflicto familiar.

En el inciso 4) se agravia contra la autorización otorgada para inocular a sus hijos menores de edad contra el Covid. Reitera su oposición y argumentos expuestos contra la inoculación de niños menores de edad. Manifiesta que se trata de una fórmula experimental transgénica que no es obligatoria. Señala que se conculcan los arts.58 y 59 del CCyCom. Solicita se revoque la decisión y se disponga la suspensión preventiva y provisoria de la inoculación contra Covid 19 hasta tanto el Estado Provincial brinde información veraz y pública, de manera de obtener consentimiento

informado y de dar instrucciones de no darla en caso de oposición de cualquiera de los progenitores. Hace reserva del caso federal.

El actor contesta el traslado y solicita el rechazo del recurso (ID 630808).

La Asesora de Familia contesta la vista conferida, ratifica lo dictaminado con anterioridad y sugiere el rechazo del recurso (ID 661341).

Es sabido que el objeto de la apelación es la decisión contenida en la sentencia, que se ubica generalmente en la parte dispositiva, que forma la norma particular que resuelve el conflicto.

Los considerandos que motivan la sentencia no son en principio apelables, pues no generan agravio. Sobretodo, cuando estos solo contienen referencias o remiten a actuaciones anteriores que están firmes.

En el caso, la enunciación de la resolución de fecha 29 de diciembre de 2021 y de su contenido en el punto I.- de los "Considerandos" no genera agravio en virtud que solo es un relato de los antecedentes; ergo, no es apelable.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la medida dictada el 29 de diciembre de 2021, no fue impugnada en su oportunidad y se encuentra vencida, no surgiendo de autos el dictado de prórrogas, por lo que la cuestión deviene abstracta.

Conforme lo expuesto, el único agravio actual es la queja por la autorización otorgada para que los hijos menores de edad sean inoculados contra el Covid 19, cuestión a la que la progenitora se opone.

El caso involucra el derecho a la salud de dos personas menores de edad. Como sabemos, los niños

tienen reconocido el derecho a la vida y a la salud en la Constitución Nacional en forma implícita (art.33) y de manera explícita (art.75, inc.22). La Corte Suprema de la Nación sostuvo en reiteradas ocasiones que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida cuya prioridad no puede discutirse.

La protección del derecho a la salud, según nuestro más alto tribunal, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria. Es sabido que nuestro país asumió compromisos internacionales dirigidos a promover y facilitar las prestaciones de salud que requieran los niños, niñas y adolescentes, las que reconoció como derechos en el art. 75, inc. 22, de la CN —art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño- y no puede desligarse de esos deberes con fundamento en la circunstancia de estar los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado de sus padres. Dentro de ese bloque de protección a las personas menores de edad, adquiere relevancia el artículo 24 de la CDN, que obliga a los Estados Partes a reconocer el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud y establece que dichos estados se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

En función de ese compromiso internacional que nuestro país asumió, el legislador nacional sancionó la ley 26.061 sobre protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, cuyo artículo 14 establece que los organismos del Estado deben garantizar el acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad, tienen derecho a recibir atención integral de salud, asistencia médica necesaria y acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud (en este sentido: CNCiv Sala M "C.M.A c/R.J.D s/ autorización" 29/ marzo/2022).

La recurrente intenta demostrar con artículos científicos minoritarios y con su opinión, la inconveniencia de la vacunación de sus hijos contra el COVID 19 pero, no refuta los fundamentos del fallo. La magistrada señaló que los hijos menores de edad de los litigantes son sujetos vulnerables, que es necesario proteger su derecho a la salud ante la pandemia provocada por Covid, citó normas internacionales y nacionales, tuvo en cuenta lo dictaminado por la Asesora de Familia y la prescripción médica de la profesional tratante de los niños, demostrando la inadmisibilidad de generar un debate científico inútil en sede judicial sobre la conveniencia de la vacuna.

La jurisprudencia y doctrina sostienen que no es función de los tribunales determinar si una alternativa u otra es probablemente la más efectiva para la protección del público contra una enfermedad. Ello

corresponde a otros poderes del estado, a la luz de la información que tuvo o pudo obtener, conforme nuestro sistema republicano de gobierno.

La Corte Suprema, en cuanto sostuvo que no cabe que los jueces se sustituyan en el criterio técnico de la administración en ejercicio de su poder de policía sanitaria, puesto que es aquella la que cuenta con los recursos humanos y técnicos para el cumplimiento de su deber de salvaguardar la salud pública y que cuando las normas evidencian la voluntad de constituir una política sanitaria para asegurar un riesgo tuitivo en lo que concierne a la protección de la salud, la oportunidad, mérito y conveniencia resulta totalmente ajena al juicio del Poder Judicial por el principio republicano elemental de división de poderes (ver fallo citado).

En relación a que la vacunación contra Covid no es obligatoria, cabe tener en cuenta lo señalado por el Ministerio de Salud Nacional respecto a la existencia de consenso entre expertos, sociedades científicas, sociedades civiles y autoridades sanitarias sobre la importancia de la vacunación de los niños/adolescentes en edad escolar en el Plan Estratégico de vacunación contra Covid 19 en el país a fin de lograr la inmunidad de la población en general y en especial, la protección de este grupo etario (entre 3 y 11 años), habiendo la Sociedad Argentina de Pediatría expresado su opinión en apoyo de la vacuna.

Debemos reiterar que en caso el interés superior de los niños prevalece y debe priorizarse sobre el de los adultos en caso de conflicto. En este sentido, se ha considerado que la regla jurídica del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ordena

sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derechos de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres, por más legítimos que estos resulten.

De esa forma, debe priorizarse el interés de los menores y su derecho a la salud, frente a las inquietudes científicas de la progenitora.

La recurrente cita el Tratado de Nüremberg arts. 52 y 59, para fundar su postura y oposición de que se realicen investigaciones o experimentos sobre sus hijos, pero, como se señaló las autoridades sanitarias y la O.M.S han aprobado las vacunas contra el Covid y han dado seguridad sobre las mismas.

La ley 27.491, regula la implementación de una política pública de control de las enfermedades prevenibles por vacunación (art.1°), declara de interés nacional a la vacunación, entendiéndose por tal a la investigación, vigilancia epidemiológica, toma de decisiones basadas en la evidencia, adquisición, almacenamiento, distribución, provisión de vacunas, asegurando la cadena de frío, como así también su producción y las medidas tendientes a fomentar la vacunación en la población y fortalecer la vigilancia de la seguridad de las vacunas (artículo 3°) e indica que la autoridad de aplicación será establecida por el Poder Ejecutivo Nacional coordinando su accionar con las autoridades jurisdiccionales competentes y los organismos con incumbencia en la materia (art.5°).

La ley 27.573, art. 1°, declara de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición

de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19 en el marco de la emergencia sanitaria establecida por la ley 27.541 y ampliada por el decreto 260/20, su modificatorio y normativa complementaria, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con relación a la mencionada enfermedad. Autoriza a los organismos competentes a realizar la aprobación de emergencia de las vacunas, con el debido respaldo de la evidencia científica y bioética que permita comprobar su seguridad y eficacia (art.9°).

Por ello, si la autoridad sanitaria ha encontrado el debido respaldo científico para comenzar con la campaña de vacunación a los menores de edad, no cabe en sede judicial debatir sobre la oportunidad, mérito y conveniencia de esa decisión, que también ha sido adoptada en beneficio del resto de los integrantes de la comunidad.

La oposición de la madre debe ser rechazada en virtud que, ante el conflicto entre ambos progenitores debe priorizarse el derecho a la salud de los niños y su interés superior y proceder a su vacunación ante las recomendaciones de las autoridades sanitarias.

La negativa genérica de la progenitora no alcanza a enervar los fundamentos de la decisión. Recordemos que criticar no es lo mismo que disentir, lo primero consiste en un ataque directo y concreto de la fundamentación del fallo, lo segundo, solo expone desacuerdo o disconformidad con lo resuelto. La reiteración de argumentos y la remisión a presentaciones anteriores no constituye crítica objetiva de la decisión que se recurre.

Conforme todo lo expuesto, se rechaza el recurso de la progenitora y se confirma la decisión de fecha 21 de febrero de 2021 en cuanto fuera materia de recurso.

III.-Las costas se imponen a la recurrente vencida (arts. 69 y 70 CPr).

Se regulan los honorarios profesionales teniendo en cuenta la etapa del proceso, naturaleza, labor desarrollada y éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 32,13,29 y ss Ley XIII 4 y 15).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación de la demandada contra la resolución de fecha 21 de febrero de 2021, la que se confirma en cuanto fuera materia de recurso.

2) Imponer las costas de segunda instancia a la recurrente vencida.

3) Se regulan los honorarios del Dr. M. D. T. en 4 jus y los de la Dra. C. A. M. en 2 jus.

4) Tener presenta la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° 222 DEL AÑO 2022

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS