

**POSIBILIDAD DE EXIGENCIA DE LA
VACUNACIÓN CONTRA LA COVID 19 EN
EL ÁMBITO LABORAL.**

Ab. Amorina Úrsula TESTINO

Agosto de 2021

POSIBILIDAD DE EXIGENCIA DE LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID 19 EN EL ÁMBITO LABORAL.

Dedicado a mi hermana Sofía, a mi cuñado Lisandro, y a los y las que, como ellos, exponen sus vidas a diario desde marzo de 2020, intentando salvar las de sus pacientes.

I.- INTRODUCCIÓN.

Si hubo algo que modificó nuestras vidas en los últimos tiempos, sin duda fue la pandemia de COVID-19- Sars Cov 2 que el mundo entero atravesó y atraviesa, sufriendo el impacto que esta enfermedad ocasiona en la población.

Las más sencillas actividades cotidianas se han trastocado; la forma de trabajar, el desplazamiento en el transporte público, la manera de educarse, la obligatoriedad del uso de tapabocas, la imposibilidad de efectuar reuniones sociales multitudinarias, la forma de despedir a quienes no lograron superarla y hasta la inveterada costumbre de compartir el mate y abrazarnos se han alterado.

A nivel mundial se invirtieron millones en medidas tendientes a evitar que la pandemia se transforme en tragedia, pese a lo cual la cifra de fallecidos y fallecidas es impactante, al punto que casi todos tenemos alguna persona cercana que murió por esta causa.

Las resoluciones tomadas por los distintos países no sólo se centraron en lo sanitario, sino que se destinaron miles de recursos en intentar sostener la economía y los puestos de trabajo, atento el impacto que las medidas de cuidado y distanciamiento provocaron en todo el planeta y sin distinción de sistema económico imperante, pese a las cuales igualmente la crisis económica afectó y afecta a la mayor parte de las naciones.

La rápida aparición de vacunas para combatir el virus permitió avizorar una salida al sombrío panorama. Y digo rápida, porque la ciencia consiguió en menos de un año lo que en otras enfermedades que afectan a gran parte de la población, -como el HIV, para dar un ejemplo-, aún no ha podido lograr.

Sin embargo, algunos individuos o grupos de individuos, se resisten a la inmunización a través de la vacunación, y ello unido a la dispar distribución

y posibilidad de acceso a las dosis, ocasiona que se generen nuevas variantes que amenazan con estirar los tiempos de control de la pandemia.

En este contexto, surge a nivel mundial y nacional el debate acerca de la posibilidad de establecer la obligatoriedad de la vacunación, y las controversias que ella trae aparejada.

A través de este trabajo, es mi intención explicitar los fundamentos por los que entiendo que, una vez aprobadas definitivamente en nuestro país por los organismos pertinentes las vacunas existentes, no sólo es jurídicamente posible a nivel nacional, sino también conveniente y necesario establecer la obligatoriedad de la vacunación, a fines de controlar definitivamente el flagelo que afecta de manera inusitada nuestras vidas, haciendo especial énfasis de esta cuestión en el ámbito laboral.

En particular, abordaré el tema de las medidas de prevención de riesgos a la salud derivados de la COVID-19 y la aparente tensión entre la obligatoriedad de la vacunación, -de así disponerse-, y las libertades individuales de los ciudadanos, con especial atención al ámbito laboral.

Asimismo, haré referencia a las posibles consecuencias que, si la vacunación se establece como obligatoria, pueden verificarse ante aquellos que se negaren igualmente a inocularse y cuáles en el caso que continúe siendo voluntaria.

II.- A) LA PANDEMIA DE COVID-19 SARS COV 2 Y LAS MEDIDAS TOMADAS POR ARGENTINA CON IMPACTO EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO.

Como dijera anteriormente, el concierto de las naciones, y nuestro país en particular, debieron tomar innumerables medidas sanitarias y económicas a los fines de preservar la salud de la población, por un lado, y de evitar que la economía colapse con las consecuencias que ello podría significar para las y los habitantes.

Señalaré, a simple título ejemplificativo, algunas de las disposiciones normativas relacionadas con el trabajo y el empleo que se adoptaron en

nuestro país, a fines de demostrar los numerosos recursos destinados por el Estado (todos y todas) puestos en pos del bien común ¹:

1) Creación del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción (ATP), con el objetivo de morigerar el impacto económico de la emergencia sanitaria y contener la merma de la actividad productiva que afecta de manera inmediata a las micro, pequeñas y medianas empresas. El programa —destinado tanto a empleadores/as como a trabajadores/—, consiste en la postergación o reducción de hasta el 95% del pago de contribuciones patronales, la asignación compensatoria al salario para trabajadores/as a cargo del Estado, un sistema integral de prestaciones por desempleo y la asistencia a través del Programa de Recuperación Productiva (REPRO). El programa fue ampliado, extendiendo el universo de sujetos alcanzados y los beneficios comprendidos, incorporando créditos a tasa 0 para monotributistas y autónomos, un salario complementario para los trabajadores en relación de dependencia del sector privado (50% a cargo del Estado) y un sistema integral de prestaciones por desempleo. La segunda etapa del Programa previó el pago de salarios complementarios y contribuciones patronales, con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino, teniendo en cuenta los esquemas sanitarios territoriales para determinar los topes salariales correspondientes. A su vez, la medida extendió el beneficio de Créditos a Tasa Cero hasta el 31 de julio de 2020. Al 20 de mayo de 2020, de las 600 mil empresas que había en el país, 500 mil se habían comunicado para solicitar la ATP. El Estado nacional aprobó el pago de parte del salario de abril de 2020 de 2,2 millones de asalariados que trabajan en 247 mil empresas. Alrededor del 85 por ciento de los beneficiarios de la ATP estuvieron cubiertos en al menos la mitad de su salario. En las empresas de menos de 25 empleados, la ATP cubre en promedio el 70 por ciento del salario neto. Decreto 332/2020. Ampliado por Decreto 376/2020) y por Decreto 323/21.

2) Reducción de un 95% de la alícuota a los empleadores correspondientes a las actividades relacionadas con la salud, en lo que respecta a las

¹ <https://www.argentina.gob.ar/economia/medidas-economicas-COVID19>

contribuciones patronales con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y al Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias. Decreto 300/2020, prorrogado por Decreto 545/2020.

3) Refuerzo para el seguro de desempleo pasando a un mínimo de \$6.000 y un máximo de \$10.000. (Decreto 322/20 y 323/21).

4) Lanzamiento de una línea de créditos blandos por unos \$ 350.000 millones para la producción y el abastecimiento de alimentos e insumos básicos.

5) Otorgamiento de \$ 25.000 millones en créditos del Banco de la Nación Argentina a tasa diferencial para productores de alimentos, higiene personal, limpieza e insumos médicos.

6) Prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor. La prohibición fue decretada inicialmente por 60 días el 31 de marzo de 2020 y extendida posteriormente hasta el 31/12/2021. Decreto 329/2020 y sus prórrogas.

7) Ampliación del plazo de emergencia ocupacional - doble indemnización frente a despidos. Decreto N° 329/20 y sus prórrogas.

8) Financiación por \$ 8.000 millones para la producción de equipamiento tecnológico a fin de garantizar la modalidad de teletrabajo y \$ 2.800 millones para infraestructura en los parques industriales.

9) Creación del Programa Nacional de Inclusión Socio-Productiva y Desarrollo Local “Potenciar Trabajo” que reúne a los programas “Hacemos Futuro” y el “Salario Social Complementario” que incluye a mujeres y hombres mayores de 18 y menores de 65 años y prevé un salario social complementario para los titulares individuales y créditos. Implica formación, terminalidad educativa y certificación de competencias; y contempla la creación de unidades productivas para que las personas puedan poner en marcha, reactivar, consolidar o mejorar iniciativas individuales o colectivas, urbanas o rurales. Asimismo, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación dispuso el pago de un refuerzo de 3000 pesos para quienes forman parte del programa “Potenciar Trabajo” y no percibieron el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE) creado por el Gobierno nacional para hacer frente a la

pandemia. (Resolución 121/2020, MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL)

10) Incorporación de la COVID 19 como enfermedad profesional no listada y su cobertura como tal por parte de las ART. (Decretos Nacionales 367/2020, 39/2021 y 266/2021).

Como dijera inicialmente, la enumeración que antecede es simplemente ejemplificativa y tiende a ilustrar el esfuerzo económico estatal que implica la lucha contra la pandemia, aunque el listado es enormemente mayor, y éste solamente refiere a medidas relacionadas con el empleo.

A esta inversión de recursos públicos, deben añadirse las importantísimas sumas de dinero que debieron desembolsar o dejar de percibir los actores del sector privado al afrontar esta situación pandémica extraordinaria.

Desde el cierre de los comercios, industrias, estudios y otros centros de producción que afectó y aún afecta a algunos sectores con la imposibilidad absoluta de desarrollar sus actividades, y que obligaron a muchos de ellos a “reconvertirse” o, incluso, salir del mercado de manera definitiva, hasta la modificación de los horarios de trabajo, la diagramación de turnos de labor, la instalación casi generalizada del teletrabajo, la necesidad de transportar a los empleados y empleadas vedadas del uso del transporte público, pasando por la adecuación de los espacios laborales para impedir aglomeraciones de personas no deseados, la instalación de medidas de higiene extraordinarias, el suministro de equipamiento de seguridad, la necesidad de afrontar el pago de las licencias a los trabajadores y trabajadoras considerados “de riesgo” y de aquellos que se contagiaron, hasta afrontar el pago del impuesto a las altas fortunas, implicaron para los privados volcar millones de pesos en situaciones no previstas en pos de continuar de la mejor manera posible el desarrollo de las actividades comerciales, industriales y de servicio.

Y, sumado a todo lo anterior, el enorme esfuerzo que realizaron y realizan los trabajadores y trabajadoras, quienes también debieron soportar las consecuencias devastadoras desde lo económico, -amén de lo social y familiar, obviamente-, ya sea debiendo adaptarse a los cambios que implicó el trabajo remoto, aceptando en algunos casos acuerdos que disminuían sus

haberes de manera momentánea, perdiendo otros sus fuentes de empleo y, en el caso de aquellos y aquellas que vivían de “changas” o empleos no formales, viendo reducida a la mínima expresión la posibilidad de acceder a su sustento.

Y, como dije, la lista sigue y es tan amplia y personal como habitantes del país haya.

II. B) LA VACUNACIÓN. SU EFECTIVIDAD.

Desde que se tuvo conocimiento de la disponibilidad de vacunas, nuestro país realizó convenios con distintos laboratorios en procura de conseguir las dosis necesarias, aprobando de emergencia aquellas que se aplicarían a la población.

Acerca de la efectividad de la vacunación, informa el Ministerio de Salud de la Nación que realizó un primer análisis sobre la confirmación de COVID-19 en personas vacunadas en Argentina, en el que observó que menos del 0,2% de los vacunados con primera o segunda dosis fueron notificados como COVID-19 positivos transcurridos por lo menos 14 días de aplicada la primera dosis. Además, al momento, constató que sólo fallecieron el 0,0005% de las personas que recibieron una dosis y no se han registrado personas fallecidas entre aquellas vacunadas con dos dosis de vacuna.

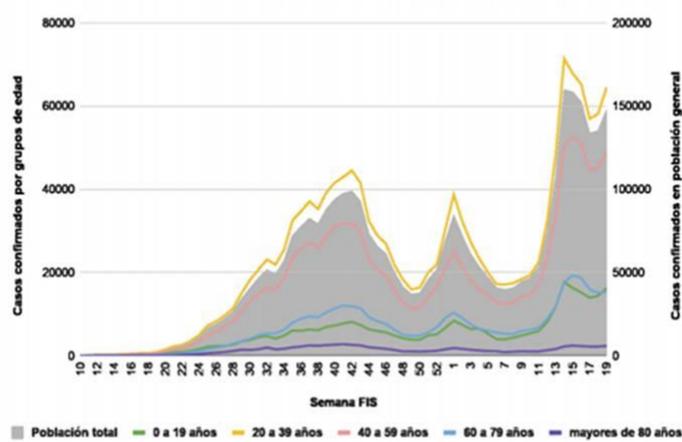
Según el análisis preliminar de los datos del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud (SNVS) y los datos del Registro Federal de Vacunación Nominalizado (NomiVac) al 26 de marzo de 2021, de las 2.824.344 personas vacunadas con primera dosis, 4.212 se notificaron como casos de COVID-19 transcurridos al menos 14 días de la aplicación de la primera dosis (0,15%) y 15 personas de entre 61 y 94 años se informaron como fallecidos (0,0005%). En cuanto a las 650.071 personas vacunadas con esquema completo, es decir con las dos dosis, 1003 se enfermaron luego de los 14 días de la segunda dosis representando un 0,15%. No se han registrado personas fallecidas entre aquellas vacunadas con dos dosis de vacuna.

Cabe destacar que la mayor protección que brindan las vacunas, y el objetivo principal del Plan Estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en Argentina, es reducir las hospitalizaciones, las formas graves y la

mortalidad causada por coronavirus en nuestro país. El dato, va en línea con los estudios internacionales que demuestran que la eficacia de las vacunas es elevada al prevenir la infección por SARS-CoV-2 en un alto porcentaje, el cual se encuentra entre el 70 y 90%, de acuerdo a cada vacuna. Es decir, ante la infección, las vacunas permiten un tránsito por la enfermedad de leve a moderado.²

Las siguientes gráficas también demuestran la efectividad de la vacunación:³

FIGURA 1
Casos confirmados por grupos de edad y semana epidemiológica (SE) de fecha de inicio de síntomas (FIS)*. Argentina. SE 10/20 a SE 19/21.



² <https://www.argentina.gob.ar/noticias/menos-del-02-por-ciento-de-las-personas-vacunadas-contra-el-sars-cov-2-contrajeron-covid-19>

³ <https://www.medicinabuenaaires.com/coronavirus-incidencia-mortalidad-y-vacunacion/>

FIGURA 2

Proporción sobre el total de muertes por grupo etario, según SE de fallecimiento. Total país.

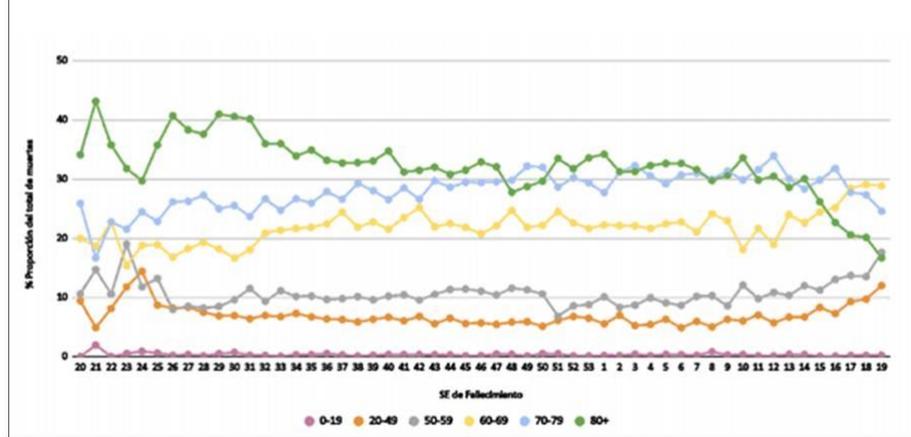


FIGURA 3

Letalidad %

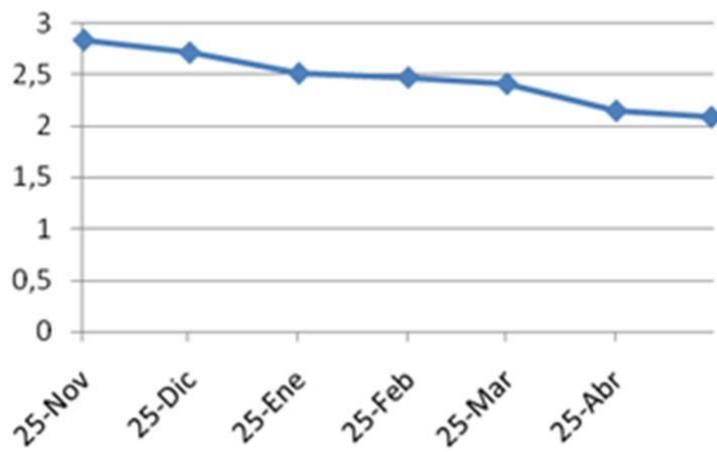
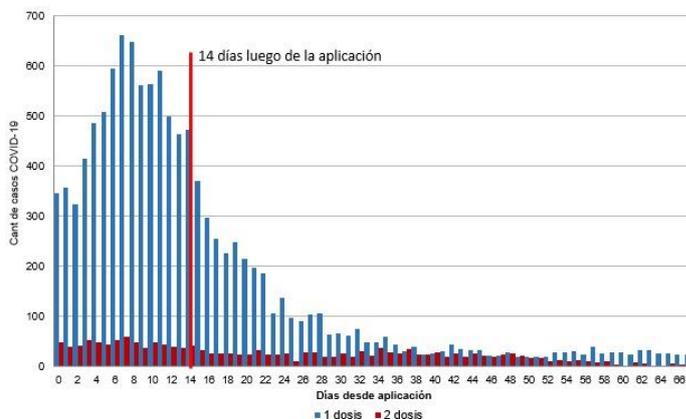


Tabla 1: COVID-19. Letalidad por grupos etarios comparada, año 2020 y 2021

GRUPO DE EDAD (AÑOS)	LETALIDAD (%) 2020	LETALIDAD (%) 2021
0 - 9	0.1	0.1
10 - 19	0.1	0.0
20 - 29	0.1	0.0
30 - 39	0.2	0.1
40 - 49	0.6	0.4
50 - 59	2.2	1.2
60 - 69	8.1	4.2
70 - 79	19	10.7
80 - 89	30.7	19.2
90 o más	35.1	27.3

Casos confirmados de COVID-19 en personas vacunadas según días post aplicación y número de dosis



III. LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA: MARCO LEGAL.

III.A) FACULTAD DEL ESTADO DE LIMITAR LOS DERECHOS INDIVIDUALES POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO.

Quienes sostienen que no podría ser obligatoria la vacunación contra la COVID-19 invocan el derecho a la disposición del propio cuerpo, protegido constitucionalmente.

Entiendo que olvidan que, conforme lo dispone la misma Carta Magna, los derechos no son absolutos, sino que se ejercen conforme las leyes que regulan su ejercicio. Al decir de la CSJN, "*los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional no son absolutos, y su ejercicio están sometido a las leyes que los reglamenten las que, si son razonables, no pueden impugnarse como inconstitucionales, dependiendo su razonabilidad de que se adecuen al fin perseguido por la reglamentación, que no ha de adolecer de una iniquidad manifiesta*" **CSJN, Fallos 303:1185.**

Esa facultad de restricción de los derechos individuales a través de la ley en pos del interés público, conocida como “poder de policía”, aunque controvertida en cuanto a la terminología, es definida por Cassagne como: «*El poder de policía refleja la extensión de la potestad del Estado para establecer limitaciones a los derechos privados, siempre con la finalidad de satisfacer un fin inherente al bien común*». ⁴

Ya en el fallo *Saladeristas de Barracas*, del año 1887, la Corte Suprema se expidió sobre la posibilidad de limitar derechos individuales por razones de salubridad pública en estos términos: “*(...)los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública (...)*” (El subrayado me pertenece). **CSJN. Fallos 51:274-Saladeristas de Barracas.**

La única limitación estatal a esta facultad está dada, por un lado, por la imposibilidad de regular las acciones privadas de los hombres que de manera alguna comprometan que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (art. 19 de la CN) y, por el otro,

⁴ Derecho Administrativo. Juan Carlos Cassagne, Edit. Abeledo Perrot. 9na edición.

por la necesaria razonabilidad entre el fin buscado y el medio empleado, requisito común a toda actividad del Estado.

III. B) LA LEY 27491: SUS DISPOSICIONES.

La Ley 27.491 es la norma que regula la vacunación en Argentina, estableciendo la obligatoriedad y gratuidad de aquellas que integran el calendario de vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica.⁵

Ingresado en la H. Cámara de Diputados de la Nación como Proyecto de Ley bajo el Expediente 0972-D-2018, obtuvo media sanción en dicha Cámara el 05/12/2018 y luego fue sancionado en forma definitiva como ley en el Honorable Senado de la Nación el 12/12/2018.

La norma establece las bases de una política pública de control de enfermedades prevenibles por vacunación reconociendo la importancia que tiene para la sociedad estar vacunado, no solamente por la propia salud, sino por el bienestar de la comunidad. En esa inteligencia la ley no aparece como una acción aislada, sino como una regulación que se enmarca dentro de las directrices estructuradas por las políticas regionales y globales de lucha contra enfermedades prevenibles, y de países y organismos internacionales que en pos del mismo objetivo, han procedido a actuar en forma conjunta, en función de que la cobertura universal de vacunas logra disminuir las tasas de mortalidad y morbilidad causadas por las enfermedades inmunoprevenibles, generando a su vez el compromiso de su erradicación, eliminación o control de las mismas.

Se destaca el carácter del bien social de la vacunación, el carácter gratuito y el objetivo de equidad social que, por la universalidad de su aplicación, implica; por su parte este alcance conlleva necesariamente a la obligatoriedad para la aplicación de las vacunas para todos los habitantes, según los rangos de edad y población expuesta, acciones en la que debe

⁵ Ley 27.491. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318455/norma.htm>

considerarse la prevalencia de la salud pública por sobre los derechos personalísimos. También integran el carácter de bien social otros aspectos como la disponibilidad de vacunas, servicios de vacunación e insumos, en los que están involucrados el Estado y en alguna medida, todos los sectores de salud.

La política pública de control de enfermedades prevenibles por vacunación que se enuncia en el art. 1° de la norma se funda en los siguientes principios contenidos en el art.2°:

- Gratuidad de las vacunas y del acceso a los servicios de vacunación, con equidad social para todas las etapas de la vida;
- Obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas;
- Prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular;
- Disponibilidad de vacunas y de servicios de vacunación;
- Participación de todos los sectores de la salud y otros vinculados con sus determinantes sociales, con el objeto de alcanzar coberturas de vacunación satisfactorias en forma sostenida.

Así, la vacunación se declara de interés nacional (art. 3°), estableciéndose la obligatoriedad para todos los habitantes del país de aplicarse las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación que se establece en el art. 6°, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica, conforme a los lineamientos que establezca la autoridad de aplicación (art. 7°).

Las mismas también son obligatorias para todas las personas que desarrollen actividades en el campo de la salud que tengan contacto con pacientes, ya sea en establecimientos públicos o privados, y para aquellas personas que realicen tareas en laboratorios expuestas a muestras biológicas que puedan contener microorganismos prevenibles a través de vacunas (art.8°).

Se establece el requerimiento del Calendario, a fin de constatar el cumplimiento del mismo, en las siguientes circunstancias (art. 13):

- Ingreso y egreso del ciclo lectivo tanto obligatorio como optativo, formal o informal;

– Realización de los exámenes médicos de salud que se llevan a cabo en el marco de la ley 24.557 de riesgos del trabajo;

– Tramitación o renovación de DNI, pasaporte, residencia, certificado prenupcial y licencia de conducir;

– Tramitación de asignaciones familiares conforme la ley 24.714 y de asignaciones monetarias no retributivas, cualquiera sea su nombre, estipuladas por normas vigentes.

En ese sentido se prevén dos medidas a fin de evitar el incumplimiento del Calendario: por una parte, el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 7°, 8°, 10 y 13 de la ley genera acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, las cuales irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva (art. 14) y por otra se establece que todo miembro del equipo de salud que de manera injustificada se negare a cumplir con las obligaciones previstas en la ley, o falsificare el carnet unificado de vacunación o cualquier documento que acredite la vacunación, será pasible de las sanciones que determine la autoridad de aplicación (art. 15).

Por último, la ley dispone un régimen sancionatorio en los artículos 29 y 30. En primer lugar (art. 29), el legislador determina los supuestos pasibles de infracción, o sea el incumplimiento de lo previsto en los artículos 15, 20 y 22, referidos a los deberes correspondientes a los miembros del equipo de salud, a todos los efectores de salud, cualquiera sea su figura jurídica y quienes apliquen vacunas por fuera de los establecimientos habilitados y de las actividades extramuros comprendidas en el marco de acciones complementarias implementadas en coordinación con las diversas jurisdicciones, respectivamente.

Como se desprende de la síntesis efectuada, en nuestro país la vacunación, -considerada como un bien social-, es obligatoria en tanto y en cuanto se encuentre incorporada en el calendario de vacunación, sea recomendada por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo o sea indicada en una situación de emergencia epidemiológica, prevaleciendo el interés general sobre los derechos individuales de los ciudadanos, y estableciendo consecuencias para el caso de incumplimiento.

Importa aclarar que además de las leyes nacionales, existen otras de carácter internacional que con la reforma de 1994 tienen jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en algunos de sus artículos se refiere a la salud colectiva. Por ejemplo:

“Art 12. Libertad de Conciencia y de Religión. Inc. 3 La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

“Art 19 Derecho del Niño. Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado.

Art 32 Correlación entre Deberes y Derechos.

- Inc. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

- Inc. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.” (Ley N° 23.054 Año 1984).”

En estas normas correspondientes a la Convención Americana podemos observar que la libertad es un derecho indiscutible pero que el mismo posee diferentes limitaciones, a saber: la seguridad, el orden, la moral y el derecho del resto de las personas.

Ninguna duda puede caber entonces, que no existe impedimento alguno, -desde lo normativo-, para determinar la obligatoriedad de la vacunación contra la COVID-19 habida cuenta la situación de emergencia epidemiológica que innegablemente atravesamos.

III. C) LA OBLIGATORIEDAD DE LA VACUNACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

La jurisprudencia argentina no ha sido ajena a la temática en cuestión. Existen diferentes fallos en nuestro país y aunque hay algunas opiniones minoritarias disidentes en algunos puntos, la gran mayoría tiende a rechazar

a la no vacunación fundamentándose en la salud pública, el interés superior del niño y el interés colectivo.

El primer caso que traigo a referencia corresponde al N.N. o U.,V., un niño nacido el 2 de septiembre de 2009 en Mar del Plata, cuyos padres rechazaron la vacunación correspondiente a esa edad. El tribunal Colegiado de Instancia Única del fuero de Familia N° 1 de Mar del Plata desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por la Asesoría de Incapaces y confirmó la sentencia por la cual se intimó a los padres a concurrir a un hospital público para que los padres fueran informados de los riesgos de no vacunar al menor. Por último, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario de nulidad y admitió el de inaplicabilidad de la ley, revocó la sentencia y dispuso que la causa vuelva a la instancia de origen, por lo tanto se resolvió, por mayoría intimar a los padres del menor a que en el plazo perentorio de dos días acrediten el cumplimiento del Plan de Vacunación Oficial correspondiente en ese momento a la ley 22909, bajo apercibimiento de llevarlo a cabo de manera coercitiva. Los magistrados que intervinieron en dicho fallo fueron: Hitter, Negri, Genoud, de Lazari y Soria.

Se señala en el fallo que, en cuanto a los menores, la ley 22909, vigente al momento de dictarse la sentencia, instituyó el “Régimen General para las Vacunaciones contra enfermedades prevenibles por ese medio” donde se impone el deber de vacunación a cargo de los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces que serán responsables con respecto a las personas a su cargo. En lo que refiere al alcance de la obligatoriedad los jueces manifiestan que el perfil obligatorio de la inmunización dispuesta por la ley antes mencionada no colisiona con el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud. El carácter imperativo del régimen constituye una excepción no incluida expresamente a la exigencia del consentimiento informado, sin embargo, no desplaza otras directivas el régimen de Derechos de los Pacientes tales como los derechos a recibir un trato digno y respetuoso, ni a recibir una información necesaria.

En cuanto a las opiniones en disidencia, el doctor Negri indicó que la decisión de los padres del menor de oponerse a que éste reciba las vacunas previstas en el Plan de Vacunación, se trata de una actitud deliberada, racionalmente asumida y libremente decidida en el núcleo de una familia, sin que se advierta transgresión alguna al orden público, 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.

Sin embargo y pese a ésta última opinión la mayoría determinó que los padres no pueden, frente a una norma imperativa del Estado destinada a prevenir cierto tipo de enfermedades, que una vez contraídas pueden producir secuelas irreversibles, exponer a sus hijos a padecerlas por una elección que los convence pero que excede el ejercicio de la autoridad parental. Asegurar la salud es un deber del Estado y es que donde encontramos la colisión entre la autonomía de los padres a elegir el sistema de salud con que protegerán a sus hijos y la obligación del Estado de garantizar el acceso a la misma de todos los niños. **“N. u. U., V.s. / Protección de personas” C 111.870, 6 Octubre de 2010 del Tribunal Superior de Justicia Buenos Aires.**

Este fallo fue elevado a la Corte Suprema de Justicia que también tuvo un pronunciamiento al respecto. En el recurso extraordinario los apelantes señalan que la decisión impugnada incurre en un perfeccionismo y/o paternalismo incompatible con el principio de autonomía de la persona y que la sentencia no valora los principios constitucionales al presumir que generan riesgos para su hijo y para terceros en caso de no vacunárselo pero que no conectan directamente con ninguna situación de emergencia sanitaria o epidemiológica. La corte admitió el recurso, pero aclaró que, por tratarse de una norma del derecho federal, ella no se encuentra limitada en su decisión a seguir los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, por lo tanto veremos algunas de los argumentos esgrimidos en el fallo dictado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Fayt, Zafaroni y Petracchi.

Con respecto a la decisión de los padres la Corte declara que no puede considerarse una de las acciones privadas contenidas en el art. 19 de la Constitución ya que dicha decisión afecta los derechos de terceros, poniendo

en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, ya que la vacunación no alcanza solo al individuo que la recibe, sino que incide en la salud pública cuyo objetivo primordial es el de reducir y/o erradicar los contagios de la población. Además, se cita lo mencionado en un informe elaborado por la Organización Mundial de la Salud que afirma “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...” Por lo que, atendiendo al interés superior del niño, considerando la regla del art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño sobre otros sujetos individuales o colectivos e, incluso el de los propios padres. Y concluye que la no vacunación del menor lo expone a contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades.

En conclusión La Corte manifestó: *“no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar derivado del artículo 19 de la Constitución Nacional, sino el límite de aquella, que está dado por la afectación a la salud pública y el interés superior del niño, que –en el caso- de acuerdo con la política pública sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas.”*(CSJN “N.N. o U, s/ **protección y guarda de personas**” N 157 XLVI. **RECURSO EXTRAORDINARIO, 12 de Junio de 2012**)

Otro caso de mucha importancia y repercusión es el ocurrido en Comodoro Rivadavia, Chubut, donde tal como lo informa el Poder Judicial de Chubut en su sitio de internet JusNoticias (2019)⁶ se da cuenta que la Jueza de Familia de Comodoro Rivadavia, Dra. María Marta Nieto, ordenó a un matrimonio vacunar a una beba recién nacida. Los padres querían vacunar a la pequeña, pero luego de los seis meses, pues consideraban que su hija estaba sana y que la lactancia materna sería su principal defensa y argumentando

⁶ <https://jusnoticias.juschubut.gov.ar/index.php/actualidad/484-el-fallo-de-la-jueza-nieto-tuvo-una-gran-repercusion-naciona>

que, en su momento, el pediatra de cabecera los autorizó a no vacunarla. La Dra. Nieto, en una entrevista periodística que se le realizó con motivo de su decisión, relató que “el viernes pasado recibí un llamado de la Asesora de Familia en el que se me solicitaba que interviniera ante una pareja que se negaba a vacunar a su beba. Inmediatamente, me dirigí a la clínica donde se había producido el episodio para escuchar los fundamentos de esa decisión”. La jueza comentó al periodista que “me reuní con los padres en el centro asistencial y pedí que estuviera presente un médico pediatra porque el caso tenía que ver con la ciencia médica y era necesario que alguien le explicara al matrimonio qué tipo de vacunas eran las que debían aplicarse en el momento y los efectos que podía generar la no vacunación”. Nieto manifestó que “la charla con el médico también sirvió para ilustrarme sobre un montón de cuestiones. Le pregunté puntualmente si en este caso en particular había alguna contraindicación médica para aplicar las vacunas y el especialista me contestó que no”. Los padres sostenían que no era necesario vacunarla ahora, argumentando que las vacunas tienen efectos contraproducentes en los bebés, pero no pudieron sostener esa postura con ningún argumento científico. Luego de la audiencia, que se concretó en la clínica, la magistrada dictó la sentencia, instando a los progenitores a vacunar a la pequeña y resolviendo que si no acataban la orden emitida, la clínica debía proceder a la vacunación de manera compulsiva, haciendo respetar la ley vigente, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. En la resolución, Nieto citó argumentos de fallos anteriores y de la Sociedad Argentina de Pediatría, donde señalan que está comprobado que la vacunación es necesaria, que el Plan de Vacunación tiene una razón de ser y que no cumplir con él, implica un riesgo para la persona no vacunada, y al mismo tiempo, constituye un derecho y una obligación para prevenir enfermedades. Indicó también la magistrada que “hay un calendario que está publicado y es obligatorio, la vacunación es Ley desde 1983 y tiene que ver no solo con el derecho a la salud de la niña sino con el derecho a la salud pública. Si estuviéramos en presencia de un acto médico que tuviera que ver nada más con los derechos disponibles que tenemos sobre nuestro propio cuerpo estaríamos en un escenario, pero si estamos hablando de actos que pudieran tener consecuencia

respecto de terceros, entonces estamos en otro escenario y es otra la mirada que debemos tener”. Finalmente, los padres acataron la decisión de la jueza y se aplicó a la recién nacida las vacunas BCG y anti Hepatitis B, además de la vitamina K.

Otro caso es el de un niño cuyos padres se negaron a inmunizar contra la hepatitis B y la tuberculosis, alegando que la vacunación tiene efectos secundarios. El juez que intervino intimó a los progenitores a acatar la ley 27941, bajo apercibimiento de realizar una vacunación compulsiva. Dicho fallo fue recurrido por los padres a lo cual la Cámara Civil manifestó que los apelantes no incorporaron razones de trascendencia. Además destacó que el proyecto familiar expuesto como justificación a la no vacunación trasciende notoriamente la esfera de privacidad que garantiza el art 19 puesto que sus consecuencias se proyectan directamente a terceras personas por lo tanto involucra a la salud pública. De la resolución del recurso efectuada por la Cámara se desprende que, si bien no se encuentra contenido en un artículo expreso, su adscripción al derecho a la vida y a la integridad física, la jurisprudencia lo receptó dentro de la aplicación del artículo 33, considerándolo un derecho implícito. Con la reforma constitucional de 1994 la situación varió notablemente porque dentro de los derechos del consumidor dispuso expresamente a protección a la salud (Ley 24240 art 42) pero la razón más relevante reside en que los tratados internacionales fueron incorporados en el Art 75, inc. 22 y que aluden expresa o tácitamente a la salud como derecho humano básico, tal es el caso de los artículos I y XI de La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o el Art 26 de La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Art. 12 de Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales. En contraposición encontramos el art 19 de la Constitución nacional y el art 3 de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, donde ambos se refieren a la autonomía y voluntad sobre las acciones privadas. A todo lo expuesto los camaristas concluyen que el derecho a la autonomía personal y a la libre elección de un plan de vida abarca el respeto a las decisiones familiares pero su extensión encontrará como límite la no afectación de los derechos individuales de T. y también los colectivos del resto de la comunidad.

En otro punto se refieren más específicamente a las razones científicas alegadas, donde el tribunal asevera que no son suficientes para admitir su pretensión, además los tratados internacionales son contundentes a obligar a los estados parte a adoptar medidas positivas para salvaguardar y maximizar el derecho a la salud y la vacunación es un caso paradigmático de actuación preventiva y colectiva. **Cámara Civil - Sala feria “Defensoría de menores e incapaces N 1 c/ C. F., T. S. s/MEDIDAS PRECAUTORIAS, 15 de enero de 2019** ⁷

Como se desprende de los fallos señalados, la vacunación obligatoria, no sólo en casos de pandemia, sino como política pública tendiente a evitar que la misma se produzca, se sostiene constitucionalmente. Ello por cuanto los derechos individuales a la disposición del propio cuerpo, o la planificación familiar, ceden ante el derecho colectivo a la salud pública.

Por último, debe tenerse presente que, como toda norma que restringe derechos constitucionales individuales en pos del interés público, el control de legitimidad de la declaración de obligatoriedad de la vacuna contra la COVID-19, como el de todo acto estatal, será del poder judicial, que como cada vez que ha debido expedirse sobre este tipo de limitaciones, ha utilizado el estándar de la razonabilidad de la medida.

IV.- POSIBILIDAD DE EXIGIR LA VACUNACIÓN A LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS EN CASO DE SER ÉSTA DECLARADA OBLIGATORIA.

Entiendo que, de ser declarada obligatoria la vacunación contra la COVID-19, los empleadores estarán facultados para exigir que los trabajadores y trabajadoras acrediten el cumplimiento de la misma y aplicar sanciones en caso de incumplimiento.

Esta previsión ya se encuentra legislada en la Ley 27491, que en su artículo 13º, dispone: *La certificación del cumplimiento del Calendario Nacional de Vacunación debe ser requerida en los trámites para: a) Ingreso y egreso del ciclo lectivo tanto obligatorio como optativo, formal o informal;*

⁷ <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2019/02/Fallos4010.pdf>

b) Realización de los exámenes médicos de salud que se llevan a cabo en el marco de la ley 24.557 de riesgos del trabajo; c) Tramitación o renovación de DNI, pasaporte, residencia, certificado prenupcial y licencia de conducir; d) Tramitación de asignaciones familiares conforme la ley 24.714 y de asignaciones monetarias no retributivas, cualquiera sea su nombre estipuladas por normas vigentes.”

Y, conforme el artículo 14° de la referida norma, el empleador estaría facultado, ante el requerimiento del certificado de vacunación correspondiente y la negativa del trabajador o trabajadora a acreditar su cumplimiento, a comunicar dicha situación a las autoridades sanitarias pertinentes para que éstas apliquen las medidas previstas en el mismo, las que van desde la notificación a la vacunación compulsiva.

Pero entiendo que allí no se agotarían las facultades del empleador ante un trabajador o trabajadora renuente a vacunarse, -en caso de ser la inoculación obligatoria-, ya que la exigencia de acreditación del cumplimiento de la normativa perfectamente podría tener como consecuencia la prohibición de prestación de tareas para quien no la cumpla, la pérdida del salario, y en su caso, el despido.

Es que no debe perderse de vista que si bien la vacunación contra la COVID-19, -según los datos que a la fecha se hacen públicos-, no impide el contagio, sí evita que la pandemia se alargue en el tiempo exponiéndonos a la aparición de nuevas variantes. En consecuencia, negarse a la vacunación, sobre todo si ésta adquiere carácter obligatorio, lleva ínsita la indiferencia de la persona a las disvaliosas consecuencias que genera en la sociedad toda la continuidad del estado de emergencia que ha creado esta enfermedad, y que ha implicado, -como se señaló en el primer punto de este trabajo-, la inversión de cuantiosos recursos económicos y sacrificios estatales y privados.

Destaco asimismo que el empleador debe pagar el salario del trabajador o la trabajadora que contraiga COVID-19, por lo que hasta posee un interés económico concreto en que su personal se encuentre protegido y de esa manera su período de evolución sea más corto.

Asimismo, no debe descartarse la posibilidad que, en caso de ser obligatoria la vacunación, las ART, que deban cubrir como enfermedad profesional no listada a la COVID-19, rehúsen la cobertura de aquellos que

no se encuentren vacunados, de la misma manera que lo hacen cuando las personas no se someten a los tratamientos o indicaciones médicas que se les realizan en virtud de un accidente o enfermedad profesional.

Destaco que, a la fecha, la Provincia de Jujuy, a través del Decreto Acuerdo N° 696/2021, dispuso la obligatoriedad de la vacunación contra la COVID-19 para todo los agentes dependientes de la administración pública provincial, entidades autárquicas, organismos centralizados y descentralizados, empresas y sociedades del Estado, cualquiera sea su situación de revista y lugar en que se presten servicios, estableciendo además que el personal que no acredite haber recibido al menos una dosis de cualquiera de las vacunas, salvo justificación por medio fehaciente e idóneo, no podrá asistir a prestar servicios a su lugar de trabajo, siendo su inasistencia injustificada, con la correspondiente pérdida de remuneración por día no trabajado, e invitando al sector privado a adherir a dicha medida, en especial a los sistemas privados de salud, educación, seguridad, transporte público y privado, comercio y entidades civiles, deportivas y recreativas en general como así también a los poderes Legislativo y Judicial, municipios y comisiones municipales. Habida cuenta que la regulación de la normativa que rige al empleo público provincial es potestad de cada jurisdicción, y que el decreto en cuestión regula la actividad de la administración pública provincial, en principio pareciera que la norma se encontraría dictada en el marco de las facultades constitucionales, por lo que su legitimidad o no dependerá de la razonabilidad de la medida y la posibilidad de demostrar la misma en caso de ser judicialmente cuestionada.

V) POSIBILIDAD DE EXIGIR LA VACUNACIÓN SI ÉSTA NO ES DECLARADA OBLIGATORIA.

Por el momento, en nuestro país, la vacunación contra la COVID-19 no ha sido declarada obligatoria por el Estado, salvo el caso anteriormente señalado de Jujuy para el personal de su administración pública.

En este contexto surge la pregunta de si, pese a no ser obligatoria, los empleadores pueden válidamente exigir a sus trabajadores y trabajadoras que

se vacunen y, en caso de negativa, proceder a impedirles el ingreso a prestar sus funciones, sancionarlos o despedirlos.

Y si bien la pregunta pareciera de simple respuesta, puesto que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, todo el contexto anteriormente explicitado referente a lo que implica alargar esta situación de pandemia, con el riesgo que ello acarrea para la sostenibilidad de los sistemas sanitarios, la viabilidad de las actividades económicas y las relaciones sociales, complican la posibilidad de una negativa rotunda, sobre todo cuando llevamos la situación a algunos casos concretos.

Por ejemplo, una empleada de casa particular que se dedica al cuidado de menores y no quiere vacunarse... ¿puede considerarse que pone en riesgo no sólo a los niños o niñas a los que debe cuidar, sino que también arriesga a su propio empleador o empleadora a perder días de trabajo en caso de contagio? ¿Y si quien se niega a vacunarse es personal que cuida a personas de riesgo? ¿Y si es personal de salud? ¿Y si es una maestra?

Como vemos, la cuestión se complica cuanto más cercano es el caso que analizamos.

Pese a ello, entiendo que en el marco legal actual en que la vacunación no se presenta como obligatoria sino voluntaria, exigir que el trabajador se vacune contra su voluntad no es una alternativa valedera, puesto que, como dije inicialmente, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.

Mas ello no significa, sin más, que la renuencia a vacunarse pueda quedar exenta de consecuencias ni que no exista la posibilidad de adopción de otras medidas tendientes a proteger los intereses en juego, y que seguidamente enunciaré a simple título ejemplificativo.

VI.- POSIBLES MEDIDAS A FIN DE FOMENTAR LA VACUNACIÓN Y PROTEGER LOS INTERESES DE LAS PARTES O DESALENTAR LA NO VACUNACIÓN.

En el actual contexto de voluntariedad de la vacunación, y a los fines de propender a generalizar la misma, entiendo existen diversas alternativas tendientes a alcanzar ese fin que pueden ponerse en práctica, y que seguidamente enuncio a simple título ejemplificativo:

VI. A) CAMPAÑAS DE CONCIENTIZACIÓN: muchas veces la negativa a vacunarse obedece más a mala información de las personas que a una decisión meditada. Es por ello que entiendo que toda acción tendiente a brindar con argumentos científicos un mayor conocimiento a las personas, será de ayuda para que éstas adopten una determinación consecuente con la evidencia recogida hasta el momento, no sólo respecto de esta vacuna sino de los efectos de la vacunación en general. Asimismo, es importante que el trabajador y la trabajadora sepan qué esfuerzos implicó para su empleador la pandemia y sus efectos, como así también que le sean adecuadamente informados los riesgos que implica para la empresa y sus dependientes la negativa a inocularse.

VI. B) RELEVAMIENTO DE PERSONAL VACUNADO Y SIN VACUNAR: sabemos que desde la instalación del ASPO, las personas consideradas “de riesgo” estuvieron exceptuadas de prestar sus tareas, sin afectación de sus haberes.

Esta situación se prolongó desde marzo del año 2020 y hasta el dictado de la Resolución Conjunta MT MS N° 4 a través de la cual se facultó a los empleadores a convocar al retorno de la actividad laboral presencial a todos los trabajadores y trabajadoras que hubieran recibido la vacuna. Luego, la norma hace una distinción respecto al personal comprendido por la dispensa prevista en la RES MT 207/20, puesto que no faculta a los empleadores a convocar a todas las personas dispensadas, sino que hace una diferencia según sea el caso.

Recordamos que las personas dispensadas del deber de asistencia al lugar de trabajo se encuentran enumeradas en la RES MT 207/2020, y son:

1. Mayores de 60 años;
2. Embarazadas;
3. Personal de riesgo (definido por Res.627/2020 Ministerio de Salud), a saber:
 - Personas con enfermedades respiratorias crónicas: hernia diafragmática, enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema

congénito, displasia broncopulmonar, traqueostomizados crónicos, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo;

- Personas con enfermedades cardíacas: insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, reemplazo valvular, valvulopatías y cardiopatías congénitas;

- Personas diabéticas;

- Personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.

- Personas con Inmunodeficiencias: Congénita, asplenia funcional o anatómica (incluida anemia drepanocítica) y desnutrición grave.

- VIH dependiendo del status (< de 350 CD4 o con carga viral detectable).

- Personas con medicación inmunosupresora o corticoides en altas dosis (mayor a 2 mg/kg/día de metilprednisona o más de 20 mg/día o su equivalente por más de 14 días)

- Pacientes oncológicos y trasplantados:

- Con enfermedad oncohematológica hasta seis meses posteriores a la remisión completa

- Con tumor de órgano sólido en tratamiento

- Trasplantados de órganos sólidos o de precursores hematopoyéticos.

- Personas con certificado único de discapacidad

- Personas con obesidad.

Esta Resolución Conjunta fue posteriormente elevada a rango de DNU a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 235/2021.

Al tratarse de una facultad del empleador, será este quien deberá requerir a los empleados y empleadas que manifiesten si han sido vacunados o no, quienes deberán responder en el marco de la buena fe.

Una vez que el empleador conozca quiénes han sido vacunados y quiénes no, podrá requerir la presencialidad en el marco de lo previsto por la Res. Conjunta MT MS N° 4. Las personas que resulten convocadas deberán presentar una constancia fehaciente de vacunación, o bien manifestar con carácter de declaración jurada los motivos por los cuales no pudieron acceder

a la vacunación. Asimismo, las personas que opten por no vacunarse teniendo la posibilidad de hacerlo, impone la norma que deberán actuar de buena fe y llevar a cabo todo lo que esté a su alcance para paliar los perjuicios que su decisión pudiera originar al empleador.

Es ésta una primera acción en pos de concientizar sobre la vacunación y desalentar a quienes no opten por la misma. Por un lado, permite tener un relevamiento de quiénes se han vacunado y quiénes no, y en este caso, por qué motivos. Por el otro, le da la posibilidad al empleador de convocar a las personas vacunadas a trabajar de manera presencial. Y, por último, y haciendo referencia al principio de buena fe que está instituido en el art. 63 de la LCT, establece que aquellos que, pudiéndose vacunar no lo hayan hecho, deben llevar a cabo todo lo que esté a su alcance para paliar los perjuicios que su decisión pueda ocasionar al empleador.

Como vemos, la vaguedad en la redacción de la norma o su amplitud, deja más dudas que respuestas respecto de sus consecuencias, avizorando que la cuestión, en caso de imposibilidad de resolverla por acuerdo de partes, terminará judicializándose.

Ello por cuanto el significado de “paliar los perjuicios que su decisión pueda ocasionar al empleador” es absolutamente indeterminado. ¿Significa que el empleador puede en ese caso descontarle los días de ausencia por enfermedad por COVID-19 en caso que se contagie? ¿O que puede descontarle también los haberes que deba pagar de sus compañeros contactos estrechos que deban aislarse? ¿O que si se trata de una trabajadora de casa particular y contagia a la empleadora ésta pueda reclamarle por los perjuicios que le originó? Hasta dónde llega esa obligación de paliar los perjuicios al empleador será, a no dudarlo, una cuestión que traerá un amplio debate.

En todo caso, y en atención al mentado principio de buena fe, sería conveniente que el empleador ponga en aviso a los trabajadores y trabajadoras cuáles serían los perjuicios que con su decisión pueden causarle y adviertan sobre la posibilidad de reclamárselos en caso de persistir con su negativa a vacunarse.

VI. B. 2) EL PRINCIPIO DE BUENA FE. IMPLICANCIAS.

El art. 63 de la Ley de Contrato de Trabajo establece el principio de la buena fe: “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato y relación de trabajo”.

El Dr. Sardegna, en su análisis del dicho artículo, sostiene que este es un principio que tiene en cuenta la misma ley para su interpretación y aplicación y que las partes se deben recíproca lealtad, y en todo momento, es decir tanto sea al iniciarse el contrato, durante su transcurso y al momento de su extinción, sino tambalea el acuerdo y procede la ruptura del vínculo sin cargo para el afectado por la inconducta del otro.

Asimismo, entiende que la buena fe, la confianza recíproca y la lealtad hacen que el acuerdo sinalagmático se mantenga; cuando una de las partes vicia estas pautas faculta a la otra a dar por finalizada la relación por culpa de la infiel.

La buena fe se refiere a una obligación recíproca de las partes en el contrato de trabajo, mientras que la fidelidad refleja una obligación unilateral del dependiente hacia el patrono (C.N.A.T., Sala V, 7/8/67). En la relación laboral las partes deben actuar de acuerdo con los principios impuestos por una recíproca lealtad de conducta (situación objetiva) y con la creencia de que se respetan dichos principios (situación subjetiva), C.N.A. Trab., La Plata 18/4/79, D.T., 1979 1024). En el orden contractual laboral es particularmente exigible, como expresión de la buena fe (art. 63 L.C.T.), que las partes expresen oportunamente las actitudes que entienden que corresponde asumir respecto de los hechos del otro contratante, pues por impero de lo dispuesto en el art. 919 del Código Civil debe entenderse que el silencio guardado cuando hay obligación de explicarse, implica expresión de voluntad tácita.⁸

El Dr. Julio Armando Grisolia y el Dr. José Alejandro Sudera en sus Leyes del Trabajo Comentadas, sostienen que la buena fe lealtad exigida a las partes en una relación laboral dependiente, en todo momento supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico, que lleva

⁸ Ley de Contrato de Trabajo Comentada Anotada Concordada, Miguel A. Sardegna, Edit. Universidad. Manuales de Jurisprudencia LA LEY 4ta. Edición Revisada y Actualizada.

implícita la plena conciencia de no engañar, no perjudicar ni dañar. Se relaciona con la mutua confianza que debe existir entre el trabajador y empleador para que las relaciones se desarrollen armónicamente el principio de la buena fe es una pauta que rige la conducta de las partes y que exige que adopten la conducta debida por un “buen empleador” y un “buen trabajador”, en la terminología que abrevia en el “buen padre de familia” del derecho Romano: el que hacía lo debido y necesario en cada caso.

En virtud de ello, entiendo imprescindible que la parte empleadora haga conocer al trabajador o trabajadora que se niega sin justificación razonable a vacunar, no sólo la importancia de la vacunación para su salud, sino también cuáles son los perjuicios que puede ocasionar su renuencia, los perjuicios que puede causarle y las consecuencias que podrá tener en caso de contagio. De esta manera, anticipará al trabajador o trabajadora la razonabilidad de la exigencia y las consecuencias de su inobservancia.

Debo señalar, sin embargo, que entiendo al menos riesgoso dejar en manos de los particulares la resolución de los conflictos relacionados con la vacunación de los y las trabajadoras, tal y como lo hace la normativa vigente, aunque el criterio rector sea el contenido en el art. 63 de la LCT, puesto que considero que, en estas situaciones de extrema excepcionalidad, en el actual contexto de confusión acerca de la vacunación en sí, y considerando el objetivo primordial que es alcanzar la mayor cantidad de personas inoculadas, lo ideal sería que esa determinación sea tomada por el Estado, evitando mayores conflictos entre particulares.

VI. C) ESTABLECIMIENTO DE LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZACIÓN DE ANÁLISIS DE PCR PERIÓDICOS: entiendo que nada obsta a que el empleador, -en caso de no acreditar el trabajador o trabajadora la vacunación-, exija a sus dependientes la presentación periódica de test de PCR o similar que acredite que no porta el virus. Se trataría de una medida de carácter preventivo que considero razonable en el marco actual. De hecho, en numerosas profesiones, -e incluso estando vacunados-, se exige la misma, como por ejemplo el caso de los futbolistas profesionales.

Obviamente podría ponerse el reparo referente a que no debiera ser el sistema público de salud el que solvente la realización de esos testeos, cargando con el costo de una decisión personal cuando se tiene una alternativa gratuita para el sujeto renuente, lo cual entiendo absolutamente justificado. Entiendo que podría sortearse la objeción estableciendo que no se admita, a los fines de la acreditación referida, la presentación de estudios efectuados a través del programa Detectar o su equivalente.

VI. D) ESTABLECIMIENTO DE INCENTIVOS AL PERSONAL QUE SE VACUNA: establecer incentivos destinados a aquellas personas que acrediten la vacunación, ya sea a través de sumas dinerarias, días de descanso pagos u otras formas de gratificación también son perfectamente posibles.

VII. LA POSIBILIDAD DE EXTINGUIR EL VÍNCULO O SANCIONAR A QUIEN NO SE VACUNE EN CASO DE SER LA VACUNACIÓN VOLUNTARIA.

Fuera de los casos en que las personas no se vacunen por expresa indicación médica, surge el interrogante acerca de si sería posible que el empleador sancione al trabajador o trabajadora o les despida ante su renuencia a hacerlo.

Si bien como dijera en puntos anteriores, en principio debiera considerarse que nadie estaría obligado a hacer lo que la Ley no manda, lo cierto es que habrá situaciones particulares en que la cuestión deberá ser analizada de manera especial, y a la luz de la buena fe que debe regir en las relaciones laborales.

Entiendo que en algunas profesiones o trabajos adquiere especial relevancia la protección que otorga la vacunación, como puede ser el caso de las personas que se encargan del cuidado de enfermos, de adultos mayores o de niños. Ello, por cuanto los riesgos a los que exponen a quienes deben cuidar son mayores, no sólo por el peligro en sí que implica el contagio, sino por la situación que se genera cuando ese trabajador o trabajadora contrae la enfermedad y debe ausentarse de sus tareas, discontinuando un vínculo de por sí particular con la persona a su cargo.

No debemos dejar de pensar que, por ejemplo, si una “niñera” contrae COVID-19 ello implicará, -más allá de que los contagie o no-, que los o las menores a los que cuida deben efectuar aislamiento preventivo, perdiendo días de presencialidad en la escuela. Asimismo, los padres, también contactos estrechos, deberán ausentarse de sus empleos durante el período de aislamiento, agravado en el caso de no ser ellos trabajadores dependientes.

A decir verdad, en el ejemplo citado entiendo que el derecho individual a disponer del propio cuerpo y la garantía constitucional al ámbito de reserva de la ley se encuentran en clara tensión con otros derechos constitucionales de igual jerarquía, como puede ser el derecho a la salud o a la planificación familiar.

No existe a mi entender, sin embargo, una respuesta uniforme, y la razonabilidad o no de la decisión de un despido o una sanción en caso de renuencia a la vacunación será una cuestión de análisis particular en cada una de las situaciones particulares que se planteen.

Me remito al punto anterior, referente al deber de buena fe con el que deben obrar las partes en el contrato de trabajo, por entender que en él se basa la normativa vigente para regular la cuestión, y porque entiendo que será el que se alegue a la hora de tomar determinaciones respecto de sanciones o extinciones de vínculos laborales mientras la vacunación no sea obligatoria.

VIII. CONCLUSIONES.

De lo analizado en este trabajo, me permito extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, no se puede desconocer que la pandemia de COVID-19 ha implicado la necesidad de efectuar innumerables modificaciones, adaptaciones y cambios en la vida diaria de las personas del mundo entero, afectando desde las más simples actividades cotidianas hasta las más complejas.

Con el fin de evitar los catastróficos efectos que esta enfermedad causa en la población atento su altísimo nivel de contagio y por ende de letalidad, todas las naciones debieron adoptar medidas de restricción de la circulación que afectaron no sólo la vida en sociedad sino a todas las

economías mundiales, sin distinción de régimen imperante. Numerosos esfuerzos económicos estatales y privados se han debido realizar a fin de evitar un colapso mayor al que, igualmente, se produjo.

En nuestro país una batería de medidas relacionadas con el empleo y el trabajo fueron adoptadas por el Estado Nacional y los estados provinciales, en procura de, por un lado, evitar el desborde del sistema sanitario y, por el otro, atender a la subsistencia de una población que ya venía demasiado castigada por los descalabros económicos y productivos previos a la pandemia.

A la par, el sector privado también debió adaptarse y reconvertirse, viéndose privados en numerosos sectores de la posibilidad de desarrollar con normalidad sus tareas y en otros incluso, imposibilitados de hacerlas. Asimismo, la situación implicó la necesidad de adoptar medidas extraordinarias de prevención, de higiene, de readecuación de las formas de trabajo, la imposibilidad de despedir trabajadores y trabajadoras, de abonar haberes, aunque los dependientes no prestaran sus servicios por estar dispensados de hacerlo de manera presencial, y de reorganizar el trabajo implementando nuevas tecnologías y el teletrabajo como alternativas a fin de dar cierta continuidad a sus actividades.

En este contexto, la rápida aparición de las vacunas como método para terminar con los estragos que causa la pandemia, permitió vislumbrar la posibilidad de un futuro con mayor normalidad, donde la COVID-19, al igual que otras enfermedades, pueda atravesarse sin las complicaciones que hemos estado sufriendo hasta el momento.

Sin embargo, algunas personas, por diferentes motivos, son reacias a vacunarse, y ello pone en riesgo la eficacia del plan, puesto que éste depende de los niveles de inmunidad general alcanzados.

Hemos visto que en nuestro país la obligatoriedad de la vacunación está establecida en la Ley 27.941 para aquellas vacunas que se encuentren incorporadas al Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica, y que el fundamento de la obligatoriedad reside en el bienestar general comprometido, y en la consideración de la vacunación como un bien social.

La tensión entre el derecho constitucional a disponer del propio cuerpo y la obligatoriedad de vacunarse ya ha sido resuelta por la jurisprudencia, sosteniéndose básicamente que los derechos constitucionales no son absolutos, y que debe primar el interés general sobre el derecho individual. En todo caso, y como se ha sostenido desde antaño, la razonabilidad de la limitación de los derechos es el eje rector para determinar la legalidad o no de las medidas que dispongan la obligatoriedad de la vacunación contra la COVID-19 en caso de así decidirse.

Es claro que la Ley habilita la posibilidad de declarar obligatoria la vacunación, ya sea incorporándola al Calendario o por estar prevista como indicada en situación de pandemia.

En cuanto a la posibilidad de exigir la vacunación a trabajadores o trabajadoras, he señalado las diferencias que entiendo existen entre la situación que se verificaría en caso de ser declarada obligatoria la vacunación, y el caso en que continúe siendo voluntaria.

En el primer supuesto no abrigo dudas acerca de que la negativa a cumplimentar la obligación legal pueda justificar no sólo la comunicación de la omisión a las autoridades sanitarias a los fines dispuestos por la norma, sino también justificar la aplicación de sanciones o el despido. Por su parte, permitiría a las ART a no dar cobertura de las contingencias por COVID-19 a las que están obligados, al ser renuente el trabajador o trabajadora a acreditar el cumplimiento de la vacunación.

En el segundo supuesto, en caso que la vacuna continúe siendo voluntaria, entiendo que debieran extremarse los recaudos y estrategias a fines de informar, concientizar y promover la misma, adoptando incluso medidas que fomenten su cumplimiento y otras que desincentiven la reticencia, tales como la exigencia de testeos periódicos a costa del propio dependiente.

En este segundo caso, igualmente, estimo que la pertinencia o no de la aplicación de sanciones o la disposición de medidas extintivas de la relación de empleo deberá ser analizada en cada caso particular, dependiendo de los derechos en juego sopesando la evidente tensión que existe entre el derecho a disponer del propio cuerpo y la garantía de reserva de la ley y los

derechos constitucionales de terceros que puedan afectarse con el ejercicio de los anteriores.

A modo de corolario debo destacar que, afortunadamente, en nuestro país el nivel de negacionismo a la vacunación no es tan elevado como en otros lugares del mundo, por lo que entiendo absolutamente necesario arbitrar todos los medios para intentar informar y concientizar a aquellas personas renuentes acerca de la importancia de la vacunación para conseguir con mayor prontitud una vida un poco más cercana a la normalidad, sin dejar de destacar que entiendo que la obligatoriedad de la vacunación se impone como medida de salud pública, evitando derivar a la responsabilidad de los particulares una evidente cuestión de competencia estatal.

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Administrativo. Juan Carlos Cassagne, Edit. Abeledo Perrot. 9na edición.
- Ley de Contrato de Trabajo Comentada Anotada Concordada, Miguel A. Sardegna, Edit. Universidad. Manuales de Jurisprudencia LA LEY 4ta. Edición Revisada y Actualizada.
- Leyes del Trabajo Comentadas, Julio Armando Grisolfía José Alejandro Sudera, 3ra Edic. Actualizada-Edit. Grimberg.
- El principio general de la buena fe y la Ley de Contrato de Trabajo por CARLOS ALBERTO TAMANTINI 1989 TOMO LA LEY Nro. 1989, pág. 919 LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACA890321
- Manual de Derecho Laboral. Julio Armando Grisolfía. Edición 2019. Edit. Abeledo Perrot.