

AÑO 9 _ N° 10

Julio 2025

ISSN (Ver. impresa): 2591-3468

ISSN (Ver. online): 2591-3476

REVISTA DE ESTUDIO



Saber y Saber Hacer

REVISTA

Derecho y Salud

JOURNAL OF LAW AND HEALTH

Revista de la Sala de Derecho a la Salud
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
Universidad Blas Pascal

REVISTA

Derecho y Salud

SALA DE DERECHO A LA SALUD

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

Año 9 · Nro. 10 · Junio 2025 //
ISSN (Versión impresa): 2591-3468 · ISSN (Versión online): 2591-3476

REVISTA

Derecho y Salud

Consejo Editorial

• **Directora: Claudia E. Zalazar**

Presidenta de de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina).

• **Secretario: Gonzalo G. Carranza**

Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España). Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina).

• **Coordinador de Sección Comentarios Jurisprudenciales: Ismael Iglesias Herrera**

Profesor de Historia del Derecho de la Universidad Blas Pascal y Profesor Adscripto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) y Meritorio de la Cámara Contencioso Administrativa de 2ª Nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina).

• **Responsable de Redes Sociales: Agustina Chaves**

Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina) y Prosecretaria del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina).

Consejo Científico

- **Fernando Aith**, Facultad de Salud Pública, Universidad de San Pablo (Brasil);
- **Federico José Arena**, Director del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Antonio Arroyo Gil**, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España);
- **Edith Maria Barbosa Ramos**, Departamento de Derecho, Universidade Federal do Maranhão (Brasil);
- **Marcelo Bernal**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina);
- **Pamela del Valle Cáceres**, Vicerrectora de Investigación, Innovación y Posgrado, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **María Casado**, Centro de Investigación Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), Universitat de Barcelona (España);
- **Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos**, Facultad de Derecho, UDF - Centro Universitário (Brasil);
- **José Roberto Freire Pimenta**, Facultad de Derecho, Centro Universitário UDF (Brasil);
- **Lais Gomes Bergstein**, Centro Universitário Curitiba, UniCuritiba (Brasil);
- **Carla Huerta Ochoa**, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (México);
- **Cláudia Lima Marques**, Facultad de Derecho, Universidade do Rio Grande do Sul (Brasil);
- **Silvia López Safi**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción (Paraguay);
- **Claudia Madies**, Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho, Universidad Isalud (Argentina);
- **Sandra Regina Martini**, Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Sao Paulo (Brasil);
- **Tomás Guillermo Rueda**, Director de la Carrera de Abogacía, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Néstor Pisciotta**, Secretario de Investigación y Desarrollo, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Susana Sánchez Ferro**, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España);
- **Virginia Zambrano**, Departamento de Estudios Políticos y Sociales, Universidad de Salerno (Italia).

Diseño y Diagramación

- **Mauricio Tagliavini** Lic. en Diseño Gráfico



Copyright © 2025 by Editorial UBP
Todos los derechos reservados

Director
Néstor Pisciotta
Av. Donato Álvarez 380
CP X5147ERG Argüello, Córdoba
Argentina
Tel: 54 (0351) 414-4444
Para mayor información
contáctenos en www.ubp.edu.ar
O vía e-mail a: editorialUBP@ubp.edu.ar

Publicación editada e impresa en
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,
ya sea total o parcial, en forma idéntica
o con modificaciones, escrita a máquina
por el sistema Multigraph, mimeógrafo,
impreso, etc., que no fuera autorizada por
Editorial UBP, es violatoria de derechos
reservados. Su infracción está penada por
las leyes 11.723 y 25.446.
Toda utilización debe ser solicitada con
anterioridad.

Revista Derecho y Salud

Publicación semestral de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: idi-das@ubp.edu.ar

ISSN (Versión impresa): 2591-3468 - ISSN (Versión online): 2591-3476

La Revista Derecho y Salud no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas
responden exclusivamente a sus autores.

ÍNDICE

1. ESTUDIOS GENERALES

- Corpos (não)ideais em movimento no contexto da transgeneridade: as mulheres trans migrantes e a (in)efetivação do direito humano à saúde a partir da decolonialidade**
(Non)ideal bodies in motion in the context of transgenerity: trans migrant women and the (in)effectiveness of the human right to health from decoloniality
Janaína Machado Sturza, Gabrielle Scola Dutra y Cláudia Marília França Lima Marques 15
- Preservação da fertilidade da paciente em cuidados oncológicos sob a ótica da Bioética do Cuidado em Saúde**
Fertility preservation in oncology patients from the perspective of the Healthcare Bioethics
Luciana Carla Belém dos Santos, Bruno Ramalho de Carvalho y Aline Albuquerque 29
- Feminismos e identidades para efetivação de direitos humanos no Mercosul**
Feminisms and Identities for the Realization of Human Rights in Mercosur
Sandra Regina Martini y Stéphanie Fleck da Rosa 45
- ¿Es un derecho humano vivir más? Acceso equitativo a tecnologías biomédicas en el derecho internacional y el sistema interamericano**
Is Living Longer a Human Right? Equitable Access to Biomedical Technologies in International Law and the Inter-American System
Francisco Justiniano Velasco Arellanes 61
- Derechos trans en Costa Rica: La lucha por la garantía del derecho a la salud en centros penitenciarios desde la jurisprudencia constitucional.**
Trans Rights in Costa Rica: The Struggle for the Guarantee of the Right to Health in prisons through Constitutional Jurisprudence.
Laura Quesada Soto 75
- Acoso sexual y protección de las trabajadoras: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Regional del Trabajo de la 16ª Región de Brasil**
Sexual harassment and protection of workers: analysis of jurisprudence of Regional Label Court-TRT on the 16th region in Brazil.
Bianca Vasconcelos, Agustín Carignani, Edith MB Ramos y Maria Célia Delduque 91

<p>- Assédio moral no ambiente de trabalho: intervenção psicológica para as vítimas <i>Workplace bullying: psychological intervention for victims</i> Tânia Regina Silva Reckziegel, Rosane Teresinha Carvalho Porto y André Ricardo Guimarães Reckziegel</p>	103
<p>- A saúde mental de mulheres encarceradas no contexto brasileiro: estigmatização e responsabilidade social a partir da ética da alteridade <i>The mental health of incarcerated women in the brazilian context: stigmatization and social responsibility from the perspective of the ethics of alterity</i> Fernanda Analú Marcolla, Milena Cereser da Rosa y Janaina Machado Sturza</p>	115
<p>- La Inteligencia Artificial aplicada a la salud: nuevos desafíos jurídicos <i>Artificial Intelligence applied to health: new legal challenges</i> Emiliano Zito</p>	133
<p>- A judicialização do home care e os limites da justiça gratuita: reflexões a partir da experiência médica pericial e dos recentes escândalos de fraude no Rio Grande do Sul <i>The judicialization of home care and the limits of free justice: reflections from the medical expert's experience and the recent fraud scandals in Rio Grande do Sul</i> Luana Carolina Bonfada y Maurice Rodrigues Uebel</p>	147
<p>- Del paradigma tutelar al enfoque de derechos humanos: análisis de alineación entre las leyes estatales de salud mental y la Ley General de Salud de México en torno al consentimiento, el internamiento y la voluntad anticipada <i>From the tutelary paradigm to the human rights approach: analysis of the alignment between state mental health laws and the General Health Law of Mexico regarding consent, confinement, and advance directives</i> Guillermo Ramírez Zavala y César Augusto García Avitia</p>	163

2. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<p>- Irracionalidad o misterio: cuantificación del daño moral provocado por las vulneraciones de los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos <i>Irrationality or mystery: quantification of non-pecuniary damages caused by violations of the rights set forth in the European Convention on Human Rights and its Protocols</i> Marc Suñer Pernalet</p>	183
---	------------

Tribunal Constitucional de España

-“Razones imperiosas de salud pública” en la “normalidad constitucional”: La habilitación de restricción y suspensión de derechos fundamentales del artículo 43 de la Constitución Española

“Overriding Public Health Reasons” in “Constitutional Normality”: The Habilitation Clause for Restriction and Suspension of Fundamental Rights in the 43rd Article of Spanish Constitution

Adrián Hidalgo Alcañas 195

Tribunal Constitucional de Chile

-Vacunación Obligatoria: límites y alcances en el marco de la Política Sanitaria Chilena

Compulsory Vaccination: limits and scope within the framework of Chilean Health Policy

Pamela Ignacia Urrejola Fernández 209

Corte Constitucional de Colombia

-Inteligencia Artificial en la justicia colombiana: ¿avance o amenaza para el derecho a la salud?

Artificial intelligence in Colombian justice: advance or threat to the right to health?

Daniela Alejandra Martínez López 221

Corte Constitucional del Ecuador

-La protección del derecho a la salud abordado desde la perspectiva de la Corte Constitucional del Ecuador

The protection of the right to health addressed from the perspective of the Constitutional Court of Ecuador

Juan José Torres Espinoza 233

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-Gestación por Sustitución en Argentina: El Fallo S., I. N. c/ A., C. L y un llamado a regular un vacío normativo

Gestational Surrogacy in Argentina: The S., I. N. v. A., C. L. Ruling and a Call to Address a Regulatory Void

María Milena Belanti 245

-Voluntad procreacional y gestación por subrogación: límites normativos en la filiación en Argentina

Procreative intent and surrogacy: legal boundaries in Argentine filiation law

Manuel Leguizamón 261

Poder Judicial de la Nación

-Reglas inestables, derechos frágiles: el impacto del Decreto de

Necesidad y Urgencia 70/2023 en la medicina prepaga	
<i>Unstable regulations, fragile rights: the impact of the Necessity and Urgency Decree 70/2023 on private health insurance</i>	
Carla Dalla Nora	269
Poder Judicial de la Provincia de Córdoba	
-La necesidad de la tutela judicial diferenciada: enfermedades poco frecuentes y medicamentos huérfanos	
<i>The need for differentiated legal protection: rare diseases and orphan drugs</i>	
Emilia Josela Romero	277
-Control jurisdiccional de actos administrativos que deniegan prestaciones de salud: entre la razonabilidad y la proporcionalidad	
<i>Judicial review of administrative acts denying health benefits: between reasonableness and proportionality</i>	
María Alejandra Asencio	289
-El Derecho a la Salud en las Relaciones de Consumo: Inocuidad Alimentaria y Responsabilidad por Productos Contaminados	
<i>The Right to Health in Consumer Relations: Food Safety and Liability for Contaminated Products</i>	
Gino Martín Valenti	303
-La vacunación como garantía del derecho a la salud en su plano individual y colectivo, y del interés superior del niño	
<i>Vaccination as a guarantee of the individual and collective right to health and of the best interest of the child</i>	
Maximiliano Etchegoin	315
-Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los avances jurisprudenciales en Argentina	
<i>Assisted Human Reproduction techniques and jurisprudential developments in Argentina</i>	
Facundo Álvarez	329
4. DIRECTRICES PARA AUTORAS/ES	337
5. REDES SOCIALES	338

Evaluadoras/es

Las evaluaciones del decimo número de la Revista Derecho y Salud han sido realizadas por las/ los siguientes docentes e investigadoras/es:

- Agustín Fabbriatore
- Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti
- Claudia Zalazar
- Daiane Moura de Aguiar
- Edith Ramos
- Elisabet Vidal
- Fabiana Marion Spengler
- Fernanda Barbosa
- Fernanda Dalla Libera Damacena
- Francisco Velasco Arellanes
- Ignacio Perotti Pincirolli
- Ignacio Vázquez
- Joice Nielsson
- Jorge Arévalo
- José María Palacio
- Julia Gelerstein
- Larissa Borsatto
- Luciana Souza D'Avila
- Melina Deangeli
- Milena Belanti
- Ricardo Libel Waldman
- Ricardo Uvalle
- Rosane Carvalho Porto
- Thauanne de Souza Gonçalves

1. Estudios Generales

Corpos (não)ideais em movimento no contexto da transgeneridade: as mulheres trans migrantes e a (in)efetivação do direito humano à saúde a partir da decolonialidade

(Non)ideal bodies in motion in the context of transgenerity: trans migrant women and the (in)effectiveness of the human right to health from decoloniality

**Janaína Machado Sturza¹; Gabrielle Scola Dutra²;
Cláudia Marília França Lima Marques³**

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)01)

Fecha de envío: 15.03.2025

Fecha de aceptación: 30.05.2025

RESUMO:

O objetivo é fabricar uma imbricação crítica entre o direito humano à saúde e a mobilidade humana global pelas migrações. A base teórica utilizada para a articulação da pesquisa é a Teoria Decolonial, pautando-se no método hipotético-dedutivo, instruído por uma análise bibliográfica e documental. Diante do entrelaçamento entre os eixos saúde, migração e colonialidade, questiona-se: A decolonialidade pode ser vista como um caminho

1 Pós-Doutora pela Università Tor Vergata (Itália). Pós-doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito - mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – Edital N° 09/2023 (2024-2027). E-mail: janasturza@hotmail.com.

2 Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER com Bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI (Área de Concentração: Direitos Humanos). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI (Área de Concentração: Direitos Especiais). Professora dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUI e do Centro Universitário de Balsas/MA (UNIBALSAS). Pesquisadora Recém-Doutora FAPERGS (Edital FAPERGS n° 08/2023 ARD/ARC). Membro do grupo de pesquisa: “Biopolítica e Direitos Humanos”, cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos, Mestrado e Doutorado da UNIJUI. Advogada. E-mail: gabrielle.scola@unijui.edu.br.

3 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUI), sob orientação da Professora Pós Doutora Janaína Machado Sturza. Bolsista CAPES Integral. Especialista em Direito Civil pela Universidade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul/RS. Especialista em Direito Penal pela Universidade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul/RS. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta/RS. E-mail: claufl1903@gmail.com.

para a efetivação do direito humano à saúde das mulheres trans migrantes? Constata-se que a colonialidade estabelece um corpo ideal (hétero, masculino e branco) reduzido ao binário, utilizado como padrão para o estudo e a aplicação de práticas e políticas de saúde, excluindo o corpo das mulheres trans migrantes. Logo, a decolonialidade, enquanto um movimento de resistência e dismantelamento da colonialidade, pode ser vista como um caminho para desconstrução do corpo idealizado, contribuindo para a efetivação do direito humano à saúde às mulheres trans migrantes.

RESUMEN:

El objetivo es crear una interconexión crítica entre el derecho humano a la salud y la movilidad humana global a través de la migración. El marco teórico utilizado para articular la investigación es la Teoría Decolonial, guiada por el método hipotético-deductivo, informada por el análisis bibliográfico y documental. Dados los ejes entrelazados de la salud, la migración y la colonialidad, la pregunta es: ¿Puede la decolonialidad ser vista como un camino para la realización del derecho humano a la salud de las mujeres trans migrantes? Es claro que la colonialidad establece un cuerpo ideal (hetero, masculino y blanco) reducido a términos binarios, utilizado como estándar para el estudio e implementación de prácticas y políticas de salud, excluyendo los cuerpos de las mujeres trans migrantes. Por lo tanto, la decolonialidad, como un movimiento de resistencia y dismantelamiento de la colonialidad, puede verse como un camino para deconstruir el cuerpo idealizado, contribuyendo a la realización del derecho humano a la salud de las mujeres trans migrantes.

ABSTRACT

The objective is to create a critical connection between the human right to health and global human mobility through migration. The theoretical basis used to articulate the research is Decolonial Theory, based on the hypothetical-deductive method, informed by a bibliographic and documentary analysis. Given the intertwining between the axes of health, migration and coloniality, the question is: Can decoloniality be seen as a path to the realization of the human right to health for trans migrant women? It is clear that coloniality establishes an ideal body (hetero, male and white) reduced to the binary, used as a standard for the study and application of health practices and policies, excluding the bodies of trans migrant women. Therefore, decoloniality, as a movement resistance and dismantling of coloniality, can be seen as a path to deconstruct the idealized body, contributing to the realization of the human right to health for trans migrant women.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Humano à Saúde; Mulheres trans migrantes; Colonialidade; Decolonialidade.

PALABRAS CLAVE: Derecho humano a la salud; Mujeres trans migrantes; Colonialidad; Decolonialidad.

KEY WORDS: Human Right to Health; Trans migrant women; Coloniality; Decoloniality.

I. Introdução

Na poesia *“Se o futuro nos pertence”*, a poetisa travesti brasileira Virgínia Guitzel pronuncia: *“Se o mundo fosse livre; Poderíamos reinventá-lo; Seríamos então seres humanos; Melhor preparados; Menos frustrados; Mais amados”*. A autora expressa um anseio por um mundo mais justo e livre para as mulheres trans. À vista disso, a utilização dos verbos *“seríamos”*

e “poderíamos” no tempo verbal “futuro do pretérito” indica uma concepção idealizada instaurada na temporalidade cronológica da vida, demonstrando os desafios vivenciados no presente e a ânsia de viver um futuro presentificado por um projeto civilizatório mais sensível e mais humano onde o gênero não se constitui enquanto um marcador limitante, mas como uma potência que produz diversidade em plena carnalidade social. Entre contenções e performatividades, o gênero, o sexo e a sexualidade são encarnados no corpo do sujeito que encena e produz um horizonte de manifestações plurais, fluidas e metamórficas no palco civilizatório.

Nesse contexto, apresenta-se a imbricação performática entre o gênero e o fenômeno migratório, a partir das experiências e vivências enfrentadas pelas mulheres trans migrantes ao longo dos percursos migratórios ao redor do mundo que repercutem na seara da complexa (in)efetivação dos direitos humanos. Trazer à tona os dilemas civilizatórios dos corpos (não)ideais em movimento no âmbito da transgeneridade significa reconhecer que as mulheres trans migrantes enfrentam *locus hostis* e multifacetados processos de precariedade e vulnerabilidade de vida, em razão de que os marcadores interseccionais (gênero, raça, classe, nacionalidade, deficiência, *status*, etc.) atuam para reforçar tais processos. Nesse ritmo de razão sensível, percebe-se que as mulheres trans migrantes seriam mais livres e viveriam em um mundo muito mais justo se houvesse uma análise sensível acerca das questões generificadas que permeiam seus percursos migratórios, especialmente, no que concerne ao acesso (ou a falta dele) aos direitos humanos, especificamente, o direito humano à saúde.

Diante disso, a presente pesquisa busca compreender os limites e as possibilidades da (in)efetivação do direito humano à saúde para as mulheres trans migrantes no Brasil. Nesse sentido, no contexto migratório, observa-se que o direito humano à saúde é positivado nacionalmente tanto na esfera constitucional, quanto na esfera infraconstitucional. Do mesmo modo, é positivado internacionalmente por intermédio das principais cartas e declarações de direitos. Todavia, nota-se que, na prática, inexistem a produção dos efeitos jurídicos de tal direito humano em prol de tais sujeitos. A ausência de garantia da efetivação do direito humano à saúde advém, principalmente, das construções da colonialidade, as quais determinam a existência de um corpo ideal (hétero, masculino e branco) nas práticas e políticas de saúde e contribuem para a exclusão dos corpos dissidentes, notadamente, essa “marcação” atravessa o corpo de minorias, como por exemplo, o das mulheres trans.

Em decorrência disso, essas mulheres se deparam com um sistema de saúde que, em que pese seja gratuito e universal, é pouco inclusivo e desconsidera as especificidades interseccionais da pluralidade humana. Perante esse contexto, surge a decolonialidade, enquanto um movimento de resistência e desconstrução da colonialidade, como um caminho e uma possibilidade para a efetivação do direito humano à saúde das mulheres trans migrantes. Assim sendo, entre biografias e cartografias migratórias, esta pesquisa se dedica a explorar a temática das mulheres trans migrantes no Brasil no contexto do direito humano à saúde a partir da decolonialidade. Num primeiro momento, investiga-se a dinâmica de complexidade dos fluxos migratórios das mulheres trans migrantes para o Brasil sob a perspectiva de gênero. Por último, analisa-se o direito humano à saúde das mulheres trans migrantes sob as lentes teóricas da decolonialidade.

A pesquisa adota o método hipotético-dedutivo e se baseia em uma análise bibliográfica

e documental para a compreensão da temática apresentada. A base teórica utilizada para a articulação da pesquisa é a Teoria Decolonial. Diante da intersecção entre o direito à saúde, gênero e migração, questiona-se: A decolonialidade pode ser vista como um caminho para a efetivação do direito humano à saúde das mulheres trans migrantes? Esse é o questionamento que norteia a análise e produz a fundamentação teórica a seguir para o delineamento de seus limites e possibilidades de desvelamento.

II. Transgeneridade e migração: uma abordagem dos movimentos de mobilidade humana protagonizados por mulheres trans migrantes

Numa dimensão global, sabe-se que a migração é um fenômeno que acompanha o desenvolvimento civilizatório, no sentido de que os projetos migratórios são marcados pela pluralidade biográfica e cartográfica do “ser migrante” que decide empreender mobilidade humana em razão de múltiplos fatores que vão desde a busca por melhores condições de vida até o deslocamento forçado com o intuito de fugir de violações generalizadas de seus direitos humanos. Sob a perspectiva da diversidade, no cerne dos fluxos migratórios, (sobre)vivem existências plurais, fluídas e metamórficas que desafiam as normas dos gêneros, sexos e sexualidades, para performar suas nuances vitais no palco civilizacional. Nesse contexto, os movimentos migratórios tornam-se espaços dinâmicos e multifacetados onde o “ser migrante” é atravessado por marcadores interseccionais (gênero, raça, classe, nacionalidade, deficiência, *status*, etc.) que paradoxalizam seus modos de ser/estar/agir no âmbito do seu deslocamento desde o país de origem, passando pelos países de trânsito e chegando no país de origem.

Em conformidade com o preceituado por Roberto Marinucci sobre as problemáticas que surgem no contexto migratório dos migrantes sob a égide os marcadores interseccionais:

Na ótica do paradigma da interseccionalidade, determinadas problemáticas comuns nos processos das migrações – discriminações, violências, isolamento, desemprego ou precarização do trabalho, entre outras – se tornam ainda mais severas no universo LGBTI, devido, possivelmente, à intersecção da LGBTfobia com outras fontes de discriminação (racismo, xenofobia, machismo, etnocentrismo), bem como à ausência ou precariedade de políticas públicas específicas nos países de chegada e, por vezes, à dificuldade de encontrar e contar com redes sociais de apoio (inclusive redes familiares) (Marinucci, 2020, p. 08).

Nessa trama, o sujeito incorpora um campo de limites e possibilidades na dimensão de sua experiência existencial, tendo em vista que a significação do gênero pode ser desconstruída e reinventada a todo o tempo pois extravasa as categorias preestabelecidas pela heteronormatividade compulsória e pela hegemonia dos discursos sobre o corpo e o desejo. Sendo assim, os corpos que ousam enfrentar as normas dominantes de gênero e de tantos outros marcadores interseccionais, bem como aqueles que não se reduzem às expectativas tradicionais e hegemônicas são compreendidos enquanto corpos dissidentes. Imediatamente, se inaugura um arsenal institucional enquanto um projeto ardilosamente arquitetado com o intuito de produzir regulamentações e normatizações por intermédio de práticas de extermínio e patologização em detrimento dos corpos dissidentes para enrijecer a fluidez das suas taxonomias de gênero (Preciado, 2022).

Na seara da transgeneridade, esse conjunto de “regras” povoa os modos de ser/estar/ agir dos sujeitos e patologiza todos aqueles corpos que não estão em consonância com o binário (homem/mulher) e suas características totalizadoras. Logo, a concepção sobre “dissidência” implica uma quebra ou resistência ao que é considerado “normal”, “aceitável” ou “tradicional”, em razão de que os corpos dissidentes são aqueles que não seguem as normas estabelecidas e que se expressam de maneiras inéditas e autênticas na trama histórica. Na instância corpórea, a dissidência personifica-se enquanto uma estratégia de resistência e subversão que “irrita” as engrenagens das imposições hierárquicas e das estruturas de poder para considerar novas formas de vida e manifestações existenciais. Nessa inventividade criativa, os corpos dissidentes promovem um manifesto contrassexual em prol da celebração da diversidade e das potências vitais que permeiam o arranjo biográfico e cartográfico da humanidade (Preciado, 2022).

A título exemplificativo sobre a dissidência, tem-se movimentos migratórios protagonizados por migrantes LGBTQI+ que empreendem mobilidade humana e encontram novas significações e formas de expressão para performatizar suas existências dissidentes em um lugar seguro que efetive seus direitos humanos a partir das relações sociais que perfectibilizam com a população autóctone do país de destino. Assim, pode-se dizer que “o gênero não é simplesmente performativo (isto é, um efeito das práticas culturais linguístico-discursivas), como desejaria Judith Butler. O gênero é, antes de tudo, prostético, ou seja, não se dá senão na materialidade dos corpos” (Preciado, 2022, p. 40). Os sujeitos LGBTQI+ são constituídos por intermédio de uma fluidez sem precedentes sob a égide da tentativa de fundação de uma sociedade contrassexual que pressupõe “que se apaguem as denominações “masculino” e “feminino” correspondentes às categorias biológicas (homem/mulher, macho/fêmea) da carteira de identidade, assim como de todos os formulários administrativos e legais de caráter estatal” (Preciado, 2022, p. 45).

Seguindo tal perspectiva, de acordo Manual de Atendimento Jurídico a Migrantes e Refugiados publicado pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), percebe-se que as principais necessidades dos migrantes e refugiados LGBTQI+ são:

- i. Reconhecimento da condição de refúgio por perseguição a pessoas LGBTQI+;
- ii. Produção de relatórios sobre dados relativos aos números de solicitações de refúgio por orientação sexual e/ou identidade de gênero;
- iii. Inclusão de nome social no Protocolo de Solicitação de Refúgio e Registro Nacional Migratório (RNM);
- iv. Atendimento do(a) migrante que foi vítima de LGBTQI+fobia;
- v. Atendimento da migrante travesti ou transexual em situação de violência doméstica;
- vi. Celebração do contrato de união estável e casamento para migrantes LGBTQI+;
- vii. Reunião familiar para companheiro(a) do mesmo gênero (OIM, 2022, p. 09).

Especificamente, em relação aos movimentos de mobilidade humana protagonizados por mulheres trans migrantes percebe-se uma imbricação interseccional entre a transgeneridade e o fenômeno migratório, à medida que a mulher trans é compreendida como uma pessoa que nasceu e o discurso médico lhe atribuiu o sexo masculino, no entanto, a mulher trans identifica-se com “o gênero feminino, independentemente das alterações corporais e legais efetuadas. A sua não conformidade com as normas impostas pela sociedade, pode colocá-la numa situação de maior vulnerabilidade” (Costa; Rodrigues, 2022, p. 164). Logo, tendo em vista que o gênero é concebido enquanto um marcador

que oscila em conformidade com as relações de poder, pressupõem “diferentes circuitos de relações e de interlocutores(as), condição financeira, acesso e conhecimento de técnicas e tecnologias de mudança do corpo que estão ligados a diferentes momentos da trajetória migratória” (Meneses; Ennes, 2023, p. 74).

Nessa dinâmica de gênero, muitas mobilidades humanas empreendidas por mulheres trans migrantes estão vinculadas com o enfrentamento de padrões perpetrados pela compulsoriedade da cis-heteronormatividade que opera enquanto uma potência de “repulsão e de atração, que quanto mais forte ou tênue se revelar nos locais de origem, passagem e destino, acaba produzindo reconstruções identitárias do gênero e sexualidade em seus trânsitos espaço-temporais” (Meneses; Ennes, 2023, p. 80). Outrossim, as mulheres trans enfrentam inúmeras opressões em todas as fases do processo migratório, estão à mercê de processos forjadores (obstaculização de acesso a serviços humanitários, barreiras para o reconhecimento de suas demandas protetivas, violência, xenofobia, exploração, extorsão, racismo, discriminação, preconceito, homofobia, transfobia, entre outros), inclusive nos espaços que deveriam acolhê-las “como abrigos e de outras pessoas migrantes e refugiadas. O isolamento e a marginalização agravam a vulnerabilidade e demandam intervenções nos setores de proteção, integração socioeconômica, meios de vida e documentação” (Serviço Jesuíta aos Migrantes e Refugiados, 2022, p. 03).

Nesse espetáculo dissidente, “por trás das máscaras da feminilidade e da masculinidade dominantes, por trás da heteronormatividade, se escondem de fato múltiplas formas de resistência e de desvio” (Preciado, 2022a, p. 30). Dessa forma, “no discurso médico e psicológico dominante, o corpo trans é uma colônia” (Preciado, 2022a, p. 37). No pensamento de Paul B. Preciado, o corpo trans se (re)configura enquanto uma fronteira “cuja extensão e forma só se perpetuam pela violência. Cortar aqui, colar acolá, suspender esses órgãos, substituí-los por outros” (Preciado, 2022a, p. 37). No campo interseccionado entre a transgeneridade e a migração, pode-se produzir uma analogia a partir da ideia de que “o migrante perdeu o Estado-nação. O refugiado perdeu a casa. A pessoa trans perdeu o corpo. Todos eles atravessaram a fronteira. A fronteira os constitui e os atravessa, os destitui e os derruba” (Preciado, 2022a, p. 37).

Sob a perspectiva da intersecção entre transgeneridade e migração, constata-se que de acordo com a dinâmica de vida das mulheres trans migrantes, o horizonte masculino e feminino operacionalizam-se como territórios “fluidos e passíveis de trânsito em um processo de interdependência com a migração da terra natal para outros lugares” (Meneses; Ennes, 2023, p. 81). Sendo assim, “em todos os lugares, o corpo trans é odiado, ao mesmo tempo que é fantasiado, desejado e consumido. O corpo trans é uma potência de vida, é a inesgotável Amazônia que se espalha pelas selvas, resistindo a barragens e extrações” (Preciado, 2022a, p. 38). Nessa lógica decolonial, “o corpo trans é para a epistemologia da diferença sexual o que o continente americano foi para o Império espanhol: um lugar de imensa riqueza e cultura impossível de reduzir ao imaginário do império” (Preciado, 2022a, p. 38). Sobre tudo, percebem-se a todo o instante, processos de vulnerabilidade e precariedade de vida que atravessam a (sobre)vivência dos corpos trans em mobilidade humana.

Nas palavras de Roberto Marinucci, sobre a complexidade paradoxal dos movimentos migratórios protagonizados pelo “ser migrante” dissidente que desencadeiam o “sexílio” em prol da inclusão social:

Cabe destacar, entretanto, que nem todos os deslocamentos de pessoas LGBTI são movidos por perseguições ou ameaças de vida. Muitas vezes, foge-se de um opressivo controle social em uma sociedade marcadamente patriarcal e heteronormativa, que acaba negando o direito de externalizar a própria identidade de gênero ou, inclusive, o direito à plena inclusão cidadã. A migração (o assim chamado “sexílio”, exílio sexual), neste caso, se torna uma das possíveis estratégias de superação de adversidades, em busca da inclusão social em outro lugar (Marinucci, 2020, p. 08).

Outra questão que merece atenção é o fato de que os migrantes LGBTQI+ quando estão vivendo no país de destino, ainda mantém relações transnacionais com seus familiares na terra natal, muitas vezes enviam remessas à mesma família que sofreram violências e rejeições, à medida em que no momento do envio dessas remessas pode-se perceber “dinâmicas complexas de negociação e reconhecimento de afetos. Aqui se insere todo um âmbito de reflexão de cunho psico-antropológico sobre a saúde mental de pessoas marcadas por sofrimentos, discriminações e violências” (Marinucci, 2020, p. 08). Da mesma forma, tais horizontes problemáticos que envolvem a transgeneridade e as migrações numa perspectiva de diversidade, “se inserem em um contexto paradoxal marcado por tendências antagônicas: avanços no reconhecimento dos direitos das minorias, e, ao mesmo tempo, fortes tendências de criminalização das migrações e das pessoas migrantes, sobretudo quando irregulares” (Marinucci, 2020, p. 07).

Em contrapartida, também os movimentos geográficos “praticados por estas mulheres trans e travestis possibilita o contato com outras pessoas trans e travestis, assim como o acesso a espaços criados para a socialização e entretenimento da população LGBTQI+” (Meneses; Ennes, 2023, p. 81). Nesse limiar de (in)visibilidades, “tornar-se visível (coming-out) permite fortalecer as lutas pelo reconhecimento, além de garantir o direito de externalizar a própria identidade; por outro lado, a invisibilidade pode se tornar uma necessidade a fim de evitar violências e outras formas de discriminação” (Marinucci, 2020, p. 09). Sobretudo, constata-se que as mulheres trans migrantes seriam mais livres e viveriam em um mundo muito mais justo se houvesse uma análise sensível acerca das questões generificadas que permeiam seus percursos migratórios, especialmente, no que concerne ao acesso (ou a falta dele) aos direitos humanos, especialmente, o direito humano à saúde, já que a vida está diretamente ligada a ele.

Sob tal perspectiva, a migração produz inúmeros impactos na saúde do “ser migrante” dissidente, tendo em vista que a imbricação entre a transgeneridade, a migração e a saúde revela que esses três eixos problemáticos interagem entre si e repercutem na vida das mulheres trans migrantes de forma a complexificar seus percursos migratórios e suas relações sociais, à medida em que tal combinação interseccional fabrica multifacetadas camadas de vulnerabilidade e precariedade de vida que assolam os projetos migratórios protagonizados pelas mulheres trans migrantes. Nesse sentido, arrisca-se em apostar na construção de políticas públicas de saúde que incorporem a perspectiva decolonial em suas lógicas de operacionalização para que as mulheres trans migrantes possam ter seus direitos humanos efetivados, especialmente, o direito humano à saúde, ao passo que essa lente decolonial implementada no cerne do funcionamento das políticas públicas de saúde detém potencialidade de promover uma (re)estruturação na qualidade do atendimento às mulheres trans migrantes.

III. O direito humano à saúde das mulheres trans migrantes sob as lentes da decolonialidade

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estabelece a saúde como um completo estado de bem-estar físico, mental e social e não apenas a mera ausência de doenças. Além de definir a saúde de uma maneira que marcou o século XX, a OMS define, pela primeira vez como direito fundamental, o direito de gozar do melhor estado de saúde possível, e isto sem discriminação racial, religiosa, política, econômica ou social (Ventura, 2013). Na mesma toada, a saúde foi reconhecida como um direito humano fundamental no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, a qual estabeleceu que todo ser humano tem direito a um padrão de vida adequado que assegure a si e à sua família saúde, bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais necessários (DUDH, 1948).

A respeito disso, no âmbito brasileiro, a Constituição Federal do Brasil (CF/88), promulgada em 1988, estabelece o caráter social do direito humano fundamental à saúde. Em seu artigo 6º define “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1998). Ainda, a Constituição Federal definiu, em seu artigo 196, que “A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (Brasil, 1998). Assim, com a promulgação da CF/88, o Sistema Único de Saúde foi introduzido a partir da Lei nº 8.080, de 1990.

Sobre a criação do nosso sistema de saúde, Souza (2019) explica que o movimento de Reforma Sanitária foi idealizado e liderado majoritariamente por homens brancos da classe média, especialmente médicos do sistema e professores universitários, fato que contribuiu para a reprodução da branquitude e da heteronormatividade na construção do SUS. Dessa forma, o movimento não abordou o direito à saúde a partir dos saberes e experiências de corpos racializados e colonizados, recorrendo, assim, à noção de um corpo universal (masculino, branco, heterossexual). Nesse contexto, a autora argumenta que a imparcialidade atribuída ao cânone científico reflete, na verdade, uma perspectiva tendenciosa, reproduzindo a visão do grupo dominante. Essa suposta neutralidade se apresenta como universal, consolidando a hegemonia desse grupo sobre a visão de mundo no campo da saúde.

Para sustentar essa hegemonia, promove-se a ideia de que o conhecimento só pode ser gerado a partir da objetividade científica, enquanto se silencia a voz dos indivíduos pesquisados, negando-lhes a capacidade de contribuir para a produção de conhecimento. Assim, a autora entende que é necessário defender uma ciência que se baseie na experiência do corpo. Nesse sentido, é fundamental reconhecer que o corpo é influenciado por diversos marcadores sociais, como gênero, raça, classe, sexualidade, território e nacionalidade. Esse corpo não apenas elabora sua própria forma de conhecimento, mas também se posiciona dentro da hierarquia social e identifica relações de poder (Souza, 2019).

No caso das mulheres migrantes atravessadas por marcadores interseccionais que fabricam processos de vulnerabilidade e precariedade de vida, existe uma lógica calcada

na imposição do sistema moderno-colonial de gênero, à medida que isso significa que a natureza e o alcance das mudanças na estrutura social foram impostos por processos forjadores implementados pelo capitalismo eurocentrado colonial/moderno. Logo, “Esos cambios se introdujeron a través de procesos heterogéneos, discontinuos, lentos, totalmente permeados por la colonialidad del poder, que violentamente inferiorizaron a las mujeres colonizadas” (Lugones, 2008, p. 92). Do mesmo modo, “Concebir el alcance del sistema de género del capitalismo eurocentrado global, es entender hasta qué punto el proceso de reducción del concepto de género al control del sexo, sus recursos, y productos es constitutiva de la dominación de género” (Lugones, 2008, p. 93).

Em síntese, para María Lugones, o sistema moderno-colonial de gênero se operacionaliza a partir de tal dinâmica:

Este sistema de género se consolidó con el avance del(los) proyecto(s) colonial(es) de Europa. Tomó forma durante el período de las aventuras coloniales de España y Portugal y se consolidó en la modernidad tardía. El sistema de género tiene un lado visible/claro y uno oculto/oscurο. El lado visible/claro construye, hegemónicamente, al género y a las relaciones de género. Solamente organiza, en hecho y derecho, las vidas de hombres y mujeres blancos y burgueses, pero constituye el significado mismo de «hombre» y «mujer» en el sentido moderno/colonial. La pureza y la pasividad sexual son características cruciales de las hembras burguesas blancas quienes son reproductoras de la clase y la posición racial y colonial de los hombres blancos burgueses. Pero tan importante como su función reproductora de la propiedad y la raza es que las mujeres burguesas blancas son sean excluidas de la esfera de la autoridad colectiva, de la producción del conocimiento, y de casi toda posibilidad de control sobre los medios de producción. La supuesta y socialmente construida debilidad de sus cuerpos y de sus mentes cumple un papel importante en la reducción y reclusión de las mujeres burguesas blancas con respecto a la mayoría de los dominios de la vida; de la existencia humana. El sistema de género es heterosexualista, ya que la heterosexualidad permea el control patriarcal y racializado sobre la producción, en la que se incluye la producción del conocimiento, y sobre la autoridad colectiva (Lugones, 2008, p. 98).

A saúde coletiva critica a normatização dos corpos, mas falha em considerar a racialização desses corpos. Dessa forma, é necessário refletir sobre como os planejadores de políticas de saúde também possuem a tendência de abordar a saúde a partir de uma perspectiva normatizada, sem reconhecer a diversidade das experiências. A normatização e o apagamento dos corpos geram impactos significativos nas práticas de saúde, ao promoverem a noção de um corpo universal. Essa concepção ignora as diversas experiências que moldam a identidade de cada indivíduo. Elementos como gênero, raça, classe, geração, sexualidade e nacionalidade ficam invisibilizados na ideia de corpo que é imposta pela branquitude colonizadora. Assim, o corpo universal acaba sendo predominantemente branco e cis-heteronormativo (Souza, 2019).

Nesse viés, surgem corpos lidos como “estranhos”:

A modernidade colonial foi bem-sucedida em impor a criação de um ‘Outro’, ou, aquele que é estranho à norma do corpo branco cis-heterossexual. É im-

portante deixar claro que desde então a violência é exercida sobre esses corpos, que, por sua vez, não enxergam a possibilidade de existência fora desse signo. Assim, esse corpo que não é reconhecido pelo conjunto da sociedade, pois está fora da norma, ao circular pelo sistema de saúde sofre o estigma da violência (Souza, 2019, p. 198).

Ao abordar a saúde a partir da noção de corpos universais, ou seja, corpos que não levam em conta os diferentes marcadores sociais (classe, raça, nacionalidade, gênero), é possível perceber que o acesso ao direito humano à saúde e a própria prática de cuidado são afetados. Essa visão representa um grande obstáculo para a efetivação das diretrizes do SUS, principalmente a universalidade. Diante disso, é fundamental uma mudança de paradigma decolonial no pensamento sanitário brasileiro, especialmente na elaboração de políticas de saúde, a fim de que possamos enfrentar as desigualdades profundamente enraizadas nesse sistema (Souza, 2019). Nesse sentido, Aguiar (2023) explica que, ao decolonizar a saúde, propomos um movimento que impacta a racionalidade científica desse campo e os imaginários de todos os envolvidos na mudança desse paradigma.

Sobre a decolonialidade, Maldonado-Torres explica:

decolonialidade como um conceito oferece dois lembretes-chave: primeiro, mantém-se a colonização e suas várias dimensões claras no horizonte de luta; segundo, serve como uma constante lembrança de que a lógica e os legados do colonialismo podem continuar existindo mesmo depois do fim da colonização formal e da conquista da independência econômica e política. É por isso que o conceito de decolonialidade desempenha um importante papel em várias formas de trabalho intelectual, ativista e artístico atualmente (Maldonado-Torres, 2018, p. 4).

A decolonialidade, como uma luta viva em meio a visões e maneiras competitivas de experienciar o tempo, o espaço e outras coordenadas básicas de subjetividade e sociabilidade humana, necessita de uma abordagem diferente. A teoria decolonial reflete criticamente sobre nosso senso comum e sobre pressuposições científicas referentes a tempo, espaço, conhecimento e subjetividade, entre outras áreas-chave da experiência humana, permitindo-nos identificar e explicar os modos pelos quais sujeitos colonizados experienciam a colonização e, ao mesmo tempo, fornece ferramentas conceituais para avançar a descolonização. Esse envolvimento simultâneo, construtivo e crítico é a segunda contribuição fundamental e uma função essencial do pensamento e da teoria decolonial (Maldonado-Torres, 2018).

Diante disso, tendo a decolonialidade como base, é preciso romper com visões que colocam o ser humano, especialmente o homem branco e cisgênero, em uma posição de superioridade em relação aos demais seres e à natureza. Assim, é necessário substituir essa suposta competitividade e destruição em busca de uma saúde que adote dimensões como interdependência e ecodependência, baseadas em valores como solidariedade, generosidade, empatia, respeito e cooperação. Dessa forma, além de reconhecer as graves implicações que essas perspectivas trazem para a saúde coletiva, é extremamente necessário que esse campo promova uma reconexão intensa e contínua entre os seres humanos e a natureza, para que possamos desenvolver propostas que tornem a vida uma experiência gratificante e prazerosa (Aguiar, 2023).

Perante esse contexto, nota-se que as trans migrantes enfrentam uma saúde idealizada a partir de um corpo eurocêntrico, de modo que é preciso estabelecer a decolonialidade para superar as barreiras enfrentadas por essa população. Nesse sentido, é preciso trazer a decolonialidade para vencer os obstáculos que surgem a partir dessa idealização. Nesse sentido, o “Manual de atendimento humanizado a migrantes internacionais LGBTQI+” estabelece diretrizes acerca do atendimento humanizado para as trans migrantes:

Faça um Diagnóstico em Diversidade, Equidade e Inclusão, que permita entender o perfil das pessoas colaboradoras, assim como os conhecimentos que elas têm sobre migração, gênero, LGBTQI+, raça/etnia, deficiência, etc. Além disso, identifique situações de discriminação, microagressões e outras situações de violência que possam ter acontecido entre colegas ou com o público atendido; Fomente a aprendizagem continuada, com formações, capacitações, cursos, pílulas de conhecimento sobre temas relacionados a atendimento humanizado, migração internacional LGBTQI+, comunicação inclusiva, entre outros assuntos. Ter uma equipe preparada para mediar e resolver diversas situações é imprescindível para a construção de um ambiente respeitoso e inclusivo; Nas formações sobre migração internacional é importante ressaltar o tipo de documentação que a pessoa migrante poderá apresentar e que isso não deve impedir seu atendimento nos serviços públicos. Por exemplo, o protocolo de solicitação de refúgio, embora seja a metade de uma folha de papel sulfite, contém um código QR que verifica sua autenticidade; Faça articulações com redes de cuidado da saúde mental. Se possível, ofereça serviços psicológicos em parceria com áreas ou instituições especializadas; Adapte o espaço físico de modo que transmita acolhimento e segurança, deixando assim a pessoa atendida mais à vontade para falar: » A distribuição dos objetos também comunica. Por isso, organize as cadeiras de um modo que seja o mais horizontal possível (por exemplo, em rosa, caso haja muitas pessoas). Além disso, os materiais informativos devem estar ao alcance da pessoa atendida (Collado; Schuña; Botero; Torrez, 2022, p. 10).

Além disso, o manual estabelece a necessidade da utilização de uma comunicação inclusiva. Nesse sentido, conceitua que a comunicação inclusiva de gênero busca integrar, valorizar, respeitar e acolher as diversas identidades de gênero, fundamentando-se no princípio de que a empatia é essencial para uma interação respeitosa e agregadora. Além disso, não se restringe apenas à transmissão verbal da informação, mas também considera elementos como entonação da voz, expressão facial e postura corporal, especialmente em contextos de atendimento (Collado; Schuña; Botero; Torrez, 2022). À vista disso, o manual elenca como evitar violências discursivas contra a população migrante LGBTQI+:

Prepare um protocolo/roteiro de atendimento que inclua a sua apresentação pessoal e manifeste seu interesse em saber o nome e o pronome da pessoa atendida (inclua essa pergunta nas fichas institucionais); Apresente brevemente a instituição, os serviços que ela oferece e os acordos de sigilo para o atendimento; A expressão de gênero não define a identidade de gênero nem a orientação sexual das pessoas. Portanto, nunca suponha o pronome da pessoa atendida ou que ela gostaria de ser chamada pelo nome civil. Para saber essas informações, faça perguntas como: “como gostaria de ser cha-

mada?"; "quais pronomes você prefere?". A partir de então, use durante todo o atendimento o pronome e o nome informados; Apenas pergunte o nome civil da pessoa caso seja necessário para registro institucional; Caso a pessoa atendida informe a preferência pelo uso de pronomes neutros, utilize as terminações com "e" e/ou "u", tanto na escrita quanto na oralidade. Por exemplo: "Olá, meu nome é Rodri e minha nacionalidade é chilene e uso o pronome elu"; Não faça perguntas invasivas sobre quando a pessoa se "assumiu" LGBTQI+ ou sobre o corpo dela (sobre tratamento hormonal ou processos de transição, por exemplo); Use as expressões "pessoa" transgênera, "pessoa" transexual, "pessoa" não binária, já que somos "pessoas" antes de qualquer outra classificação. Se informe sobre a linguagem inclusiva de gênero e consulte materiais de apoio para não exercer violências discursivas. Recomendamos a cartilha Comunicação Inclusiva de gênero, da Rede MILBi+; Forneça materiais informativos em outros idiomas para pessoas migrantes internacionais que ainda não falam português, especialmente sobre o acesso a direitos (leis, instituições parceiras) e a prevenção, combate e denúncia de violências e discriminações dirigidas a essa população; Procure parcerias institucionais para traduzir os materiais informativos; Tenham disponíveis alguns aplicativos de tradução simultânea de voz, como o Google Tradutor e o iTranslate Tradutor (o que pode ser útil, inclusive, no atendimento de pessoas analfabetas). Não infantilize as pessoas migrantes internacionais crendo que elas não vão entender o que está sendo informado. Caso perceba alguma dificuldade de entendimento, pergunte de maneira cuidadosa, estabelecendo uma relação de troca (Collado; Schuña; Botero; Torrez, 2022, p. 16).

Nesse contexto, o manual também explica que pessoas migrantes internacionais têm o direito ao uso do nome social em todos os documentos vigentes no Brasil, sendo um direito garantido a indivíduos com identidades de gênero diversas, como pessoas transgêneras, travestis e transexuais, que não se identificam com o nome registrado na certidão de nascimento. Conforme previsto no Código Civil e em dispositivos legais, como os artigos 2 e 3 do Decreto nº 8.727/2016 e os incisos 4 e 5 do Art. 69 do Decreto nº 9.199/2017, alterado pelo Decreto nº 9.631/2018, a inclusão do nome social pode ser feita em documentos oficiais acompanhados do nome civil. Além disso, recomenda-se que as instituições respeitem o nome social nos registros internos, independentemente da atualização dos documentos de identidade, e orientem as pessoas migrantes sobre os procedimentos necessários para a regularização dos documentos junto aos órgãos competentes (Collado; Schuña; Botero; Torrez, 2022).

Diante disso, nota-se que, no campo sanitário, é preciso incorporar perspectivas decoloniais, a fim de construir práticas de saúde que visem um atendimento que considere as especificidades dos corpos trans. À vista disso, a partir da decolonialidade, é possível traçar um caminho mais plural e humano, promovendo a superação e o rompimento dos padrões estabelecidos, os quais sustentam a hierarquização dos corpos, especialmente a normatização do homem cisgênero como posição de superioridade em relação aos demais. Logo, "os direitos humanos em sua forma abstrata e descontextualizada pouco significam. Como esta noção é traduzida na prática – e suas consequências particulares – depende de relações de poder forjadas em contextos históricos específicos e expressas em categorias semânticas precisas" (Fonseca; Cardarello, 1999, p. 85). Portanto, a decolonialidade surge como um caminho capaz de dismantelar as construções da coloniali-

dade e a criação desse corpo ideal, assegurando, assim, a efetivação do direito humano à saúde para as mulheres trans migrantes.

IV. Considerações finais

A título de conclusão, constata-se que diante do entrelaçamento entre os eixos saúde, migração e colonialidade, a decolonialidade pode ser vista como um caminho para a efetivação do direito humano à saúde das mulheres trans migrantes, à medida em que a lógica da colonialidade estabelece um corpo ideal (hétero, masculino e branco) reduzido ao binário (homem-mulher), o qual é utilizado como padrão para o estudo e a aplicação de práticas e políticas de saúde, excluindo o corpo dissidente das mulheres trans migrantes e totalizando os marcadores interseccionais (gênero, raça, classe, nacionalidade, deficiência, status, etc.). Os percursos de mobilidade humana protagonizados pelas mulheres trans migrantes perfectibilizam-se enquanto caminhos e descaminhos hostis que presentificam processos de vulnerabilidade e precariedade e vida. Nesse cenário hostil, a imbricação performática entre o gênero e o fenômeno migratório, revela as experiências e vivências enfrentadas pelas mulheres trans migrantes ao longo dos percursos migratórios ao redor do mundo que repercutem na seara da complexa (in)efetivação dos direitos humanos, especialmente, no âmbito do direito à saúde.

Logo, a decolonialidade, enquanto um movimento de resistência e desmantelamento da colonialidade, pode ser vista como um caminho para desconstrução do corpo idealizado, contribuindo para a efetivação do direito humano à saúde às mulheres trans migrantes e produzindo diversidade no cerne dos fluxos migratórios do mundo real, à medida em que também contribui para potencializar a pluralidade, fluidez e metamorfose das manifestações inéditas dos corpos dissidentes que empreendem mobilidade humana tanto em busca de melhores condições de vida quanto para salvaguardar a própria vida diante de graves violações aos seus direitos humanos. Visibilizar essas histórias dissidentes sob a égide da ascensão de uma sociedade contrassexual que reconheça as especificidades de gênero que circundam a vitalidade do “ser migrante” LGBTQI+ significa valorar o horizonte biográfico e cartográfico que insere uma cota de diversidade no palco civilizatório.

Referências

- Aguiar, A. C. (2023). *Saúde e cuidado como produção de vida: para descolonizar e corazonar a Saúde Coletiva*. 2023. 215 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pósgraduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2023. Acesso em: 05 mar. 2025.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. (1988). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2025.
- BRASIL. Lei Nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990: *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. (1990). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 05 mar. 2025.
- Collado, V.; Shuña, R. B.; Botero, M. P.; Torrez, P. R.P. (2022). *Manual de atendimento humanizado aos migrantes internacionais LGBTQI+ [livro eletrônico]*. Rede MILBi+. São Paulo: Ed. dos Autores.
- Costa, S.; Rodrigues, L. (2022). *(Des)constução das identidades de mulheres trans migrantes*

trabalhadoras do sexo em Portugal. In: Repositório Aberto da Universidade do Porto (Portugal). Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/143631/2/574922.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2025.

• DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (DUDH). In: UNICEF (1948). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 05 mar. 2025.

• Fonseca, C; Cardarelo, A. *Direitos dos mais e menos humanos*. In: Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 5, n. 10, p. 83-121, maio 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/5ywdBjsqVzrznh4PJYjgBRz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 mai. 2025.

• Lugones, M. *Colonialidad y Género*. In: Tabula Rasa. Bogotá - Colombia, No.9: 73-101, julio-diciembre 2008. Disponível em: <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2025.

• Maldonado-Torres, N. Análítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze.; GUITZEL, Virgínia. *Poesias TRANS: A arte da resistência I*. Esquerda Diário. Disponível em: https://www.esquerdadiario.com.br/spip.php?page=gacetilla-articulo&id_article=4812. Acesso em: 27 fev. 2025.

• Maldonado-Torres, N.; Grosfoguel, R. (org.).(2018). *Decolonialidade e pensamento afro-diaspórico*. Belo Horizonte: Autêntica, p. 27-54.

• Marinucci, R. (2020). Pessoas Migrantes E Refugiadas LGBTI. In: *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana (REMHU)*. Brasília, v. 28, n. 58, abr., p. 7-13. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/remhu/a/Ck3QqcY6JhDGdtn8dC36Dmn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 mar. 2025.

• Meneses, C. S.; Ennes, M. A. (2023). Chegadas e partidas da “Diáspora Trans”: processos migratórios e trânsitos de gênero entre mulheres trans e travestis. In: – *Periódicus: Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades*. Publicação periódica vinculada ao Núcleo de Pesquisa NuCuS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA. n. 19, v. 2, jul-dez.

• ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *Manual De Atendimento Jurídico A Migrantes E Refugiados*. (2022). Disponível em: https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/documents/manuais_cap12_dig_1.pdf. Acesso em: 09 mar. 2025.

• Preciado, P. B. (2022a). *Eu sou o monstro que vos fala: Relatório para uma academia de psicanalistas*. Tradução Carla Rodrigues. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar.

• Preciado, P. B. (2022). *Manifesto Contrassexual: práticas subversivas de identidade sexual*. Tradução Maria Paula Gurgel Ribeiro. 1ª edição. Rio de Janeiro; Zahar.

• SERVIÇO JESUÍTA AOS MIGRANTES E REFUGIADOS (SJMR). *Visibilidade Trans*. (2022). Disponível em: <https://help.unhcr.org/brazil/wp-content/uploads/sites/8/2022/02/sjmr-poa-visibilidade-trans-WEB-1.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2025.

• Souza, F. de A. (2019). *O saber-corpo e a busca pela descolonização da saúde coletiva. Saúde em Debate*, [S.L.], v. 43, n. 8, p. 189-202,. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/jHN7m3PRw6RfkV6pT3gSBrH/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 05 mar. 2025.

• Ventura, D. (2013). *Direito e Saúde Global: O caso da pandemia de gripe A (H1N1)*. São Paulo: Dobra Editorial.

Preservação da fertilidade da paciente em cuidados oncológicos sob a ótica da Bioética do Cuidado em Saúde

Fertility preservation in oncology patients from the perspective of the Healthcare Bioethics

Luciana Carla Belém dos Santos¹; Bruno Ramalho de Carvalho²; Aline Albuquerque³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)02](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)02)

Fecha de envío: 29.03.2025

Fecha de aceptación: 09.06.2025

RESUMO:

O desenvolvimento do câncer afeta os pacientes em outros aspectos de suas vidas e saúde, a exemplo da falência precoce das gônadas e infertilidade. Particularmente as mulheres são altamente impactadas com este efeito resultante do tratamento do câncer, incluso no aspecto emocional e de saúde mental. Assim, é fundamental a proteção da fertilidade da paciente oncológica, observando a Bioética do Cuidado em Saúde. Trata de um estudo de natureza teórica, que se utiliza de uma revisão bibliográfica para a proposição de discussões que fundamentem os aportes teóricos originais sobre a temática. A preservação da fertilidade e o acompanhamento clínico da paciente oncológica têm efeitos positivos, particularmente pelo cuidado focado em fornecer a melhor qualidade de vida após o tratamento. A comunicação empática, acolhedora e compartilhamento decisional são elementos imprescindíveis para amenizar os efeitos do câncer na perspectiva psicoemocional das pacientes. Verifica-se que a literatura ainda carece de discutir sobre a bioética do cuidado em saúde, com enfoque nos efeitos decorrentes do tratamento para a fertilidade do paciente oncológico. Uma abordagem empática deve ser desenvolvida por todos os profissionais de saúde envolvidos, pois o Cuidado Centrado no Paciente assegura a ética e o respeito aos seus direitos.

1 Programa de Pós-Graduação em Bioética, Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – UNB, Brasília, Brasil. Médica. Mestrando em Bioética na Universidade de Brasília. Estudo situado na pesquisa desenvolvida no âmbito do Observatório de Direitos do Paciente. Email: lucianabelem.lcbs@gmail.com. ORCID 000-0002-0903-2848. Estudo situado na pesquisa desenvolvida no âmbito do Observatório de Direitos do Paciente

2 GENESIS – Centro de Assistência em Reprodução Humana, Brasília, DF. Médico. Estudo situado na pesquisa desenvolvida no âmbito do Observatório de Direitos do Paciente. Email: ramalho.b@gmail.com. ORCID 000-0002-1554-9499.

3 Programa de Pós-Graduação em Bioética, Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – UNB, Brasília, Brasil. Professora do Programa de Pós-Graduação em Bioética. Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Essex. Estudo situado na pesquisa desenvolvida no âmbito do Observatório de Direitos do Paciente. Email: alineoliveira@hotmail.com. ORCID 000-002-5568-0790

RESUMEN:

El desarrollo del cáncer afecta a los pacientes en diversos aspectos de sus vidas y salud, como la insuficiencia gonadal prematura y la infertilidad. Particularmente, las mujeres se ven altamente impactadas por este efecto resultante del tratamiento oncológico, incluso en el ámbito emocional y de salud mental. Por ello, la protección de la fertilidad de la paciente oncológica es fundamental, considerando la Bioética del Cuidado en Salud. Se trata de un estudio de naturaleza teórica, que emplea una revisión bibliográfica para proponer discusiones que fundamenten los aportes teóricos originales sobre la temática. La preservación de la fertilidad y el seguimiento clínico de la paciente oncológica generan efectos positivos, especialmente a través de un enfoque de cuidado orientado a proporcionar la mejor calidad de vida tras el tratamiento. La comunicación empática, el acogimiento y la toma de decisiones compartida son elementos imprescindibles para mitigar los efectos del cáncer desde la perspectiva psicoemocional de las pacientes. Se observa que la literatura aún carece de estudios sobre la bioética del cuidado en salud, con un enfoque en los efectos del tratamiento sobre la fertilidad de los pacientes oncológicos. Es esencial que todos los profesionales de la salud desarrollen una aproximación empática, ya que el Cuidado Centrado en el Paciente garantiza la ética y el respeto a sus derechos.

ABSTRACT

The development of cancer affects patients in multiple aspects of their lives and health, including premature gonadal failure and infertility. Women are significantly impacted by these effects of cancer treatment, including in the emotional and mental health domains. Thus, safeguarding the fertility of oncological patients is paramount, with due consideration given to the Bioethics of Care in Health. This study is theoretical in nature and employs a literature review to propose discussions that substantiate original theoretical contributions on the subject. Fertility preservation and the clinical follow-up of oncological patients yield positive outcomes, particularly through a care-focused approach aimed at ensuring the highest possible quality of life post-treatment. Empathetic communication, patient support, and shared decision-making are essential elements in mitigating the psycho-emotional effects of cancer on patients. The literature remains insufficient in addressing the bioethics of care in health, particularly regarding the impact of cancer treatment on patients' fertility. An empathetic approach should be adopted by all healthcare professionals involved, as Patient-Centred Care upholds ethical principles and respects patients' rights.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética do cuidado; Cuidado centrado no paciente; Cuidados em saúde; Qualidade de vida; Processo decisional.

PALABRAS CLAVE: Bioética del cuidado; Cuidado centrado en el paciente; Cuidados en salud; Calidad de vida; Proceso decisional.

KEY WORDS: Bioethics of care; Patient-centred care; Healthcare; Quality of life; Decision-making process.

I. Introdução

As estimativas do Instituto Nacional do Câncer (INCA, 2024) apontam para 704 mil casos novos de câncer no Brasil para cada ano do triênio 2023-2025, com destaque para as regiões Sul e Sudeste, que concentram cerca de 70% da incidência nacional. No plano mundial, em 2022, notificaram-se aproximadamente 20 milhões de novos casos de câncer e

9,7 milhões de mortes. Ainda, registra-se que cerca de 1 em cada 5 pessoas desenvolve câncer durante a vida, sendo que aproximadamente 1 em cada 9 homens e 1 em cada 12 mulheres morrem em decorrência da doença (World Health Organization, 2024).

No que tange ao tratamento do câncer, há muito sabe-se que os tratamentos antineoplásicos podem levar à falência funcional precoce das gônadas e à infertilidade. Infelizmente, não existem até o momento fórmulas para determinar individualmente a ocorrência ou o tamanho do dano gonadotóxico, ou mesmo se esse dano levará a transtornos definitivos (Deepinder e Agarwal, 2008). Nesse contexto, surgem questionamentos e soluções para melhoria e manutenção da qualidade de vida desses pacientes, dentre as quais estão as estratégias para preservação da função gonadal e, por conseguinte, da sua fertilidade.

O campo da preservação da fertilidade cresceu vertiginosamente nas duas últimas décadas, impulsionado pelo reconhecimento paulatino dos impactos da perda potencial de fertilidade, enquanto uma consequência do tratamento do câncer e de outras doenças graves. Além disso, houve proeminente desenvolvimento das tecnologias facilitadoras de vitrificação de oócitos e criopreservação de tecido ovariano para posterior auto enxerto (ESHRE Guideline Group on Female Fertility Preservation et al., 2020). Nesse sentido, a oncofertilidade é um campo de interesse interdisciplinar de surgimento recente, que busca mesclar os conhecimentos em oncologia e endocrinologia reprodutiva, juntamente com a contribuição de psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais de saúde, para o desenvolvimento de estratégias de preservação da função gonadal em sobreviventes ao câncer (Woodruff, 2007). Como ocorre com qualquer disciplina em construção, essa passa atualmente por um período de amadurecimento e transformação, em que pesam o reconhecimento das diversas e efêmeras situações, e insurgem questionamentos bioéticos, na busca de soluções seguras e eficientes.

Sendo assim, este artigo tem como objetivo analisar a preservação da fertilidade da paciente em cuidados oncológicos sob a ótica da Bioética do Cuidado em Saúde. Ressalta-se a originalidade deste estudo, na medida em que o exame da preservação da fertilidade à luz da Bioética é escasso na literatura, seja no campo da Saúde ou do Direito. Considerando os estudos levados a cabo, este artigo teórico se fundamenta na Bioética do Cuidado em Saúde, arcabouço bioético apto a ser utilizado na prática clínica que se encontra em desenvolvimento pelos pesquisadores do Programa de Pós-Graduação em Bioética da Universidade de Brasília. Esta nova vertente teórica da Bioética Clínica se fundamenta no novo paradigma do cuidado em saúde, denominado de “Revolução do Paciente”, um movimento social, científico, jurídico, sanitário, cultural e ético originado no século XXI (Albuquerque e Tanure, 2023). Este pode ser compreendido como uma reconfiguração do papel do paciente, de objeto de intervenções e de procedimentos, para participante ativo e protagonista do seu próprio cuidado. Esse novo paradigma se expressa em abordagens que foram construídas não no campo bioético, como os direitos do paciente, que derivam dos direitos humanos incidentes nos cuidados em saúde, e das abordagens do Cuidado Centrado no Paciente e da empatia clínica.

Igualmente, salienta-se que não se trata de pesquisa bibliográfica, mas de investigação de natureza teórica, que se fundamenta em marcos escolhidos e direcionados para a sua aplicação a determinado objeto. A pesquisa se fundamenta em materiais bibliográficos atuais, legislações e fundamentos teóricos dos campos interdisciplinares, de modo a

constituir o corpus de análise. Para tal, procedeu-se à leitura crítica e comparativa entre as fontes, traçando pontos de divergências e intersecções que auxiliem a compreensão sobre o desenvolvimento do campo do cuidado da fertilidade nos pacientes oncológicos, e a sua intrínseca relação com a Bioética do Cuidado em Saúde. Espera-se que se tenha como resultado discussões que fundamentem a formulação de aportes teóricos originais.

Este artigo se encontra estruturado em três partes: a primeira tem como escopo abordar os aspectos gerais da preservação da fertilidade da paciente em cuidados oncológicos; a segunda trata da Bioética do Cuidado em Saúde; e a terceira versa sobre a análise da preservação da fertilidade da paciente em cuidados oncológicos, sob a ótica da Bioética do Cuidado em Saúde. Ao final, são tecidas considerações sobre as discussões e pautas levantadas no artigo, com sugestões de direcionamentos a estudos futuros na temática.

II. Preservação da fertilidade da paciente em cuidados oncológicos: considerações gerais sob a ótica biopsicossocial

Não restam dúvidas de que os maiores benefícios quando se fala em preservar a fertilidade são psicoemocionais, já que a impossibilidade da maternidade ou paternidade biológica gera angústia e aguça a sensação de impotência perante o câncer, podendo levar até mesmo a transtornos do convívio familiar e social (Dudzinski *et al.*, 2004). Prover meios para se tentar preservar a fertilidade contempla, assim, a intenção de atingir a melhor qualidade de vida possível aos sobreviventes ao câncer, principalmente no Brasil, em que a população é jovem e muitos dos indivíduos acometidos pela doença a terão antes de ter constituído prole.

Embora se reconheça o mérito da causa, inúmeros questionamentos surgem já desde a indicação de submissão de um paciente oncológico a protocolos de preservação de fertilidade. Basco e colaboradores (2010) lembram que, do ponto de vista técnico, pacientes oncológicos não são necessariamente inférteis à época do tratamento, ou o ficarão após seu término (Basco *et al.*, 2010), colocando em xeque, em tese, a indicação médica de fato.

Importante elucidar que a ausência temporária ou permanente das funções endócrina e reprodutiva depende de variáveis como localização da doença, esquema terapêutico utilizado, doses administradas, via de administração e idade da paciente no momento do tratamento gonadotóxico. Por exemplo, crianças e adolescentes podem experimentar alterações menos graves da função gonadal quando na idade adulta reprodutiva (Silva *et al.*, 2007).

De acordo com Larcher, contudo, a provisão de estratégias para preservar a fertilidade na vigência de qualquer tipo de tratamento que a possa afetar atinge patamar de obrigação moral, por respeitar a autonomia das escolhas (Larcher, 2012). Assim, a preservação de fertilidade pré-tratamento anti-neoplásico transitaria entre a indicação médica – baseada na intenção de profilaxia – e a biopsicossocial – baseada no impacto biopsicossocial da incapacidade de procriar.

A segurança do paciente é uma relevante consideração ética para o uso de técnicas de preservação da fertilidade após o câncer. De nada adiantará adotar estratégias para tanto, se não houver o bem-estar físico necessário para a paternidade e, principalmente, a maternidade saudável (Silva *et al.*, 2008).

O congelamento de embriões é o método de preservação da fertilidade mais utilizado em todo o mundo, com sobrevivência embrionária ao descongelamento de até 80% (Michelmann e Nayudu, 2006). As taxas de gravidez atingem percentuais de até 43%, e nascidos vivos até um terço dos casos, a depender de características individuais de melhor ou pior prognóstico reprodutivo (Check *et al.*, 2012). Dessa forma, pode-se dizer hoje que o congelamento de embriões confere chances de sucesso semelhantes às obtidas com embriões frescos em pacientes não-oncológicas (Edgar *et al.*, 2000).

O congelamento de espermatozóides e óvulos também é considerado uma opção para uso rotineiro (Loren *et al.*, 2013), e assume grande importância ao eliminar eventuais dilemas éticos, legais e religiosos que envolvem o congelamento de embriões. Dessa forma, torna-se particularmente interessante para adolescentes, homens e mulheres solteiros, e mulheres que não aceitem a fertilização de seus óvulos por espermatozóides de um doador anônimo, ou aos indivíduos que, por questões pessoais, sejam contra o congelamento de embriões.

A evolução do conhecimento sobre o congelamento de óvulos maduros foi muito significativa nos últimos anos, com sobrevivência quase total dos gametas após o descongelamento (Rudick *et al.*, 2010). De acordo com recente levantamento norte-americano, as taxas de fertilização e gravidez são de 67% e 33%, respectivamente (Cobo *et al.*, 2008); ou seja, os resultados reprodutivos já são muito próximos dos obtidos com gametas a fresco. Por esse motivo, o congelamento de óvulos foi recentemente adicionado como prática consagrada, e não mais experimental, para a preservação da fertilidade em pacientes oncológicas (Loren *et al.*, 2013).

Do ponto de vista ético, uma importante limitação dos métodos aceitos como rotineiros seria a necessidade de adiamento do tratamento anti-neoplásico em 2 a 4 semanas, o que se tem resolvido pelo desenvolvimento de protocolos de estimulação ovariana de início imediato, com resultados significativamente promissores (Loren *et al.*, 2013). Uma outra solução para o problema seria o desenvolvimento da maturação *in vitro* de óvulos colhidos de ovários não estimulados e, portanto, imaturos. Infelizmente, a tecnologia de maturação de óvulos *in vitro* ainda precisa evoluir, e os resultados não permitem que a estratégia seja padronizada como tratamento, permanecendo na esfera experimental (Fasano *et al.*, 2011; Imaesch *et al.*, 2013).

Ainda, a possibilidade de estimulação de tumores hormônio-dependentes implica à limitação ética, por interferir na segurança do paciente. Contudo, tal intercorrência não está ainda bem estabelecida, e vários estudos têm documentado o uso de drogas como letrozol e tamoxifeno em protocolos alternativos aos utilizados para estimulação tradicional, sem aumento aparente da recorrência do câncer em curto prazo e com resultados satisfatórios (Oktay, 2005).

A criopreservação de ovário íntegro ou da córtex (para reimplante ou cultivo de folículos isolados, ou mesmo xenotransplante), de óvulos imaturos (para maturação *in vitro*), de espermatozóides em formas jovens (espermatogônias obtidas por punção) ou de testículos íntegros (para reimplante ou xenotransplante) são técnicas consideradas experimentais na atualidade, mas que se tornariam muito importantes na prática. Isto por eliminarem dilemas éticos, legais e/ou religiosos que envolvem o congelamento de embriões, e a estimulação hormonal em crianças e adolescentes.

Atualmente, como partes de protocolos de pesquisa devidamente registrados e em centros apropriados, surgem como opções de preservação da fertilidade em grupos específicos de pacientes, para os quais as técnicas convencionais não são recomendáveis. Entre estes estão inclusos os pré-púberes femininos e masculinos; adolescentes jovens; mulheres sem parceiro fixo e que não aceitam a fertilização de seus óvulos por gametas de um doador anônimo, ou que por questões pessoais não desejam ser estimuladas hormonalmente (Patrizio e Caplan, 2010; Silva *et al.*, 2008).

Ainda, por dispensarem estimulação ovariana, qualquer das estratégias anteriormente mencionadas, se postas em prática, atenderiam muito bem portadoras de neoplasias hormônio-dependentes ou que necessitam de abordagem imediata da doença. Tal se torna ideal para mulheres, as quais o tempo necessário para indução da ovulação, mesmo em protocolos considerados rápidos, postergaria o início do tratamento de forma presumidamente lesiva.

Particularmente sob esse aspecto, em mulheres, a coleta do tecido cortical ovariano ou do ovário total oferece a vantagem de poder ser realizada em qualquer momento do ciclo menstrual, por procedimento de videolaparoscopia, e possibilitar a aquisição de centenas de milhares de folículos primordiais em estágios iniciais de desenvolvimento (Campos *et al.*, 2011; Silva *et al.*, 2008). Em mulheres sobreviventes ao câncer, pelo menos 19 gestações haviam sido relatadas a partir do uso de tecido ovariano criopreservado até meados de 2013. A criopreservação de tecido testicular ou testículo total, ou espermatozônias, ainda não foi testada com sucesso em seres humanos (Loren *et al.*, 2013).

Um aspecto importante do ponto de vista ético é a pretensão de se tornar viável o reimplante do tecido descongelado depois da remissão do câncer, podendo-se obter gestações até mesmo por concepção espontânea. A grande limitação está, ainda, no risco presumido de que o tecido reimplantado contenha focos metastáticos que possam levar à reincidência do câncer. Embora não existam relatos nos casos até hoje realizados, o paciente e seus familiares devem ser bem esclarecidos sobre essa hipótese (Poirot *et al.*, 2002).

Sobre a prole de pacientes com a fertilidade recuperada após a remissão do câncer, há de se considerar alguns aspectos: (1) a possibilidade de recorrência da doença, impedindo a existência de condições mínimas para cuidar da prole, ou até mesmo levando à orfandade precoce (Patrizio e Caplan, 2010); (2) a saúde das crianças geradas em organismos sujeitos às sequelas dos tratamentos anti-neoplásicos; e (3) a saúde de crianças concebidas por técnicas de reprodução assistida, após aquecimento e manipulação de embriões e gametas.

As possibilidades de saúde materna ou paterna gravemente debilitada, e da morte precoce do genitor sobrevivente ao câncer, ou seja, de a prole resultante do sucesso reprodutivo nesse grupo de pacientes experimentar prematuramente a orfandade de pai ou mãe, são preocupações significativas do ponto de vista ético-assistencial, bioético e social. De acordo com a *American Society for Reproductive Medicine*, porém, tais preocupações não devem ser motivos suficientes para contraindicarem a pacientes oncológicas a possibilidade de procriação pós-tratamento (Ethics Committee ASRM, 2005). Deve-se que em grande parte dos casos resta um dos genitores, e as estratégias de preservação de fertilidade disponíveis atualmente permitem armazenamento de gametas e tecidos

gonadais passíveis de descarte em caso de má evolução da doença e óbito da paciente. Naturalmente, a preservação de fertilidade em indivíduos solteiros poderia causar maior problema em caso de óbito com prole constituída de forma independente. Contudo, muitos desses pacientes, principalmente os mais jovens, serão solteiros à época do câncer, mas terão parceiros à época da procriação (Shah *et al.*, 2011).

Os filhos de homens e mulheres sobreviventes ao câncer parecem não apresentar problemas de saúde que justifiquem maior preocupação. Nem mesmo a hereditariedade do câncer encontra respaldo suficiente na literatura, para que se justifique argumento contrário à preservação da fertilidade nesse grupo de pacientes (Ethics Committee ASRM, 2005). De acordo com o *Childhood Cancer Survivor Study*, entretanto, mulheres submetidas à radioterapia abdominal ou à quimioterapia com agentes alquilantes são candidatas em potencial ao comprometimento uterino. As gestações neste grupo podem evoluir com perdas gestacionais precoces, partos pré-termo, baixa estatura ou baixo peso do concepto ao nascimento (Green *et al.*, 2009).

A interferência das técnicas de reprodução assistida (TRA) sobre a saúde das crianças assim concebidas é motivo frequente de preocupação. Entretanto, os casais submetidos a tratamentos bem sucedidos devem ser tranquilizados quanto à saúde da prole, principalmente em gestações únicas e com nascidos a termo (Rolindo *et al.*, 2013). É bem sabido que gestações múltiplas decorrentes das TRA são as principais causas de parto pré-termo, baixo peso ao nascimento e mortalidade perinatal (Chung *et al.*, 2006), o que se tem resolvido pela transferência eletiva de um ou dois embriões, sem prejuízo das taxas de sucesso.

Problemas genéticos e epigenéticos, e defeitos congênitos podem, de fato, serem mais frequentes entre crianças concebidas pelas TRA. Até o momento, entretanto, a quase totalidade de crianças assim concebidas descende de casais inférteis, para os quais a infertilidade por si é considerada fator de risco para a saúde da prole. É perfeitamente aceitável, assim, a hipótese de que crianças concebidas por TRA e oriundas de pacientes não necessariamente inférteis tenham evoluções distintas e ainda não exploradas.

Havendo preocupações, os defeitos congênitos, sem dúvida, figuram entre as principais. Na prática, contudo, a estimativa do risco absoluto a partir do cálculo do número necessário para prejudicar (NNP) é relativamente tranquilizadora. De acordo com Hansen e colaboradores, as malformações congênitas após TRA teriam *odds ratio* de 1,4, o que significa afirmar que o NNP é de 250, quando a prevalência de defeitos congênitos na população de referência é de 1% (Hansen *et al.*, 2005). Sendo assim, infere-se instintivamente que, no Brasil, seriam necessários mais de 250 nascimentos concebidos por TRA para que nascesse mais uma criança com malformação em relação às concebidas naturalmente, assumindo a prevalência de malformações congênitas de aproximadamente 0,8% entre os nascidos vivos (MS/SVS/DASIS, 2010).

III. Bioética do Cuidado em Saúde

A Bioética, desde a sua formulação inicial, ocupou-se de questões éticas que emergem da relação entre profissional de saúde e paciente. Notadamente, destaca-se que André Hellegers e R. Sargeant Shriver, meses após Van Rensselaer Potter ter empregado o termo "bioética" em sua obra "*Bioethics, the Science of Survival*", lançaram mão do vocábulo na designação, em 1971, do "Instituto Joseph e Rose Kennedy para o Estudo da Repro-

dução Humana e Bioética” (Cooter, 2004). Hellegers e Shriver, distintamente da perspectiva abrangente de Potter, conceberam a Bioética no contexto da prática clínica, enquanto um ramo da Ética Aplicada. Nessa esteira, Beauchamp e Childress (2019) conferiram à ética no contexto clínico um lugar destacado na Bioética por meio da publicação do livro “Princípios de Ética Biomédica”, em 1978, a despeito de não terem utilizado o termo “bioética”. A teoria de Beauchamp e Childress, desenvolvida no livro aludido, foi intitulada de “Princípioalismo”. Ao longo do tempo, a Bioética na esfera clínica, denominada de “Bioética Clínica”, foi marcada pela hegemonia do Princípioalismo e de seus quatro princípios: princípio do respeito à autonomia, princípio da beneficência, princípio da não-maleficência e princípio da justiça.

Desse modo, tratar de problemas e de controvérsias morais que despontam do encontro clínico sempre foi um objeto da Bioética, particularmente da Bioética Clínica. Embora a primazia do Princípioalismo tenha sido objetada, mormente por teóricos latino-americanos (Albuquerque, 2022), ainda há seu predomínio, seja na formação dos profissionais de saúde, como na Medicina e na Enfermagem, ou na atuação de Comitês Hospitalares de Bioética. Com o intuito de construir um arcabouço bioético apto a ser utilizado na prática clínica, pesquisadores do Programa de Pós-Graduação em Bioética da Universidade de Brasília vêm desenvolvendo uma nova teoria, a Bioética do Cuidado em Saúde, doravante BCS.

Esta nova vertente teórica da Bioética Clínica se fundamenta no novo paradigma do cuidado em saúde denominado de “Revolução do Paciente”, um movimento social, científico, jurídico, sanitário, cultural e ético, originado no século XXI (Albuquerque e Tanure, 2023). Este pode ser compreendido como uma reconfiguração do papel do paciente, de objeto de intervenções e de procedimentos para participante ativo e protagonista do seu próprio cuidado. Esse novo paradigma se expressa em abordagens que foram construídas não no campo bioético, como os direitos do paciente, que derivam dos direitos humanos incidentes nos cuidados em saúde, e das abordagens do Cuidado Centrado no Paciente e da empatia clínica. Como se nota, a BCS, em consonância com a interdisciplinariedade que caracteriza a Bioética, realiza a articulação de saberes e integra abordagens exógenas. Além dos Eixos apresentados, a BCS também propugna uma nova forma de deliberação ética, que se ancora em dois pressupostos: a distinção entre problema e controvérsia moral (Greene, 2018); e a abordagem do Cuidado Centrado no Paciente.

Parte-se da ancoragem da BCS na gramática dos direitos dos pacientes, compreendendo-os como prescrições ético-jurídicas, que demarcam para os pacientes um léxico de reivindicações legítimas, e para os profissionais e organizações de saúde, de comportamentos socialmente esperados. Os direitos dos pacientes englobam o direito ao consentimento informado, o direito de participar da tomada de decisão, o direito à informação, o direito à segunda opinião, o direito de não ser discriminado, dentre outros. Desse modo, a BCS não parte das obrigações dirigidas aos profissionais e às organizações de saúde, visando à construção de um arcabouço bioético, mas sim dos direitos dos pacientes, enquanto normas éticas (Albuquerque, 2023), conformando uma “teoria baseada em direitos” (Seoane, 2024). Além de ser caracterizada, do ponto de vista normativo, como uma teoria ética fundada em direitos, a BCS se estrutura em três Eixos que constituem um modelo de justificação ética (DeGrazia, 2023) da aplicação dos direitos dos pacientes em problemas e controvérsias morais, quais sejam: (a) empatia clínica; (b) relação de parceria; (c) centralidade do paciente.

Em suma, a BCS, em sua dimensão substantiva, é uma teoria bioética endereçada à prática clínica, que se fundamenta no primado ético da centralidade do paciente, na função moral da empatia clínica e no reconhecimento do valor per se da relação entre profissional e paciente. Igualmente, a BCS propugna uma mudança de fundamentação ética da obrigação/dever para o direito, haja vista que, na clínica, a análise e a prescrição bioéticas devem partir de um léxico hierárquico (Veatch, 2020), no qual os compromissos morais firmes, que se expressam nos direitos dos pacientes, situam-se em primeiro plano.

A Bioética Clínica, em sua perspectiva procedimental, assenta-se no pressuposto de que, para se alcançar deliberações bioéticas, há que se construir um processo de análise e de prescrição ética justificado racionalmente e legítimo. O processo de deliberação ética na prática clínica lida com casos que emergem do cuidado, logo, estes envolvem pacientes/familiares e profissionais de saúde. Desse modo, uma das premissas da deliberação ética é o reconhecimento de qualquer controvérsia moral, ou problema moral na esfera da Bioética Clínica, dizem respeito ao cuidado em saúde. Partindo desse pressuposto, e de que o seu propósito do cuidado é o atendimento das necessidades do paciente, sustenta-se que a deliberação ética deve partir do primado do Cuidado Centrado no Paciente.

IV. Preservação da fertilidade da paciente em cuidados oncológicos sob a ótica da bioética do cuidado em saúde

Sob a perspectiva da BCS e, especificamente, do seu Eixo do Cuidado Centrado no Paciente, parte-se da premissa ética de que a condução do cuidado endereçado à preservação da fertilidade deve ser balizada pela tomada de decisão do paciente. Esta deve ser preferencialmente feita de forma compartilhada com o profissional, expressando a parceria entre ambos, pelo seu direito de ser informado, o direito ao cuidado de qualidade e seguro, e o direito à segunda opinião. Nessa esteira, nos Países Baixos, pela primeira vez, promoveu-se a abordagem dos “Cuidados de Infertilidade Centrados no Paciente”, de forma que as decisões sobre a preservação da fertilidade sejam respeitadas e responsivas às necessidades, vontade e preferências da paciente, garantindo que a sua perspectiva oriente as decisões clínicas (Inhorn *et al.*, 2018).

Sendo assim, tendo em conta que o referencial ético adotado neste estudo se fundamenta na BCS, uma vertente Bioética alicerçada na centralidade da paciente, destaca-se que, consoante às diversas diretrizes internacionais, há a recomendação de que as pacientes em risco de infertilidade sejam orientadas a recorrer a um aconselhamento de oncofertilidade o mais cedo possível no bojo do processo de planejamento do tratamento, a despeito do tipo e do estágio da doença (Lambertini *et al.*, 2020). Desse modo, as pacientes interessadas na preservação da sua fertilidade devem ser encaminhadas a um especialista em oncofertilidade, que abordará o padrão de tratamento e as abordagens experimentais (Doungkamchan e Orwig, 2021). Este profissional também orientará a discussão sobre o desejo atual e futuro das pacientes sobre ter filhos, o impacto potencial da doença e/ou tratamento anticâncer proposto em sua fertilidade e função gonadal, as chances de concepção futura, resultados da gravidez e descendência, bem como a necessidade de contracepção eficaz no contexto do tratamento oncológico (Lambertini *et al.*, 2020). Contudo, verifica-se que o direito da paciente de ser informada sobre a importância de buscar um especialista em oncofertilidade ainda não é uma realidade, e as taxas acerca do encaminhamento do paciente a esse especialista permanecem baixas (Baek *et al.*, 2023). Estudos têm demonstrado que as pacientes são mais propensas a se submeterem ao congelamento de óvulos quando recebem aconselhamento adequado

sobre fertilidade por um enfermeiro especialista em fertilidade, um endocrinologista reprodutivo ou um ginecologista. No entanto, a quantidade de informação provida à paciente é consideravelmente variada. Em estudo qualitativo, envolvendo 19 pacientes com câncer de mama no Reino Unido, apenas metade teve a oportunidade de optar pelo congelamento de óvulos, sendo que a maioria das mulheres relatou que recebeu pouca informação ou apoio. Em outro estudo, que contou com a participação de 34 mulheres holandesas com câncer, as participantes consideraram a consulta de aconselhamento sobre infertilidade muito importante (Inhorn et al., 2018).

Com intuito de promover o Cuidado Centrado no Paciente e a efetivação do seu direito de participar da tomada de decisão, o modelo atualmente preconizado é a TDC, tornando o modelo do consentimento informado anacrônico e destinado a situações específicas. A TDC consiste num processo no qual o paciente (ou o seu representante) e um profissional compartilham informação e adotam uma deliberação baseada em consensos, sendo construído por etapas, visando alcançar um acordo sobre um plano de tratamento, procedimento, exame ou outro curso de ação. Segundo esse modelo de TDC, tem-se quatro elementos: (a) envolvimento de profissional e paciente; (b) ambos compartilham informações; (c) ambas as partes buscam construir consenso sobre a preferência de determinado curso de ação; (d) um acordo é alcançado e o tratamento implementado (Pilnick, 2022). Na esteira, o direito de participar da tomada de decisão engloba: (a) o direito de ser informado sobre seus cuidados em saúde, opções, riscos, benefícios e outros; (b) o direito de que sua vontade, necessidades e preferências informem seriamente o processo decisório; (c) o direito de tomar uma decisão informada, incluindo recusar qualquer uma das opções; (d) o direito de ter a sua decisão respeitada (Queensland Health, 2023).

As pacientes jovens com câncer enfrentam sérios conflitos decisórios em relação à preservação da fertilidade quando diagnosticadas com câncer. Por este motivo, a tomada de decisão quanto à preservação da fertilidade é um processo complexo, permeado por diversos fatores. Como consequência, constata-se a necessidade crescente de TDC no contexto da preservação da fertilidade. Nesse sentido, Tseng e colaboradores (2021) criaram uma ferramenta de TDC para tomar decisões, de modo a preservar a autonomia do paciente e melhorar a comunicação sobre a preservação da fertilidade. Além da TDC, em tal contexto, recomenda-se o emprego das Ajudas Decisórias, ferramentas desenvolvidas para auxiliar na tomada de decisão de tratamento e reduzir os conflitos de decisão. No caso da preservação da fertilidade, foram desenvolvidas Ajudas Decisórias para mulheres com câncer de mama, e a sua eficácia foi demonstrada (Baek et al., 2023). Revisão sistemática da literatura sobre Ajudas Decisórias relativas à decisão sobre a preservação da fertilidade em pacientes com câncer apontou para a sua eficácia no apoio à tomada de decisão das mulheres sobre preservação da sua fertilidade, e indicou o seu uso em cuidados clínicos (Wang et al., 2018).

Tratando-se do direito da paciente ao cuidado de qualidade e seguro, a paciente tem direito de que, no processo de TDC, os cursos de ação indicados pelo profissional sejam consentâneos com as melhores evidências, e que seus riscos e benefícios sejam adequadamente informados. Além disso, as pacientes têm o direito de serem informadas sobre as terapias e os procedimentos experimentais, para que possam sopesar os seus riscos e benefícios à luz da sua vontade e preferências.

Com efeito, segundo o *Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine*

(2018), em razão dos avanços tecnológicos alcançados na última década, a criopreservação de oócitos se tornou uma opção viável antes da terapia gonadotóxica, a qual é apropriada para mulheres solteiras ou casadas, para meninas pós-púberes e para aquelas que têm objeções à criopreservação de embriões. Ainda de acordo com o *Committee of the American Society for Reproductive Medicine* (2018), procedimentos como criopreservação de tecido ovariano em meninas e mulheres, e de tecido testicular em homens pré-púberes, apenas podem ser inseridos como um curso de ação no contexto da pesquisa. Desse modo, para muitos pacientes, os riscos e os benefícios das intervenções de preservação da fertilidade exigem discussão multidisciplinar e tomada de decisão (ESHRE Guideline Group on Female Fertility Preservation *et al.*, 2020), o que conduz à importância da TDC no contexto da preservação da fertilidade no cuidado oncológico, bem como o respeito ao direito da paciente de participar da tomada de decisão.

Quanto ao direito da paciente de ser informada sobre todas as questões relacionadas à preservação da fertilidade no contexto do cuidado oncológico, as discussões sobre riscos de fertilidade devem começar imediatamente após o diagnóstico, garantindo que todos os participantes da TDC entendam as informações fornecidas (Pawłowski *et al.*, 2023). Apesar das recomendações internacionais para o fornecimento oportuno de informações sobre fertilidade, as pacientes com câncer relatam que as suas necessidades informacionais não são atendidas. Descrevem ainda que há presença de provisão inadequada de informação por escrito, assim como da sua incompletude (Wang *et al.*, 2018). Especificamente, quanto ao que cabe informar à paciente, tem-se como patamar básico a informação sobre as opções disponíveis e os seus procedimentos correlatos (principalmente riscos relativos a eventual adiamento do início do tratamento antineoplásico); os custos aproximados (inclusive de manutenção de materiais biológicos criopreservados); e as chances de sucesso reprodutivo. Ainda, é de extrema importância que a paciente receba informações sobre uso e descarte de gametas e/ou embriões e/ou tecidos (Küçük, 2012). Desse modo, informar adequadamente as pacientes e engajá-las no processo de tomada de decisão sobre o prosseguimento da preservação da fertilidade, ou quando tentar a gravidez, são cruciais para um cuidado de qualidade. Para tanto, folhetos informativos e outros materiais, bem como Ajudas Decisionais devem ser fornecidos à paciente (ESHRE Guideline Group on Female Fertility Preservation *et al.*, 2020).

Reforça-se ainda que a paciente tem o direito de obter uma segunda opinião, que está relacionada ao direito à informação do paciente e ao cuidado de qualidade e seguro, e acarreta a diminuição de falhas no diagnóstico e implementação dos melhores tratamentos (Greenfield *et al.*, 2021). Com efeito, a paciente tem o direito de buscar a opinião de outro médico em qualquer estágio de seu tratamento, uma prática que pode proteger ainda mais contra erros e diagnósticos incorretos (World Health Organization, 2024). No cenário da oncofertilidade, a paciente pode intencionar a segunda opinião pelo fato de estar começando a sua jornada em busca da preservação da sua fertilidade, de ter ciclos fracassados, e de ter sido considerada “velha demais para a fertilização *in vitro*”, ou de que seus problemas de fertilidade “são inexplicáveis” (Center for Human Reproduction, 2024), além de outros motivos. Sublinha-se, ainda, que o *Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine* (2018) endossa a importância do encaminhamento da paciente a uma segunda opinião.

O Cuidado Centrado no Paciente implica a adoção do Modelo Biopsicossocial, por meio do qual a condição de saúde deve ser entendida a partir da visão holística da paciente.

Conforme esse modelo, o cuidado implica incorporar uma gama de fatores que se relacionam com a condição de saúde da paciente, como os sociais e os psicológicos. No caso da preservação da fertilidade, há que se reconhecer que o projeto de gerar uma criança após um câncer é fator de melhora da autoestima, e pode até mesmo contribuir para a melhor aceitação do tratamento e de seus efeitos. Entretanto, os problemas advindos da construção de falsas expectativas por parte da paciente e de seus familiares podem ser mais lesivos que aqueles causados pela própria infertilidade. Dessa forma, os riscos de insucesso devem ser igual e devidamente informados.

No que concerne ao Eixo da Empatia Clínica, que consiste na empatia do profissional de saúde em relação ao paciente (Albuquerque e Tanure, 2023), as habilidades comunicacionais têm sido consideradas a mais importante habilidade não técnica dos profissionais de saúde. Desse modo, na comunicação empática, o profissional é responsivo às emoções e aprecia ativamente a visão de mundo da paciente. A prática está associada a melhores resultados para os pacientes e familiares, incluindo diminuição da ansiedade e depressão, e melhor enfrentamento do câncer (Albuquerque e Tanure, 2023). A comunicação empática do profissional de saúde envolve a sua percepção acurada da paciente, e a habilidade para se comunicar sobre seu estado emocional e a sua perspectiva. No caso do cuidado em oncofertilidade, as consultas devem ser realizadas em ambiente confortável, considerando a idade da paciente, o seu nível de desenvolvimento cognitivo e maturidade emocional. Torna-se essencial que o diálogo seja empático e aberto, especialmente quando envolver áreas sensíveis, como quando se aborda a atividade sexual da paciente (Pawłowski *et al.*, 2023). Igualmente, é importante que o profissional confira à paciente o tempo necessário para que possa refletir sobre os cursos de ação, e tomar uma decisão informada pelas suas preferências no bojo da TDC. Ademais, a comunicação empática propicia a criação de um espaço seguro para que a paciente possa expressar suas emoções e fazer perguntas sobre as opções possíveis de preservação de fertilidade (Pawłowski *et al.*, 2023).

No caso de pacientes crianças ou adolescentes, segundo a BCS, é imperativo ético o respeito ao seu direito ao aconselhamento e à informação sobre as opções de preservação de fertilidade disponíveis, que variam em termos de abordagens padrão e as experimentais. Estas se condicionam ao estágio da puberdade em que se encontra a paciente, e à urgência de iniciar a terapia (Rowell *et al.*, 2021). Particularmente, no que tange ao direito da criança e do adolescente de consentir e do direito de participar da tomada de decisão, observa-se comumente a exclusão da paciente das decisões a serem tomadas em torno do tratamento antineoplásico. Os motivos para tanto passam pelo objetivo terapêutico focado exclusivamente na cura do câncer (sem valorizar a qualidade de vida em médio e longo prazo); pelo desconforto dos pais; e o desejo de proteger a criança ou adolescente contra a ansiedade gerada por questões delicadas, como sexualidade e procriação (Gracia *et al.*, 2010). Cabe ressaltar, contudo, que a criança e o adolescente têm direito de participar da tomada de decisão sobre seus cuidados, tal como preconiza a *American Academy of Pediatrics* (1995). A criança com idade maior de 7 anos tem direito de expressar sua vontade e preferências, e até mesmo a recusa à preservação da fertilidade, ainda que esta seja um desejo dos pais (Shah *et al.*, 2011). Ainda, com a evolução da regulamentação da preservação da fertilidade, será importante considerar a restrição do uso de gametas ou tecidos gonádicos com propósitos reprodutivos antes da criança de quem foram retirados ser capaz de fornecer o consentimento informado legalmente reconhecido para tanto (Stegman, 2010).

Reconhece-se que o cuidado da paciente criança e adolescente no contexto da oncofertilidade é complexo e multifacetado, apresentando uma série de questões bioéticas, tais como as relacionadas à terapia experimental, à incerteza sobre o risco de infertilidade futura ou de insuficiência hormonal, bem como problemáticas concernentes ao material genético do paciente (Rowell *et al.*, 2021). A despeito da relevância de tais questões bioéticas, este estudo buscou ocupar-se da centralidade da paciente – adulta, criança e adolescente – e da importância da relação com o profissional de saúde, bem como dos seus direitos, como expressões de uma Bioética que lhe confere protagonismo no cuidado em saúde e o entende como essencialmente relacional.

V. Considerações Finais

Os maiores benefícios decorrentes da preservação da fertilidade, após um câncer, são os psicoemocionais, na medida em que a impossibilidade da maternidade biológica é motivo de grande angústia, e realça a impotência sentida pela paciente no contexto de uma enfermidade que, em geral, é grave. Preservar a função ovariana e, assim, a fertilidade da paciente contempla a intenção de prover a melhor qualidade de vida possível aos sobreviventes de câncer, principalmente no Brasil, em que a população é jovem e muitas pacientes terão a doença antes de constituir a prole.

Considerando-se a vulnerabilidade e a pressão psicoemocional geradas por um diagnóstico de câncer, é eticamente imperioso que o cuidado em oncofertilidade seja centrado na paciente, de modo que seja assegurado o seu direito de participar do processo de tomada de decisão, bem como de ser adequadamente informada. Ademais, a comunicação empática, que implica a construção de um espaço seguro para que a paciente possa expressar suas emoções, fazer perguntas e ser atentamente escutada, é um componente essencial de uma interação alicerçada na BCS. Portanto, o emprego da BCS, enquanto ferramenta que baliza o comportamento de profissionais, pacientes e familiares, torna-se fundamental para uma abordagem eticamente adequada em oncofertilidade. Nesse contexto em que imperam incertezas, é de extrema importância o Cuidado Centrado no Paciente e o respeito aos seus direitos, de modo que as decisões sejam informadas e baseadas nas suas preferências.

Referências

- Albuquerque, A. (2022) Críticas ao Princípio do Autonomia sob a ótica do novo paradigma ético nos cuidados em saúde: o protagonismo do paciente. *Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética*, 1(25).
- Albuquerque, A. (2023) Bioética do Cuidado em Saúde: novo método de deliberação ética na prática clínica. *Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética*, 1(27-28).
- Albuquerque, A., e Tanure, C. (2023) Healthcare bioethics: A new proposal of ethics for clinical practice. *History and Philosophy of Medicine*, 5(2), 10.
- American Academy of Pediatrics (1995). Informed consent, parental permission, and assent in pediatric practice. *Pediatrics*, 95, 314-317.
- Baek, S. Y., Kim, H. K., Park, S., Yu, J. H., Lee, M. H., Youn, H. J., Kim, H. A., Han, J. H., Choi, J. E., Lee, J. R., Lee, K. H., Chung, S., Chae, H. D., Kim, S., Yoo, S., Hahm, S. K., e Kim, H. J. (2023) Multidisciplinary Shared Decision Making for Fertility Preservation in Young Wo-

men With Breast Cancer. *Journal of Breast Cancer*, 26(6), 582-592. Disponível em: 10.4048/jbc.2023.26.e44.

- Basco, D., Campo-Engelstein, L., e Rodriguez, S. (2010). Insuring against infertility: Expanding state infertility mandates to include fertility preservation technology for cancer patients. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 38, 832-839.
- Beauchamp, T. L., e Childress, J.F. (2019) *Principles of Biomedical Ethics*. 8ª ed. Nova Iorque: Oxford.
- Campos, J. R., Rosa-e-Silva, J. C., Carvalho, B. R., Vireque, A. A., Silva-de-Sá, M. F., e Rosa-e-Silva, A. C. (2011). Cryopreservation time does not decrease follicular viability in ovarian tissue frozen for fertility preservation. *Clinics*, 66(12), 2093-2097.
- Carvalho, B. R., e Behrens, R. N. (2009). Direito à informação: Pilar da boa relação médico-paciente e da profilaxia do erro profissional. *Prática Hospitalar*, 11, 130-132.
- Check, J. H., Choe, J. K., Brasile, D., Cohen, R., e Horwath, D. (2012). Comparison of pregnancy rates following frozen embryo transfer according to the reason for freezing: Risk of ovarian hyperstimulation vs inadequate endometrial thickness. *Clinical and Experimental Obstetrics & Gynecology*, 39(4), 434-435.
- Chung, K., Coutifaris, C., Chalian, R., Lin, K., Ratcliffe, S. J., Castelbaum, A. J., Freedman, M. F., e Barnhart, K. (2006). Factors influencing adverse perinatal outcomes in pregnancies achieved through use of in vitro fertilization. *Fertil Steril*, 86, 1634-1641.
- Cobo, A., Kuwayama, M., Pérez, S., Ruiz, A., Pellicer, A., e Remohí, J. (2008). Comparison of concomitant outcome achieved with fresh and cryopreserved donor oocytes vitrified by the Cryotop method. *Fertility and Sterility*, 89(6), 1657-1664. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2007.06.021>.
- Cooter, R. (2004) *Historical Keywords*. Bioethics. Disponível em: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(04\)17382-0.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(04)17382-0.pdf).
- Deepinder, F., e Agarwal, A. (2008). Technical and ethical challenges of fertility preservation in young cancer patients. *Reproductive Biomedicine Online*, 16(6), 784-791.
- Degrazia, D. (2023) Leveraging a Sturdy Norm: How Ethicists Really Argue. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 1-11.
- Doungkamchan, C., Orwig, K. E. (2021) Recent advances: fertility preservation and fertility restoration options for males and females. *Faculty Reviews*, 10(55). Disponível em: 10.12703/r/10-55.
- Edgar, D. H., Bourne, H., Speirs, A. L., e McBain, J. C. (2000). A quantitative analysis of the impact of cryopreservation on the implantation potential of human early cleavage stage embryos. *Human Reproduction*, 15(1), 175-179.
- ESHRE Guideline Group on Female Fertility Preservation, Anderson, R. A., Amant, F., Braat, D., D'Angelo, A., Lopes, S. M. C. S., Demeestere, I., Dwek, S., Frith, L., Lambertini, M., Maslin, C., Moura-Ramos, M., Nogueira, D., Rodriguez-Wallberg, K., e Vermeulen, N. (2020) ESHRE guideline: female fertility preservation. *Human Reproduction Open*, 4. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/hropen/hoaa0>.
- Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. (2019) Fertility preservation and reproduction in patients facing gonadotoxic therapies: an Ethics Committee opinion. *Fertility and Sterility*, 110(3), 380-386. Disponível em: https://www.asrm.org/globalassets/_asrm/practice-guidance/ethics-opinions/pdf/fertility_preservation_and_reproduction_patients_facing_gonadotoxic_therapy.pdf.
- Fasano, G., Moffa, F., Dechène, J., Englert, Y., e Demeestere, I. (2011). Vitrification of in vitro matured oocytes collected from antral follicles at the time of ovarian tissue cryopreservation. *Reproductive Biology and Endocrinology*, 9(1), 150.
- Gracia, C. R., Gracia, J. J. E., e Chen, S. (2010). Ethical dilemmas in oncofertility: An explo-

- ration of three clinical scenarios. *Cancer Treatment and Research*, 156, 195-208.
- Green, D. M., Sklar, C. A., Boice Jr., J. D., Mulvihill, J. J., Whitton, J. A., Stovall, M., e Yasui, Y. (2009). Ovarian failure and reproductive outcomes after childhood cancer treatment: Results from the Childhood Cancer Survivor Study. *Journal of Clinical Oncology*, 27(14), 2374-2381.
 - Greene, J. (2018) *Tribos morais: A tragédia da moralidade do senso comum*. São Paulo: Record.
 - Greenfield, G., Pliskin, J. S., Feder-Bubis, P., Wientroub, S., Davidovitch, N. (2012) Patient-physician relationships in second opinion encounters - The physicians' perspective. *Social Science & Medicine*, 75(7), 1202-12. Disponível em: [10.1016/j.socscimed.2012.05.026](https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2012.05.026).
 - Inhorn, M. C., Birenbaum-Carmeli, D., Westphal, L. M., Doyle, J., Gleicher, N., Meirow, D., Raanani, H., Dirnfeld, M., e Patrizio, P. (2018). Medical egg freezing: the importance of a patient-centered approach to fertility preservation. *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 35(1), 49-59. Disponível em: [10.1007/s10815-017-1081-5](https://doi.org/10.1007/s10815-017-1081-5).
 - Küçük, M. (2012). Fertility preservation for women with malignant diseases: Ethical aspects and risks. *Gynecological Endocrinology*, 28(10), 937-940. Disponível em: <https://doi.org/10.3109/09513590.2012.673893>.
 - Lambertini, M., Peccatori, F.A., Demeestere, I., Amant, F., Wyns, C., Stukenborg, J-B., Paluch-Shimon, S., Halaska, M. J., Uzan, C., Meissner, J., von Wolff, M., Anderson, R. A., e Jordan, K. (2020) Fertility preservation and post-treatment pregnancies in post-pubertal cancer patients: ESMO Clinical Practice Guidelines. *Annals of Oncology*, 31(12), 1664-1678. Disponível em: <https://www.esmo.org/guidelines/guidelines-by-topic/esmo-clinical-practice-guidelines-supportive-and-palliative-care/fertility-preservation-and-post-treatment-pregnancies-in-post-pubertal-cancer-patients>.
 - Larcher, V. (2012). The ethical obligation to preserve fertility in the face of all therapies that might adversely affect it. *Archives of Disease in Childhood*, 97(9), 767-768. Disponível em: <https://doi.org/10.1136/archdischild-2012-302017>.
 - Loren, A. W., Mangu, P. B., Beck, L. N., Brennan, L., Magdalinski, A. J., Partridge, A. H., Quinn, G., Wallace, W. H., e Oktay, K. (2013). Fertility preservation for patients with cancer: American Society of Clinical Oncology clinical practice guideline update. *Journal of Clinical Oncology*, 31(19), 2500-2510. Disponível em: <https://doi.org/10.1200/JCO.2013.50.3401>.
 - Michelmann, H. W., e Nayudu, P. (2006). Cryopreservation of human embryos. *Cell and Tissue Banking*, 7(2), 135-141. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10561-006-9014-1>.
 - MS/SVS/DASIS (2013). *Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos - SINASC* [base de dados]. Departamento de Informática do SUS. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sinasc/cnv/nvuf.def>.
 - Oktay, K. (2005). Further evidence on the safety and success of ovarian stimulation with letrozole and tamoxifen in breast cancer patients undergoing in vitro fertilization to cryopreserve their embryos for fertility preservation. *Journal of Clinical Oncology*, 23(16), 3858-3859. Disponível em: <https://doi.org/10.1200/JCO.2005.03.0376>.
 - Patrizio, P., e Caplan, A. L. (2010). Ethical issues surrounding fertility preservation in cancer patients. *Clinical Obstetrics and Gynecology*, 53(4), 717-726. Disponível em: <https://doi.org/10.1097/GRF.0b013e3181f7d2d5>.
 - Pawłowski P., Zięta, K. J., Michalczyk, J., Fryze, M., Buchacz, A., Zaucha-Prażmo, A., Zawitkowska, J., Torres, A., e Samardakiewicz, M. (2023) Fertility Preservation in Children and Adolescents during Oncological Treatment-A Review of Healthcare System Factors and Attitudes of Patients and Their Caregivers. *Cancers (Basel)*, 15(17), 4393. Disponível em: [10.3390/cancers15174393](https://doi.org/10.3390/cancers15174393).
 - PILNICK, Alison. *Reconsidering Patient Centred Care*. Bingley: Emerald, 2022.
 - Poirot, C. J., Vacher-Lavenu, M. C., Helardot, P., Guibert, J., Brugières, L., e Jouannet, P. (2002). Human ovarian tissue cryopreservation: Indications and feasibility. *Human Repro-*

- duction, 17(6), 1447-1452. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/humrep/17.6.1447>.
- QUEENSLAND HEALTH. *Guide to Informed Decision-making in Health Care*. Australia, 2023. Disponível em: https://www.health.qld.gov.au/_data/assets/pdf_file/0019/143074/ic-guide.pdf. Acesso em: jul. 2024.
 - Rolindo, T. F., Carvalho, B. R., Gomes Sobrinho, D. B., Cuzzi, J. F., Silva, A. A., e Nakagava, H. M. (2013). The child conceived by assisted reproduction techniques: Pre- and perinatal aspects. *JBRA Assisted Reproduction*, 17(1), 40-43. Disponível em: <https://doi.org/10.5935/1678-4375.20130011>.
 - Rowell, E. E., Lautz, T. B., Lai, K., Weidler, E. M., Johnson, E. K., Finlayson, C., e van Leeuwen, K. (2021) The ethics of offering fertility preservation to pediatric patients: A case-based discussion of barriers for clinicians to consider. *Seminars in Pediatric Surgery*, 30(5), 151095. Disponível em: 10.1016/j.sempedsurg.2021.151095.
 - Rudick, B., Opper, N., Paulson, R., Bendikson, K., e Chung, K. (2010). The status of oocyte cryopreservation in the United States. *Fertility and Sterility*, 94(7), 2642-2646. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2009.10.063>.
 - SEOANE, J. A. (2024) A Rights-Based Theory for Health Justice. In Seoane, J. A. e Vergara, O. (ed.) *The Discourse of Biorights*. The International Library of Bioethics, v. 109. Germany: Springer.
 - Shah, D. K., Goldman, E., & Fisseha, S. (2011). Medical, ethical, and legal considerations in fertility preservation. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 115(1), 11-15. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ijgo.2011.04.016>.
 - Silva, A. C. J. S. R., Carvalho, B. R., Silva, J. C. R., e Sá, M. F. S. (2008). Ovarian function preservation after cancer. In M. T. Moorland (ed.). *Cancer in female adolescents*. Vol. 1. Nova lorque: Nova Science Publishers. p. 139-153.
 - Silva, A. C. J. S. R., Silva, J. C. R., Reis, R. M., Tone, L. G., Sá, M. F. S., e Ferriani, R. A. (2007). Gonadal function in adolescent patients submitted to chemotherapy during childhood or during the pubertal period. *Journal of Pediatric and Adolescent Gynecology*, 20(2), 89-91. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jpag.2007.02.004>.
 - Stegman, B. J. (2010). Unique ethical and legal implications of fertility preservation research in the pediatric population. *Fertility and Sterility*, 93(4), 1037-1039. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2009.03.043>.
 - Tseng, L. M., Lien, P. J., Huang, C. Y., Tsai, Y. F., Chao, T. C., e Huang, S. M. (2021) Developing a Web-Based Shared Decision-Making Tool for Fertility Preservation Among Reproductive-Age Women With Breast Cancer: An Action Research Approach. *Journal of Medical Internet Research*, 23(3), e24926. Disponível em: 10.2196/24926.
 - Veacht, R. (2020) Reconciling Lists of Principles in Bioethics. *Journal of Medicine and Philosophy*, 45, 540-559.
 - Wang, Y., Anazodo, A., e Logan, S. (2019) Systematic review of fertility preservation patient decision aids for cancer patients. *Psychooncology*, 28(3), 459-467. Disponível em: 10.1002/pon.4961.
 - Woodruff, T. K. (2007). The emergence of a new interdisciplinary: oncofertility. *Cancer Treatment and Research*, 138, 3-11. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-0-387-68274-4_1.
 - World Health Organization (2024). *Global cancer burden growing, amidst mounting need for services*. Geneva: World Health Organization. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/01-02-2024-global-cancer-burden-growing--amidst-mounting-need-for-services>.

Feminismos e identidades para efetivação de direitos humanos no Mercosul

Feminisms and Identities for the Realization of Human Rights in Mercosur.

Sandra Regina Martini¹; Stéphani Fleck da Rosa²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)03](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)03)

Fecha de envío: 13.04.2025

Fecha de aceptación: 30.05.2025

RESUMO:

O artigo analisa o direito à identidade como elemento central para a promoção da dignidade humana e da justiça social no contexto do Mercosul. O problema de pesquisa parte das dificuldades em garantir os direitos das mulheres em sociedades marcadas por desigualdades estruturais e conflitos multiculturais. O objetivo geral é compreender como o reconhecimento das identidades culturais e de gênero pode contribuir para a efetivação dos direitos humanos. Entre os objetivos específicos, destacam-se: refletir sobre a identidade como construção dinâmica; integrar justiça distributiva e reconhecimento; e avaliar políticas públicas nos países do bloco. A hipótese propõe que a articulação entre identidade, redistribuição econômica e reconhecimento cultural favorece a inclusão social e o combate à violência de gênero. Utiliza-se metodologia qualitativa, com base em análise teórica e comparativa de legislações nacionais. Os resultados apontam avanços normativos — como leis de feminicídio e aborto — mas também evidenciam a fragilidade das políticas públicas diante de crises como a pandemia. Conclui-se que políticas intersetoriais e o princípio da fraternidade são essenciais para enfrentar desigualdades e transformar as estruturas sociais, garantindo uma participação igualitária e efetiva das mulheres na vida pública.

1 Doutorado em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce (2001), Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Professora do programa de pós-graduação da UNILASALLE Canoas, Professora do programa de pós-graduação e Diretora de Pós-graduação Stricto Sensu da UNIFACVEST, Professora visitante da Università Gabriele d'Annunzio di Chieti-Pescara (2022), coordenadora e Professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Ritter dos Reis. Email: srmartini@gmail.com. ORCID: orcid.org/0000-0002-5437-648X.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2022) e com bolsa CAPES/CNPQ (2020-2022). Pós-doutor em Direitos Humanos e Segurança pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Em estágio pós-doutoral em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito SP (FADISP). Email: stephanifleckrosa@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7326-6887>.

RESUMEN:

Este artículo analiza el derecho a la identidad como elemento central para promover la dignidad humana y la justicia social en el contexto del Mercosur. El problema de investigación surge de las dificultades para garantizar los derechos de las mujeres en sociedades marcadas por desigualdades estructurales y conflictos multiculturales. El objetivo general es comprender cómo el reconocimiento de las identidades culturales y de género puede contribuir a la realización de los derechos humanos. Los objetivos específicos incluyen: reflexionar sobre la identidad como un constructo dinámico; integrar la justicia distributiva y el reconocimiento; y evaluar las políticas públicas en los países del bloque. La hipótesis propone que la articulación entre identidad, redistribución económica y reconocimiento cultural fomenta la inclusión social y la lucha contra la violencia de género. Se utiliza una metodología cualitativa, basada en un análisis teórico y comparativo de la legislación nacional. Los resultados apuntan a avances normativos —como leyes sobre femicidio y aborto— pero también resaltan la fragilidad de las políticas públicas ante crisis como la pandemia. La conclusión es que las políticas intersectoriales y el principio de fraternidad son esenciales para abordar las desigualdades y transformar las estructuras sociales, garantizando la participación igualitaria y efectiva de las mujeres en la vida pública.

ABSTRACT

The article analyzes the right to identity as a central element for the promotion of human dignity and social justice within the context of Mercosur. The research problem stems from the challenges in ensuring women's rights in societies marked by structural inequalities and multicultural conflicts. The general objective is to understand how the recognition of cultural and gender identities can contribute to the realization of human rights. Among the specific objectives are: to reflect on identity as a dynamic construction; to integrate distributive justice and recognition; and to evaluate public policies in the countries of the bloc. The hypothesis proposes that the articulation between identity, economic redistribution, and cultural recognition promotes social inclusion and the fight against gender-based violence. A qualitative methodology is used, based on theoretical and comparative analysis of national legislation. The results indicate normative advances—such as laws on femicide and abortion—but also highlight the fragility of public policies in times of crisis, such as the pandemic. It is concluded that intersectional policies and the principle of fraternity are essential to address inequalities and transform social structures, ensuring equal and effective participation of women in public life.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade; Direito Fraternal; Feminismos; Multiculturalismo; Mercosul

PALABRAS CLAVE: Identidad; Derecho Fraternal; Feminismos; Multiculturalismo; Mercosur

KEY WORDS: Identity; Fraternal Law; Feminisms; Multiculturalism; Mercosur.

I. Introdução

O direito à identidade tem se mostrado cada vez mais central nas discussões sobre justiça social e democracia em sociedades contemporâneas. Longe de ser uma característica fixa ou natural, a identidade é compreendida como um processo dinâmico, construído historicamente a partir de interações sociais, culturais e políticas. Em contextos marcados pelo multiculturalismo, pelas migrações e pelas desigualdades estruturais,

esse direito assume uma dimensão estratégica na promoção da dignidade humana e na efetivação dos direitos fundamentais. A compreensão de quem somos, individual e coletivamente, impacta diretamente na forma como acessamos e reivindicamos direitos. O problema de pesquisa que se impõe é: de que forma o direito à identidade, especialmente a identidade de gênero, pode contribuir para a efetivação dos direitos humanos das mulheres no espaço do Mercosul, frente aos desafios da desigualdade estrutural e da violência de gênero? Para enfrentar essa questão, o objetivo geral do estudo é analisar como o reconhecimento das identidades culturais e de gênero pode atuar como vetor de transformação social e jurídica na proteção de direitos. Como objetivos específicos, busca-se: (i) discutir o papel da identidade como fundamento dos direitos humanos; (ii) integrar as dimensões de redistribuição econômica e reconhecimento cultural nas políticas públicas; e (iii) examinar criticamente a legislação voltada aos direitos das mulheres nos países do Mercosul, especialmente em contextos de crise como a pandemia.

A hipótese central é a de que políticas públicas intersetoriais que articulem reconhecimento identitário, justiça distributiva e um compromisso ético com a equidade têm maior potencial de efetivar os direitos humanos das mulheres, reduzindo as múltiplas formas de violência que as atingem. Sustenta-se que o direito à identidade, quando compreendido em sua dimensão relacional e plural, permite superar modelos jurídicos baseados na neutralidade formal e contribui para uma democracia mais inclusiva e sensível às diferenças.

Para testar essa hipótese, adota-se uma metodologia qualitativa, com abordagem interdisciplinar, baseada em revisão teórica, análise documental e estudo comparado das legislações sobre direitos das mulheres nos países do Mercosul. A análise envolve o exame de normas jurídicas sobre feminicídio, aborto e violência doméstica, bem como das políticas públicas emergenciais adotadas durante a pandemia de COVID-19. Também se considera o papel dos movimentos feministas e das instituições na formulação e fiscalização dessas medidas, destacando avanços e limitações.

Dessa forma, este estudo pretende contribuir com o debate sobre a centralidade da identidade na construção de uma cultura jurídica comprometida com a justiça social. O fortalecimento dos direitos das mulheres exige mais do que reconhecimento formal: demanda transformação das estruturas normativas, simbólicas e institucionais que sustentam a desigualdade. Nesse horizonte, o princípio da fraternidade e a valorização das identidades múltiplas se apresentam como caminhos promissores para a construção de um espaço regional verdadeiramente democrático, no qual a diversidade não seja apenas tolerada, mas acolhida como base legítima da dignidade humana.

II. Direito à Identidade

Experimentar novos modelos sociais é possível diante do discurso jurídico da dignidade humana dentro da sua concepção de mundo que reorganiza as estruturas sociais e políticas perante os alicerces de uma tradição. Pensa-se de modo constante na identidade individual e coletiva contemporaneamente. Entende-se, pois, por compreensão da identidade do sujeito a capacidade de apreender a verdade do outro e estabelecer formas significativas de interação em prol de uma realização construtiva dos direitos humanos e fundamentais. Assim, a identidade não significa apenas uma habilidade superficial no manejo da convivência.

Tem-se a identidade coletiva que se alicerça nas expressões da cultura com marcas da

comunidade e de padrões perceptíveis de ordem social valorativa. Reforça o teor da dignidade acompanhado ao modelo constitucional contemporâneo e a experiência das instituições políticas, traçando o respeito à diversidade e à diferença num contexto multicultural, contribuindo para a mediação de conflitos:

A solução de conflitos de base identitária (e aqueles entre culturas o são) deve desfazer nós intrincados. É notório quais problemas o multiculturalismo que a crescente fase migratória induz tem criado aos sistemas jurídico-políticos; e se conhece bem o quanto "abstratas" são as categorias da cidadania quando é necessário tomar decisões concretas e transformá-las em diretiva de ações ou, pior ainda, em uma medida de equilíbrio (Resta, 2014:70).

Vê-se o multiculturalismo não apenas como problema, mas como condição de vida e solução inevitável. Há razoabilidade na proposta de um pacto de cidadania entre a cultura hospitaleira e a cultura hospedada, em contrato regular e não hipocritamente imposto (Resta, 2014: 70). O multiculturalismo é, portanto, a necessidade de reconhecimento e respeito às diferenças culturais, de modo a viabilizar uma convivência pacífica e fraterna.

As lutas por reconhecimento seriam motivadas por questões identitárias e de diversidade cultural, o que exigiria a criação de uma política de reconhecimento "hospitaleira com as diferenças" (Taylor, 2009:136). Taylor relaciona a concepção de reconhecimento com a identidade, na qual identidade é verificada pelo reconhecimento do outro pelos outros (Taylor, 2009: 86). Nesse sentido, o autor busca identificar como a sociedade liberal democrática deve lidar com o multiculturalismo e a demanda por reconhecimento de grupos conforme etnia, sexo, religião, entre outros. Taylor, então, se propõe a repensar o liberalismo para se alcançar uma sociedade justa, com a inclusão das diferenças na esfera pública, baseado em metas públicas e não no universalismo igualitário tradicional. Nesse enfoque, Taylor entende a identidade como "a compreensão de quem somos, de nossas características fundamentais como seres humanos" (Taylor, 2009:241).

Desse modo se questiona quem seria o legítimo representante da identidade cultural. Criam-se conflitos entre as identidades e soluções dependem do empobrecimento das identidades com sua internalização no sistema normativo, visto que se faz imperativo sua codificação, não havendo outro meio senão sua tradução a uma linguagem própria em código (Resta, 2014: 71). Compreende-se uma regra de solução do próprio conflito de identidade, na qual as identidades devem ser as identidades comuns a todos (Resta, 2014: 71).

Questiona-se o paradoxo da identidade geracional sobre a base de sua diferença, observando um tipo único de código das gerações ao invés de observar a partir de dentro do seu próprio código geracional. Assim, as gerações são substituídas pelas outras e este código paradoxal que as constroem, através principalmente da condição mais sólida da identidade que se blinda com seu chauvinismo ante a mutabilidade e contingências (Resta, 2014: 81). Ressalta-se mais uma vez que "as gerações passam ou são passadas, mas o dado da mutabilidade não impede o constituir-se das identidades simétricas e opostas" (Resta, 2014: 81).

Fala-se de movimentos de aproximação da teoria em direção a uma definição da consistency da identidade:

Primeiro movimento para definir a identidade do ligame indissolúvel entre a identidade e a diferença, como ligame entre uma identidade e uma diferença enquanto a diferença entre uma identidade e uma diferença e assim por diante (Resta, 2014: 86). Segundo o autor, há um ligame infinito e duplo no seu sentido (*double bind*).

O segundo movimento de definição foi de reconstruir uma característica eletiva da identidade: aquela pela qual, construtivamente, a identidade escolhe não a diferença simplesmente, mas a sua diferença e a diferença escolhe a sua identidade (Resta, 2014: 86). O autor aborda ou em oscilação própria fixada (para-noia) ou em oscilações binária do próprio código (meta-noia).

O terceiro movimento é "o espaço que colma ou espaço que é colmatado" (Resta, 2014: 86). Mais precisamente, o problema posto é entre corpo e alma.

O quarto movimento de definição foi aquele reflexivo que tanto a identidade, quanto a sua teoria colocam em jogo, quando percebem inadequações da observação e se corrige o disparo, começando a se dirigir reflexivamente a si mesmo (Resta, 2014: 87). A identidade observa a identidade, sem reduções a máscaras no *theatrum publicum*.

O quinto movimento é, consoante o autor, diretamente complementar ao precedente como a identidade fala de si e se apresenta a si mesma mais que ao seu público, não tem um eu irreduzível e soberano da identidade (Resta, 2014: 87). Compreende-se a decomposição em várias identidades.

Tem-se a identidade reconstruída que desliza lentamente na identidade codificada e seu código elabora todos os sentidos possíveis do reconhecimento, que retomam categorias essenciais, a saber, o espaço e o tempo. Por meio de uma identidade codificada se recorda sempre "o quanto os limites entre o interno e o externo, entre o auto e o heterodefinido são muito láveis e quanto tudo tornam a se colocar no vazio espaço invisível" (Resta, 2014: 88). Ou seja, a identidade e teoria são apenas o que resta a um naufrago, a busca eterna por esse espaço vazio invisível e por colocar-se no jogo do tempo:

Os percursos da identidade encontram sempre algum sargento que, seja também pelas causas publicamente mais dignas e necessárias, decomporá e recomporá as peças com as quais é construída: outras medições seriam possíveis e à identidade não permanecerá outra coisa que a percepção do próprio desencanto estatístico da totalidade (Resta, 2014: 95).

Percebe-se que a identidade deixa de ser um dado natural e começa a ser lida como um processo específico. A identidade passa a ser observada como mecanismo que se modifica no tempo e como se compõe de elementos que se transformam continuamente, necessitando reconexões e ajustes das conexões já existentes (Resta, 2014: 97).

A identidade se encontra na reapropriação do próprio passado. Por sua vez quanto mais a natureza "íntima" de um homem ou de um povo "possui raízes fortes, tanto mais se empossará e apropriará do passado" (Resta, 2014: 99). Bem dizer que governar é um processo do qual se é governado por uma "força plástica", uma arte combinatória de difícil exercício.

Pensa-se em inverter o processo pelo qual a memória e o esquecimento trabalham definindo a identidade como uma verdadeira lição de existência "que consiste não em uma virtude normativa, mas na prática cotidiana de reunir o "tempo justo" do esquecimento" e o "tempo justo" da recordação" (Resta, 2014: 99). A identidade se mostra nos seus múltiplos limites e aumentar as possibilidades de atravessamentos, tais quais a capacidade de narração e descrição (Resta, 2014:102).

Media-se, como uma forma verbal, ou seja, conota uma atividade de mediação ao religar "aquilo que agora é desconexo porque a relação e o circuito são interrompidos, mas o circuito e a relação eram e podiam ainda estar em funcionamento" (Resta, 2014: 72). Praticamente, tudo é passível de mediação.

Há a compreensão da hermenêutica como espaço comum de "medialidade" da linguagem dos falantes. Reúne, por sua vez, os falantes para além da diferença das linguagens, como também, em todos os outros sentidos, pela diferença das linguagens, pela criação de uma "terceira" língua. Resta questiona se essa linguagem seria uma metalíngua ou apenas uma outra língua capaz de interpretar os dialetos dos falantes. Ademais, vê-se o quanto se modifica na mediação quanto à hermenêutica e ao jogo da mediação, mas sobretudo na representação de uma identidade (Resta, 2014:75).

Cabe lembrar inclusive da fraternidade e sua implicação no resgate de várias dimensões da vida que retornam hoje, exatamente porque a perspectiva da codivisão é a alternativa possível para superar outras dificuldades atuais, por exemplo, o fim das delimitações geográficas e políticas do Estado-nação. Aqui, a fraternidade se apresenta como um desafio cosmopolítico, revelando, assim, suas paradoxalidades. Mas não só isso: apresenta-se também como paradoxo, pois mostra, ao mesmo tempo, sua falácia e suas possibilidades. Por exemplo: ou os direitos são de fato inclusivos ou não existem (Martini, 2017: 280).

Reflete-se sobre a solidariedade e sua referência ao apoio mútuo dos indivíduos, contribuindo ao centro de referência da fraternidade que é uma relação intersubjetiva, ou seja, de reconhecimento a partir do outro, marcada por uma relação horizontal e igualitária, que exige dos indivíduos igualmente o reconhecimento mútuo e as responsabilidades comunitárias, de forma a implementar e proteger interesses transindividuais a exemplo do direito à identidade, como a de gênero (Machado, 2017: 203).

O que importa para essa análise é que a fraternidade reconhece determinados valores fundamentais para a afirmação da democracia (Gonthier, 2000: 574), principalmente aqueles de afirmação e defesa identitárias. O primeiro que se destaca é a noção de empatia – vinculado à concepção de equidade que permeia determinada comunidade, noção que incorpora a ideia de suavização das diferenças na medida das desigualdades dos indivíduos. A segunda compreensão incorporada é a de inclusão, que está associada a ideias de deveres, tanto do Estado quanto dos demais indivíduos. Por conseguinte, a fraternidade implica a valorização dentro da própria comunidade das noções de compromisso (*commitment*) e de responsabilidade (*responsability*). Como corolário lógico desses dois valores, estão as noções de confiança e de cooperação, que encontram relação, por sua vez, com a ideia de associação em busca de uma sociedade mais justa e equânime. Por essas noções, uma postura fraterna – baseada na empatia, na inclusão, na confiança, na associação – permite a afirmação dos direitos, especialmente os identitários, e de uma democracia justa e livre de violências.

III. Os novos Direitos Humanos e feminismos

Os movimentos para Giddens são aglutinados entre as ações que são geradas por tensões estruturais, a exemplo de movimentos negros e movimentos feministas, por crenças generalizadas, como os movimentos dos direitos civis, distúrbios e violências, tais como, movimentos de rua, quebraquebras etc., e movimentos que são deflagrados por situações de controle social, por exemplo, movimento contra as reformas da Constituição brasileira (Giddens, 1993: 145). Já Touraine sem se preocupar com a criação de uma tipologia, apresenta um leque maior de registros históricos de movimentos sociais, subdividindo-os em messiânicos, camponeses, de defesa comunitária, de defesa da identidade, lutas urbanas, novos movimentos sociais, movimentos históricos, movimentos políticos e lutas culturais (Touraine, 1989: 98).

Tem-se o exame de Laclau do surgimento de movimentos centrados em questões identitárias, também denominados de “novos movimentos sociais”, visto que problemática do sujeito passou a ser tratada de forma diferenciada na teoria sociológica (Laclau, 1986: 45).

Sobre os direitos humanos, Boaventura de Sousa Santos indica que estão postos como uma bandeira que surge dentro dos movimentos populares, uma vez que se está perante uma crise aparentemente irreversível de projetos de emancipação, tem-se essas mesmas forças progressistas que recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação. Ou seja, para o autor, é como se os direitos humanos fossem invocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo (Santos, 1997: 99).

Boaventura, desse modo, descreve essa relação de contradição como uma “tensão dialética que ocorre entre o Estado e a sociedade civil”, estando os direitos humanos no cerne desta tensão (Santos, 1997: 106). A primeira geração de direitos humanos, a saber os direitos civis e políticos, foi concebida prioritariamente como uma luta da sociedade contra o Estado, na condição de maior violador potencial de direitos, enquanto os direitos de segunda e terceira gerações (os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais) pressupõem o Estado como garantidor.

Nesse sentido, argumenta-se que as necessidades cotidianas levam à mobilização de movimentos sociais, as transformações sociais levam à transformação das necessidades humanas. O que, por sua vez, impactará nos processos reivindicatórios por novos direitos.

A teoria de Nancy Fraser se apresenta como uma chave de leitura crucial ao entendimento dos feminismos³ surgidos após a segunda onda e com o despontamento da Nova Esquerda, ao revelar possibilidades de uma aliança entre emancipação e proteção social, que faça frente ao neoliberalismo. Fraser retoma a discussão esquecida da justiça distributiva como uma direção a ser aprofundada pelas políticas feministas ao passo que fortalece identidades através do reconhecimento das diferenças. Essa “política de identidade coincidiu com um desdobramento histórico mais amplo: o esgarçamento da democracia social baseada na ideia de nação, graças à pressão do neoliberalismo global” (Fraser, 2007: 293) traz impedimentos à aplicação de uma teoria do reconhecimento. Diante de dilemas feministas atuais, tais quais, debates sobre multiculturalismo e defesa da não subordinação de corpos femininos diante de mutilações genitais, ou até mesmo, questionamentos sobre a paridade de gênero em número em instituições políticas e

3 Nesse estudo se usa o termo feminismos, em vez de feminismo, visto que se entende um conjunto de teorias feministas e seus movimentos.

judiciais como sendo suficientes e eficazes ou não para mudança cultural da sociedade, são enfrentados por ela em sua argumentação, demonstrando a ausência de soluções dadas pela teoria identitária⁴.

Obviamente, Fraser não tem a pretensão e nem sua teoria de esgotar todos os anseios as questões advindas dos feminismos como um todo, porém em boa medida contrapõe ao grande esquecimento atual sobre o debate da desigualdade econômica entre homens e mulheres, também refletidas em outros marcadores sociais, tais quais, raciais, étnicos, nacionalidades, religiosos e de classe. A autora mantém as diferenciações e antagonismos dos feminismos no seu próprio âmbito de suas discussões, o qual não deveria fazer parte da centralidade do movimento, a fim de continuar avançando em direção à paridade definitiva entre os gêneros. A descrença na capacidade de feminismos gerarem mudanças, resulta em grande parte pelo afastamento destes da arena política e da luta contra a realidade econômica instaurada há séculos, que subjuga o feminino à baixa remuneração e à invisibilidade do cuidado realizado em ambientes públicos, com profissões “exclusivas” do gênero feminino, e domésticos.

Fraser vai tentar retomar em sua teoria a pujança do feminismo da segunda onda e do surgimento de novos movimentos sociais que desafiaram juntos as estruturas normatizadoras da social-democracia do pós-Segunda Guerra. Fala-se em um projeto e um processo transnacional de política (Fraser, 2007: 293), na terceira fase do feminismo em formas gerais, com referenciais ainda europeus e estadunidenses.

Com fortes debates acadêmicos sobre a “diferença”, formou-se então um culturalismo truncado, de uma política culturalizada de reconhecimento, sem qualquer defesa à hegemonia do fundamentalismo de livre mercado, visto o esquecimento dos debates sobre as políticas de redistribuição (Fraser, 2007: 297). Em geral, então, nem os teóricos da distribuição nem os teóricos do reconhecimento conseguiram sanar adequadamente as preocupações um do outro⁵. Assim, em vez de endossando qualquer um de seus paradigmas com a exclusão do outro, propõe-se analisar a teoria bidimensional de justiça de Fraser, a qual trata a distribuição e o reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas de justiça, sem reduzir um deles ao outro, trazendo ambas dimensões para dentro de uma estrutura mais ampla e abrangente.

O núcleo normativo da concepção da autora é a noção de paridade participativa. De acordo com esta norma, a justiça requer arranjos sociais, as quais permitem que todos os membros (adultos) da sociedade interajam uns com os outros como pares. Para que a paridade participativa seja possível, afirma Fraser, que duas condições devem ser sa-

4 Os discursos tanto construtivistas quanto desconstrutivistas do gênero não avançaram suficientemente nos problemas das desigualdades e nas rupturas do binômio sexual. Ver Gonzáles-Marín (2011). Ainda sobre a questão identitária cabe a leitura de Judith Butler (2016). “A dispersão do humanismo liberal com a pretensão de uma subjetividade completa, e de uma racionalidade reveladora, na qual o homem é o autor de seus pensamentos e discursos, talvez seja mais importante para a desconstrução da masculinidade, que é para as mulheres não ter sido nunca completamente incluído neste discurso” (Thornton, 1986: 7, tradução do autor).

5 Isso não exclui *a priori* que algum autor poderia estender com sucesso o paradigma distributivo para englobar questões de culturais. Nem que algum autor pudesse estender com sucesso o paradigma de reconhecimento para abranger a estrutura do capitalismo, embora improvável, sendo necessário atender vários requisitos essenciais simultaneamente: primeiro, deve-se evitar hipostasiar cultura e diferenças culturais; segundo, deve-se respeitar a necessidade de justificação moral não sectária e deontológica sob as condições modernas de valorizar o pluralismo; terceiro, deve-se levar em consideração o caráter diferenciado de sociedade capitalista, na qual status e classe podem divergir; quarto, deve-se evitar visões excessivamente unitárias ou durkheimianas de integração cultural que postulam um único padrão de valores culturais que é compartilhado por todos e que permeia todas as instituições e práticas sociais. Veja mais em Fraser e Honneth (2004).

tisfeita, pelo menos. Em primeiro lugar, a distribuição dos recursos materiais deve ser tamanha que garanta a independência e a voz dos participantes. Em segundo lugar, a interpretação e a avaliação de padrões culturais institucionalizados expressem igual respeito por todos os participantes e também garantam oportunidades iguais para alcançar a estima social. Ressalta-se que ambas as condições são necessárias para a paridade participativa e que nenhuma das duas sozinhas são suficientes.

Nessa questão, cabe a reflexão sobre a retomada do direito como lugar de embate e travamento também das lutas de gênero, posicionando aspectos da justiça a fim de inserir esses debates dentro e fora do campo jurídico. Para tanto, endossam-se questionamentos de rupturas, a qual postula Carol Smart (2016)⁶.

Para além do romantismo do direito como instrumento transformador por si só, Smart inicia uma crítica aprofundada da contestação que deve vir de um discurso naturalista, muitas vezes, essencialista e universal, o qual invisibiliza as relações de gênero em sua composição e operação, aflorando ainda mais as subordinações presentes na sociedade. Travar visões interseccionais de gênero, raça e classe ao direito, especialmente, o brasileiro é crucial para a superação de injustiças⁷.

IV. Mercosul, resistência e proteção de direitos

Estuda-se o arcabouço legislativo dos países do Mercosul a fim de analisar sua efetividade na garantia dos direitos das mulheres em seu reconhecimento das garantias dos direitos humanos das mulheres, como uma luta por uma identidade de gênero não só fronteiriça, todavia compartilhada fraternamente em espaços criadores de defesa e proteção de direitos para fins de equidade social e cultural.

Inicia-se análise pela Lei nº 26.791 da Argentina, a qual tipifica o feminicídio como agravante do homicídio, Código Penal Argentino art. 80 (Argentina, 2012). Em particular, esta lei consistiu na modificação dos incisos 1 e 4 do artigo 80 e na inclusão dos incisos 11 e 12, que impõem a pena de prisão ou prisão perpétua para quem matar “mulher quando o ato for perpetrado por um homem e mediar a violência de gênero” (seção 11) e a quem o fez” com o propósito de causar sofrimento a uma pessoa com quem ele mantém ou manteve um relacionamento nos termos da seção 1” (seção 12), com as quais as figuras de feminicídio são incorporadas.

A classificação de feminicídio contribuiu para tornar visível uma das formas mais extremas de violência contra a mulher e as consequências na vida de suas filhas e filhos. Muitas vezes, meninos e meninas são vítimas de “feminicídios vinculados”, ou seja, ou seja, foram assassinados pelo feminicídio para “punir” ou “vingar” a mulher.

Como política pública de reparação, foi sancionado o Regime de Reparação Econômica para Meninas, Rapazes e Adolescentes Lei n.º 27.452/ 2018, conhecida por “Lei Brisa”, que prevê a reparação econômica de crianças e adolescentes menores de vinte e um anos, ou para pessoas com deficiência sem cuidados parentais devido à violência de gênero e/ou intrafamiliar. Prevê-se que esta lei deva entrar em vigor quando o progenitor

6 Para um melhor entendimento: “O trabalho do feminismo é desconstruir o discurso naturalista, negação do gênero do direito, revelando constantemente o contexto em que se constituiu e traçando paralelos com outras áreas da vida social. A lei não é uma entidade flutuante, ela está ancorada no patriarcado, bem como nas divisões de classe e divisões étnicas” (Smart, 2016:122).

7 Para saber mais sobre a temática brasileira ver González (1982) e Carneiro (1995).

e/ou progenitor aparentado tiver sido processado e/ou condenado como autor, coautor, instigador ou cúmplice do crime de homicídio de sua genitora (violência de gênero / feminicídio)⁸.

Diante de uma legislação vasta de direitos de mulheres e meninas, a qual determinou a instalação de redes de proteção e atendimento especializado, a Argentina sofreu um drástico aumento de denúncias de violência de gênero, em torno de 39% a mais durante o isolamento devido a pandemia do COVID-19. E, desde o início do confinamento em 20 de março, houve aproximadamente 19 feminicídios.

Em 30 dezembro de 2020, o Senado Argentino aprovou a Lei do Aborto (Lei 27.610), entrando em vigor em 14 de janeiro de 2021. Cabe lembrar a longa luta dos movimentos feministas, a exemplo de março de 2018 quando foi apresentado no Câmara dos Deputados um projeto de lei para lidar com a interrupção voluntária da gravidez. Era a sétima vez que um projeto dessa natureza foi apresentado, mas a primeira vez que acessou a instância de debate e voto. O então presidente, Mauricio Macri, mostrou-se aberto ao debate, mas contrário à legalização do aborto (Olguín, 2019). O projeto obteve média sanção na Câmara dos Deputados (129 votos a favor, 125 contra, 1 abstenção), mas ficou paralisado no Senado (38 votos contra, 31 a favor). O contrário do que aconteceu na votação em dezembro de 2020, no qual foi alcançada com 131 votos positivos, 117 negativos e seis abstenções, resultando na aprovação da lei.

Segundo estimativas, entre 2010 e 2014 houve cerca de 6,5 milhões de abortos na América Latina anualmente e Caribe; cerca de 760.000 mulheres foram atendidas anualmente devido a complicações de saúde de abortos inseguros, e estima-se que o 10% de todas as mortes maternas foram derivadas deles. Na Argentina, estima que haja cerca de 450.000 abortos anuais, sendo que 75% dos casos são feitos com o sistema para interromper o aborto ou tratar seus efeitos (sepse, sangramento grave ou lesão ao útero, bexiga ou intestino) (Monteverde y Tarragona, 2019).

Legalizar significa passar de um "direito negativo" (sem interferência do Estado na eleição individual), para um "direito positivo" (requer ações declarações afirmativas do Estado). Envolve demandar benefícios e serviços públicos, como banheiros públicos, que garantem o acesso igualitário a uma interrupção de gravidez segura, ao reivindicar a secularização da lei, a processo de de-imbricação de detritos essencialista religioso, dogmático e conservadores do discurso jurídico estatal (Monte y Vaggione, 2019).

A partir da manifestação da CIDH, o Brasil promulgou a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha. A lei criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e prevê a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além de estabelecer medidas de atendimento e proteção à mulher em situação de violência doméstica e família.

8 Regulamentado pelo Decreto nº 871/2018, de 28 de setembro de 2018, com o Anexo I onde fica estipulado, no artigo 1º, que a reparação será aplicada quando: a. Seu pai e / ou pai relacionado foi processado e / ou condenado. Tanto a acusação quanto a condenação devem ser finais. b. O encerramento da ação penal por morte foi declarado pela autoridade judiciária competente. A causa da morte por violência doméstica e / ou de gênero foi determinada pela autoridade judiciária competente. Da mesma forma, entre outras questões, seu artigo 3 estabelece que a reparação financeira a favor dos destinatários será retroativa à data de cometimento do delito que lhe deu origem quando este ocorrer após a promulgação da Lei nº 27.452 e que, nos casos em que a prática do crime que dá origem à reparação econômica tenha ocorrido antes da promulgação da Lei nº 27.452, sua aplicação será retroativa à data de sua promulgação (Argentina, 2018).

Esse instrumento legal evidencia a preocupação em detalhar e especificar direitos e garantias das mulheres e estabelece medidas cautelares emergenciais, podendo inclusive conceder pensão alimentícia provisória em favor da mulher, podendo deter os agressores em flagrante delito ou realizar prisão provisória quando envolve uma ameaça iminente à integridade física da mulher. A Lei também prevê medidas de proteção à mulher, como a retirada do agressor de casa, além de representar significativa elasticidade ao conceito de violência para incluir toda e qualquer forma de violência, seja ela física, psicológica, moral, patrimonial ou sexual, considerando-a uma violação dos direitos humanos.

A Lei Maria da Penha sofreu alteração pela Lei nº 13.827 / 2019, inclusive para autorizar a aplicação de medida protetiva emergencial pela autoridade judiciária ou policial para mulheres em situação de violência doméstica e familiar, ou para seus dependentes, e determinar o registro da medida protetiva emergencial em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Mesmo assim, a questão da violência doméstica no Brasil é sistêmica e suas taxas aumentam desde 2017, agravadas no contexto da pandemia do COVID-19, com as vítimas submetidas ao necessário isolamento social. Constatou-se a diminuição das ligações para o Ligue 180, Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, criada em 2005, e hoje gerida pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Dados deste serviço, publicados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mostram uma queda nacional de 9% nas denúncias recebidas, comparando os registros do mês de março de 2020 com março de 2019 (Fórum, 2020). Mas há insuficiência de dados, uma tendência do governo brasileiro presente em diversas áreas e, por isto, a pesquisa deteve-se apenas às informações sobre os estados do Acre, Mato Grosso, Pará, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e São Paulo. Com exceção de Mato Grosso e Rio Grande do Sul, todos os outros tiveram redução no número de denúncias. No Pará, a redução foi de 40% e, no Rio Grande do Norte, de 33%. Já no Mato Grosso, as denúncias aumentaram quase 10%.

A mesma pesquisa também mostra que os números de feminicídios e homicídios de mulheres em São Paulo aumentou 46% na comparação de março de 2020 com março de 2019 e duplicou na primeira quinzena de abril. No Acre, o crescimento foi de 67% e no Rio Grande do Norte o número triplicou em março de 2020. No Rio Grande do Sul não houve variação no número de feminicídios.

Veja a Lei nº 13.979 promulgada em fevereiro de 2019 no Brasil, que dispõe sobre as medidas gerais de enfrentamento da emergência sanitária provocada pela COVID-19, que não contém qualquer estratégia em relação ao problema da violência doméstica (Brasil, 2020a). Com base nesta Lei (que cobra do Estado o dever de realizar campanhas de informação), o Conselho Nacional de Justiça e a Associação dos Magistrados Brasileiros, com apoio do Supremo e do Ministério da Justiça e da Segurança Pública lançaram, em 10 de junho de 2020 a campanha Sinal Vermelho, na qual as mulheres que estão sob ameaça foram orientadas a recorrer à rede de farmácias como espaço alternativo para pedirem socorro (Conselho, 2020).

Entretanto, medidas robustas precisam ser tomadas para garantir os atendimentos das vítimas. Constatada a grave lacuna na Lei Geral 13.979, proliferaram proposições legislativas para alterá-la ou mesmo alterar a Lei Maria da Penha. Em ano eleitoral, a tramitação dessas propostas desperta interesses diversos, revelando uma teia imbricada de

objetivos e intenções tanto progressistas como conservadores. Lança-se um olhar sobre este panorama no Congresso Nacional Brasileiro, que em 7 de julho de 2020, sancionou a Lei nº 14.022, com as primeiras medidas específicas de enfrentamento da violência doméstica e familiar no período de emergência sanitária, beneficiando mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência (Brasil, 2020b).

O projeto original da lei tinha 19 deputadas como autoras e, na tramitação, mais 17 aderiram como coautoras. Ou seja, assinaram o projeto quase metade das deputadas em exercício, de 17 diferentes partidos. Em síntese, a lei orienta sobre o atendimento presencial em caso de estupro e feminicídio, atendimento remoto com registros de ocorrência via site ou atendimento por telefone de emergência, além de medidas protetivas. O Senado também encaminhou à Câmara o Projeto de Lei nº 2.510/2020, que estabelece o dever, por parte de condôminos, locatários e síndicos, de informar às autoridades competentes os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (Senado, 2020).

Na República do Paraguai, a expressão “femicídio” é também usada. Isso decorre do disposto no artigo 50 da citada Lei nº 5.777 de 2016 sobre Proteção Integral à Mulher, Contra Todas as Formas de Violência, que inclui dois artigos dedicados ao feminicídio, sua classificação e punição (Paraguay, 2016). A violência contra a mulher é definida no artigo 5º da referida lei, nos seguintes termos:

É a conduta que causa morte, dano ou sofrimento físico, sexual, psicológico, patrimonial ou econômico à mulher, em razão de sua condição como tal, em qualquer campo, que se exerça no quadro de relações de poder desiguais e discriminatórias (Paraguay, 2016).

Por sua vez, a violência feminicida é definida no artigo 6 da mesma regra que:

A ação que viola o direito fundamental à vida e causa ou tenta causar a morte da mulher e que seja motivada pela sua condição como tal, tanto na esfera pública como privada (Paraguay, 2016).

A mesma norma define violência física, psicológica e sexual, seguindo os critérios estabelecidos nas convenções, assim como a Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Paraguai pela Lei nº 605 de 1995. É importante destacar que no Paraguai ela sobrevive, em conjunto com a citada Lei nº 5.777 de 2016, Lei nº 1.600 de 2000 Contra a Violência Doméstica, que estabelece medidas de proteção civil para todas as pessoas, independentemente do sexo ou idade.

Todavia, o aumento do número de ligações recebidas nas linhas habilitadas para denúncias é um claro indicador dessa pandemia de violência de gênero que surge como efeito colateral da pandemia COVID-19. Os dados estatísticos corroboram essa premissa, visto que em março de 2019, o Ministério da Mulher do Paraguai registrou 417 atendimentos denunciando ataques ao número de atenção à violência contra a mulher e em março deste ano, o número subiu para 626. Somente na primeira quinzena de abril de 2020 foram relatadas 325 denúncias (Paraguay, 2020).

Em 2002, o Estado uruguaio promulgou a Lei nº 17.514 que incorporou o crime de violência doméstica ao Código Penal por meio do artigo 321, que estabelece que (Uruguay, 2002):

Qualquer pessoa que, por meio de violência ou de ameaças prolongadas ao longo do tempo, cause um ou mais danos pessoais a uma pessoa com as quais tenha ou tenha mantido relação afetiva ou de parentesco, independentemente da existência de vínculo jurídico, será punido com pena de prisão de seis a vinte e quatro meses (Uruguay, 2002).

Já a Lei nº 17.815 de 2004, que trata da violência sexual cometida contra meninos, meninas, adolescentes e pessoas com deficiência (URUGUAY, 2004). Tornou-se o assédio sexual, tanto no local de trabalho quanto na educação e o reconheceu como uma forma de violência de gênero estrutural. Igualmente, por meio da Lei nº 18.104 sobre Igualdade de Oportunidades e Direitos de 2007, é consagrado o princípio da igualdade entre homens e mulheres e declaradas de interesse geral as atividades voltadas para a igualdade entre homens e mulheres, confiando ao Estado o dever de adotar políticas públicas que integrem a perspectiva de gênero (Uruguay, 2007). Criou-se também o Conselho Nacional de Coordenação de Políticas Públicas para a Igualdade de Gênero (CNG), presidido pelo Instituto Nacional da Mulher (INMUJERES). Em 2017, também foi promulgada a Lei nº 19.580, Lei sobre Violência contra a Mulher, referente aos atos de discriminação e feminicídio, que modificou os artigos 311 e 312 do Código Penal (Uruguay, 2017).

Segundo publicação do Ministério do Interior em 2017 sobre os feminicídios no Uruguai, os homicídios de mulheres nas mãos de ex-companheiros, apenas pelo fato de serem mulheres, é crescente, apesar dos números evidenciarem o oposto (Ministério, 2020). Em 2015 foram assassinadas 26 mulheres e no ano de 2016, ocorreram 16 feminicídios. Fazendo uma média desses dados, entre os anos de 2012 a 2016, obtém-se que nesse período 19 mulheres morreram por ano em decorrência de violência de gênero. O relatório de 2014 da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) mostra que o Uruguai ocupa o segundo lugar na América Latina em termos de número de mulheres assassinadas.

Essa realidade não alterou e teve uma piora no período da pandemia em solo uruguaio. Segundo as autoridades, as denúncias policiais de violência contra as mulheres caíram 8% nos primeiros 45 dias de confinamento em comparação com o mesmo período do ano passado. No entanto, as consultas e pedidos de ajuda via telefone sobre violência de gênero aumentaram de forma drástica em 80%. Desde janeiro foram cometidos 11 feminicídios e 13 tentativas de feminicídio (Instituto, 2020). Somente no ano passado houve 40 mil denúncias. Na mesma pesquisa governamental de 2019 traz que 76,7% das mulheres disseram ter sofrido violência de gênero ao longo de sua vida, e 47% disseram ter sofrido de companheiros ou ex-companheiros (Ministério, 2020).

O custo humano da violência de gênero é enorme para a sociedade, pelo não reconhecimento do direito à vida e à saúde das mulheres e meninas, especialmente aos direitos identitários como transformadores culturais e sociais.

V. Considerações finais

A análise desenvolvida ao longo do estudo permitiu confirmar que o direito à identidade, especialmente em sua dimensão de gênero, constitui um elemento essencial para a promoção da justiça social e para o fortalecimento democrático nas sociedades do Mercosul. A pesquisa evidenciou que a identidade não pode ser tratada como algo fixo ou estático, mas sim como um processo relacional que demanda reconhecimento mútuo e

mediação constante em contextos multiculturais. Quando esse reconhecimento é negado, ocorrem violações de direitos que afetam, de forma particularmente grave, mulheres e outros grupos historicamente marginalizados.

Os resultados mostraram que legislações como a Lei Maria da Penha, no Brasil, e a legalização do aborto na Argentina representam avanços importantes, mas ainda insuficientes diante da persistência da violência de gênero e da desigualdade material. O aumento dos casos de feminicídio durante a pandemia revelou as fragilidades das políticas públicas de proteção, que em muitos casos não conseguiram oferecer suporte adequado às vítimas. Além disso, observou-se que a ausência de dados e o desmonte de serviços essenciais também contribuíram para a precarização da resposta estatal em momentos de crise.

Ficou claro que políticas de redistribuição econômica precisam ser articuladas com políticas de reconhecimento identitário, conforme propõe a teoria da justiça em duas dimensões. A simples criação de leis não garante por si só a transformação social. É necessário um compromisso mais profundo com a inclusão, que envolva não apenas os aparelhos institucionais do Estado, mas também a sociedade civil, os movimentos sociais e as instâncias locais de atuação comunitária. A equidade, nesse sentido, depende tanto de condições materiais quanto do reconhecimento simbólico das identidades plurais.

Outro resultado importante foi a identificação da fraternidade como princípio ético-político capaz de promover uma convivência mais justa e inclusiva. Longe de ser um valor abstrato, a fraternidade exige compromisso com a empatia, a solidariedade e a responsabilidade coletiva, fortalecendo redes de apoio intersetoriais e promovendo a transformação das relações sociais. Essa perspectiva fraterna mostra-se especialmente potente em contextos regionais como o Mercosul, onde a integração entre diferentes culturas e legislações pode fortalecer o enfrentamento conjunto das desigualdades.

Em síntese, conclui-se que o direito à identidade é um eixo estruturante para a efetivação dos direitos humanos das mulheres no Mercosul. A superação das desigualdades exige políticas públicas integradas que reconheçam a complexidade das identidades e enfrentam as violências de maneira ampla e coordenada. A identidade, compreendida como um direito em si mesma, transforma-se também em instrumento de resistência e de construção de um futuro mais igualitário, plural e democrático.

Referências

- ARGENTINA (2012). *Lei n° 26.791*. Nov. 2012. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26791-206018> Acessado em: 02/05/2025.
- ARGENTINA (2018). *Lei n° 27.452*. Jul. 2018. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27452-312717/normas-modifican>. Acessado em: 03/05/2025.
- BRASILA (2020). *Lei n° 13.979*. Fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acessado em: 01/09/2024.
- BRASILb (2020). *Lei n° 14.022*. Jul. 2020. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.022-de-7-de-julho-de-2020-265632900>. Acessado em: 01/09/2024.

• BUTLER, Judith (2016). *Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (2020). *Projeto de Lei nº 1291*. Jun. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242471>. Acessado em: 01/09/2024.

• CARNEIRO, Sueli (1995). Gênero, raça e ascensão social. *Revista Estudos Feministas*, n. 2, p. 544-552.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2020). *Campanha Sinal Vermelho*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acessado em: 01/09/2024.

• FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (2020). *Nota Técnica*. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acessado em: 05/09/2024.

• FRASER, Nancy; HONNETH, Axel (2004). *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso.

• FRASER, Nancy (2020). *Fortunes of Feminism From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. London: Verso, 2020.

• FRASER, Nancy (2007). Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 15, pp. 291-308.

• GIDDENS, Anthony (1993). *Sociology*. Oxford: Polity Press.

• GONTHIER, Charles D. (2000) Liberty, equality, fraternity: the forgotten leg of the trilogy, or fraternity: the unspoken third pillar of democracy. *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, v. 45.

• GONZÁLEZ- MARÍN, Carmen (2011). Biopolítica y género. Cuadernos Kóre, *Revista de historia y pensamiento de género*, v. 1, n. 4, p. 7-13.

• GONZÁLEZ, Lélia (1982). A mulher negra na sociedade brasileira. In: LUZ, Madel. *O lugar da mulher*. Rio de Janeiro: Graal.

• INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (2020). No Uruguai, a “pandemia oculta” de violência contra as mulheres está fora de controle. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/600260-no-uruguai-a-pandemia-oculta-de-violencia-contra-as-mulheres-esta-fora-do-controle>. Acessado em: 20/04/2025.

• LACLAU, Ernesto (1986). Os novos movimentos sociais e a pluralidade do social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 1, n. 2, p. 41-47. São Paulo, Out.

• MACHADO, Clara (2017). *O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

• MARTINI, Sandra Regina (2017). Metateoria do Direito Fraternal e Direito do Consumidor: limites e possibilidades do conceito de fraternidade. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 113. ano 26. p. 271-295. São Paulo: Ed. RT, set.-out.

• MINISTERIO DO INTERIOR (2020). *Feminicídio em Uruguay: Análisis para la homogenización de criterios y su categorización*. Disponível em: <https://www.gub.uy/categoria-publicacion/materiales-didacticos>. Acessado em: 20/04/2025.

• MONTE, M.; VAGGIONE, J (2019). Cortes irrumpidas. La judicialización conservadora del aborto en Argentina. *Revista Rupturas*, v. 9, n. 1, pp. 107-125.

• MONTEVERDE, M. ; TARRAGONA, S (2019). Abortos seguros e inseguros: Costos monetarios totales y costos para el sistema de salud de la Argentina en 2018. *Salud Colectiva*, n. 15, p. 2275.

• OLGUÍN, M (2019). *Macri contra el aborto: Claramente a favor de las dos vidas*. Disponível em:

<https://www.pagina12.com.ar/223709-macri-contr-elaborto-claramente-a-favorde-las-dos-vidas>.

• ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) (2021). *La iniciativa Spotlight*. Disponível em: <https://www.un.org/es/spotlight-initiative/>. Acessado em: 25/03/2025.

• ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) (2015). *Recomendação Geral n. 33* (sobre o acesso das mulheres à justiça). Comitê CEDAW.

• ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) (2017). *Recomendación general n. 35 (sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General núm. 19)*. Comitê CEDAW.

• PARAGUAY (2020). *Con alto número de bromas, el 137 ya recibió más de mil llamadas*. Disponível em: <http://www.mujer.gov.py/index.php/noticias/con-alto-numero-de-bromas-la-linea-137-ya-recibio-este-mes-mas-de-mil-llamadas>. Acessado em: 01/03/2025.

• PARAGUAY (2016). *Lei n° 5.777*. Disponível em <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/8356/ley-n-5777-de-proteccion-integral-a-las-mujeres-contr-toda-forma-de-violencia>. Acessado em: 01/05/2025.

• RESTA, Eligio (2014). *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed.Unijui.

• SANTOS, Boaventura de Souza (1997). Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32.

• SENADO FEDERAL (2020). Projeto de Lei n° 2510. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141880>. Acessado em: 01/05/2025.

• SMART, Carol (2020). A mulher do discurso jurídico / The Woman of Legal Discourse. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 2, p. 1418-1439, 2020.

• TAYLOR, Charles (2009). *A Ética da Autenticidade*. Portugal: Edições 70.

• THORNTON, Margaret(1986). Feminism Jurisprudence: IllusionorReality? *Australian Journal Of Law and Society*, n. 3, p. 5-29.

• TOURAINE, Alain (1989). *Palavra e sangue*. Campinas: Unicamp.

URUGUAY (2002). *Lei n° 17.514*.

Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5281561.htm>. Acessado em: 05/05/2025.

• URUGUAY (2007). *Lei n° 18.104*.

Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4341758.htm> . Acessado em: 05/05/2025.

• URUGUAY (2017). *Lei n° 19.580*. 2017.

Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu249019011439.htm>. Acessado em: 05/05/2025.

¿Es un derecho humano vivir más? Acceso equitativo a tecnologías biomédicas en el derecho interna- cional y el sistema interamericano

Is Living Longer a Human Right? Equitable Access to Biomedical Technologies in International Law and the Inter-American System

Francisco Justiniano Velasco Arellanes¹

DOI: DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)04)

Fecha de envío: 05.05.2025

Fecha de aceptación: 24.06.2025

RESUMEN:

El artículo analiza la viabilidad jurídica de reconocer el acceso equitativo a tecnologías biomédicas de prolongación de la vida como son la edición genética, la medicina regenerativa y las terapias antienvjecimiento, estas como parte exigible del derecho a la salud en el marco del derecho internacional y del sistema interamericano. A través de una revisión doctrinal y normativa, se argumenta que los principios de progresividad, igualdad y dignidad humana respaldan una interpretación evolutiva de los derechos a la salud y a la vida, que incorpore los avances científicos orientados a extender la longevidad en condiciones dignas. Aunque los tratados internacionales clásicos no mencionan expresamente estas tecnologías, su interpretación dinámica, desarrollada por comités de la ONU y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permite su integración en el contenido material de dichos derechos. El análisis abarca fuentes vinculantes del sistema universal e interamericano, así como declaraciones bioéticas no vinculantes como las de la UNESCO. Se concluye que los Estados nación tienen la obligación de adoptar medidas progresivas que garanticen el acceso equitativo a estas tecnologías, evitando que sus beneficios queden reservados a sectores privilegiados, y afirmando que la longevidad saludable debe ser parte de una agenda ampliada de justicia en salud.

ABSTRACT

This article examines the legal viability of recognizing equitable access to life-extending biomedical technologies—such as gene editing, regenerative medicine, and anti-aging therapies—as an enforceable component of the right to health under international law and within the Inter-

¹ Profesor de Tiempo Completo, Universidad de Sonora; Doctorado en Ciencia del Comportamiento; Lic. en Psicología Clínica; Pasante de Lic. en Derecho; Ema-il: francisco.velasco@unison.mx; <https://orcid.org/0000-0001-7535-9067>.

American human rights system. Through a doctrinal and normative analysis, it argues that the principles of progressivity, equality, and human dignity support an evolutionary interpretation of the rights to health and life, one that incorporates scientific advances aimed at extending longevity under dignified conditions. Although traditional international treaties do not explicitly mention such technologies, their dynamic interpretation—developed by UN committees and the Inter-American Court of Human Rights—allows their integration into the material content of these rights. The analysis includes binding sources from the universal and Inter-American systems, as well as influential non-binding instruments such as UNESCO's bioethical declarations. The article concludes that States are obligated to adopt progressive measures to ensure equitable access to these technologies, preventing their benefits from being limited to privileged sectors, and affirming that healthy longevity must be part of an expanded agenda of justice in health.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, Biotecnología, Salud, Senescencia, Justicia Social.

KEY WORDS: Human Rights, Biotechnology, Health, Senescence, Social Justice.

I. Introducción

El derecho a la salud y el derecho a la vida están profundamente entrelazados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Tradicionalmente, el primero ha sido concebido como un derecho económico, social y cultural, que obliga a los Estados a realizar acciones positivas para garantizar el bienestar físico y mental de sus ciudadanos. Por su parte, el derecho a la vida ha sido clasificado como un derecho civil, orientado a proteger a las personas frente a actos arbitrarios que atenten contra su existencia. Sin embargo, la evolución normativa y jurisprudencial ha dado lugar a una lectura complementaria de ambos derechos: no se puede ejercer plenamente el derecho a la vida sin condiciones mínimas de salud, y el derecho a la salud implica garantizar intervenciones que preserven la vida y la dignidad humana.

En el siglo XXI, esta interdependencia cobra especial relevancia ante los avances disruptivos en biotecnología. Tecnologías emergentes como la edición genética mediante CRISPR/Cas9², los nanodispositivos³ terapéuticos, las vacunas basadas en ARNm⁴ y la manipulación celular avanzada prometen transformar radicalmente el abordaje de enfermedades crónicas, neurodegenerativas y asociadas al envejecimiento. La combinación de edición genética, modulación controlada de la telomerasa y eliminación dirigida de células senescentes —lo que algunos autores han denominado una triada regenerativa— se proyecta como un enfoque integral con potencial para frenar el deterioro celular sin inducir riesgos oncológicos inmediatos (Latorre, García & Culqui, 2024). Estas tecnologías actúan sobre mecanismos moleculares fundamentales del envejecimiento,

2 Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats / CRISPR-associated protein 9 (CRISPR-Cas9): sistema de edición genética de alta precisión que permite cortar y modificar secuencias específicas de ADN. Su utilidad radica en su capacidad para corregir mutaciones, eliminar genes patológicos o insertar material genético con fines terapéuticos, lo que la convierte en una herramienta clave en la medicina regenerativa y en las terapias anti-envejecimiento emergentes (Latorre, García & Culqui, 2024).

3 Nanodispositivos: estructuras o sistemas artificiales diseñados a escala nanométrica (1–100 nm) con capacidad para interactuar con componentes biológicos a nivel molecular, utilizados en diagnóstico, administración dirigida de fármacos y terapias regenerativas (Bhushan, 2017)

4 ARNm (ácido ribonucleico mensajero): molécula que transporta instrucciones genéticas del ADN a los ribosomas para la síntesis de proteínas; base tecnológica de vacunas innovadoras y terapias genicas.

como el acortamiento de los telómeros⁵ y la inflamación sistémica, los cuales se vinculan directamente con enfermedades de alta prevalencia (Porika, Tippani & Saretzki, 2022).

La ingeniería genética de alta precisión, en particular la dirigida a genes relacionados con la longevidad, así como las células CAR T⁶ enfocadas en receptores uPAR⁷ que eliminan células senescentes sin generar efectos adversos en modelos animales (Amor et al., 2020), sugieren una reconfiguración profunda del concepto mismo de salud. El derecho a la salud ya no podría limitarse a garantizar el tratamiento de enfermedades, sino que debería abarcar la prevención activa del deterioro asociado al envejecimiento mediante herramientas biotecnológicas emergentes. Esta transformación plantea una interrogante urgente y normativamente compleja: ¿debe considerarse el acceso equitativo a estas tecnologías como parte exigible del derecho humano a la salud, y, por tanto, íntimamente vinculado al derecho a la vida?

La cuestión se agrava al considerar que el acceso a estas terapias está mediado por desigualdades estructurales profundas. La mayoría de los marcos jurídicos nacionales e internacionales carecen de un reconocimiento explícito del derecho a la longevidad o a la medicina antienvjecimiento, lo cual genera una ambigüedad normativa que podría derivar en la consolidación de una "longevidad de élite", reservada exclusivamente a quienes puedan costear estos avances. Esta posible exclusión contraviene principios esenciales del derecho internacional de los derechos humanos, como la progresividad, la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Este artículo parte de la tesis de que prolongar la vida humana en condiciones de plenitud, mediante el uso responsable de biotecnologías, debería ser considerado una obligación progresiva del Estado, derivada de una interpretación evolutiva de los derechos a la salud y a la vida digna. Para ello, se realiza un análisis doctrinal y normativo sobre la viabilidad jurídica de incorporar el acceso equitativo a tecnologías de prolongación de la vida como componente exigible del derecho a la salud, considerando instrumentos universales de la ONU, el sistema interamericano de derechos humanos y los marcos ético-jurídicos de la bioética contemporánea. Se propone así una lectura del derecho a la salud capaz de responder a los desafíos científicos emergentes y de garantizar que los beneficios de la ciencia médica no reproduzcan las desigualdades, sino que contribuyan a una agenda universal de justicia en salud.

II. Desarrollo de la investigación

1. Marco Universal de Derechos Humanos sobre la Vida, la Salud y la Ciencia

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aunque no vinculante jurídicamente, sentó las bases éticas y legales del derecho a la vida y a la salud a nivel global. En dicho documento en el artículo 3 se proclama que: *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*, reconociendo el derecho a la vida como

5 Telómeros: secuencias repetitivas de ADN ubicadas en los extremos de los cromosomas que protegen la información genética durante la división celular; su acortamiento progresivo se asocia con el envejecimiento y enfermedades degenerativas (Blackburn & Epel, 2017).

6 CAR T (Chimeric Antigen Receptor T cells): linfocitos T modificados genéticamente para expresar receptores quiméricos que reconocen antígenos específicos en células tumorales o senescentes, utilizados en inmunoterapia avanzada contra el cáncer y enfermedades asociadas al envejecimiento (Amor et al, 2020).

7 uPAR (urokinase-type Plasminogen Activator Receptor): receptor presente en la superficie celular implicado en procesos de degradación de la matriz extracelular y migración celular; es una diana terapéutica relevante en fibrosis, cáncer y eliminación de células senescentes (Amor et al, 2020).

inherente a la dignidad humana (Asamblea General de la ONU, 1948). Además, en el artículo 25 la DUDH reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar, mencionando explícitamente la *“alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*. Si bien la DUDH es una resolución de la Asamblea General de la ONU (por tanto, no vinculante), muchos de sus preceptos no admiten acuerdo en contrario *ius cogens* o se han incorporado a tratados posteriores. Su reconocimiento de la salud como parte del bienestar necesario para la dignidad y de la vida como derecho fundamental proporciona un fundamento moral para exigir que los avances médicos que prolongan la vida formen parte de esos derechos.

En la misma dirección de reconocimiento de derechos humanos se establecieron dos tratados vinculantes en 1966, consolidando así estos derechos en el plano jurídico: 1) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 2) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos en vigor desde 1976. El PIDCP consagra en su artículo 6 el derecho a la vida, formulándolo como *“inherente a la persona humana”* y protegido por la ley, prohibiendo la privación arbitraria de la vida (Asamblea General de la ONU, 1966a). Este enunciado clásico se ha interpretado de forma no restrictiva por el Comité de Derechos Humanos de la ONU: el derecho a la vida *“no debe interpretarse en sentido restrictivo”* y abarca no sólo el proteger contra actos que causen la muerte, sino también omisiones que puedan conducir a muertes prematuras.

En su Observación General N° 36, sobre el artículo 6 (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 2018), el Comité señaló que los Estados deben tomar medidas para abordar las condiciones generales de la sociedad que pueden amenazar la vida, incluyendo la desnutrición, las epidemias, la degradación ambiental y la falta de atención de salud adecuada (ejemplos de *“omisiones”* que pueden infringir el derecho a la vida). Esta interpretación evolutiva sugiere que garantizar acceso a cuidados de salud –incluidas nuevas terapias vitales basadas en biotecnología– forma parte de las obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida.

Por su parte, el PIDESC establece explícitamente el derecho a la salud en su artículo 12.1, donde los Estados Partes *“reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. Este artículo impone obligaciones de *“adoptar medidas”* para su plena efectividad, como mejorar la higiene ambiental y laboral, prevenir y tratar enfermedades, y asegurar el acceso universal a asistencia médica en caso de enfermedades. Así también, el PIDESC es jurídicamente vinculante para los Estados que lo han ratificado, y los derechos que consagra son objeto de realización progresiva (según el art. 2.1, los Estados deben avanzar *“hasta el máximo de los recursos de que dispongan”* en garantizar estos derechos).

En 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) emitió la Observación General N° 14, que interpretó extensamente el derecho a la salud. Este comentario indicó que el derecho a la salud incluye no solo la atención médica oportuna, sino también los determinantes sociales de la salud, y definió criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (AAAQ) para los sistemas de salud (UN Economic and Social Council, 2000). Bajo esta observación, notablemente, el criterio de calidad exige que las intervenciones de salud sean *“científica y médicamente apropiadas y de buena calidad”*, lo que implica que los Estados deben incorporar las tecnologías y medicamentos comprobados más avanzados conforme evolucionen los conocimientos científicos (Consejo de Europa, 1997).

Por lo anterior, ignorar los progresos científicos en medicina por parte de los Estados nación y los sistemas de salud podría violar la obligación de calidad del derecho a la salud. En términos prácticos, sobre estas observaciones y convenciones, significa que las terapias innovadoras (por ejemplo, tratamientos regenerativos o antienvjecimiento una vez validados científicamente) deben estar disponibles progresivamente para la población, en la medida de los recursos disponibles, para cumplir con este derecho.

En el mismo sentido de convencionalidad, el PIDESC (Asamblea General de la ONU. (1966b), también incluye en su artículo 15.1 (b) *el derecho de toda persona a "gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones"*, conocido como el *derecho a la ciencia*. Este derecho –que complementa al de salud– obliga a los Estados a difundir y facilitar el acceso a los avances científicos. El texto dispone que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a *"gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones"* y en el artículo 15.2 se comprometen a adoptar medidas para conservar, desarrollar y difundir la ciencia y la cultura. Este reconocimiento, jurídicamente vinculante, conecta la innovación tecnológica con los derechos humanos, subrayando que los frutos del conocimiento, incluyendo nuevas tecnologías biomédicas, deben beneficiar a todos.

En 2020, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) fortaleció esta interpretación mediante la Observación General N° 25, que enfatiza la obligación de remover obstáculos que impidan a sectores desfavorecidos beneficiarse de las nuevas tecnologías y aplicaciones científicas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, 2020). En efecto, insta a los Estados a garantizar que los avances (v.gr. medicamentos modernos, terapias génicas, inteligencia artificial médica) se distribuyan equitativamente, evitando una brecha tecnológica que vulnere derechos.

Esta Observación General –aunque no es un instrumento vinculante por sí misma– es una guía autorizada de las obligaciones estatales bajo el PIDESC, relevante para las pretensiones de prolongación de la vida en el contexto transhumanista, de tal manera que el derecho a la salud y prolongación de la vida confirma que el derecho internacional de los derechos humanos evoluciona para abarcar los desafíos científicos emergentes, exigiendo equidad en el acceso a innovaciones que prolongan o mejoran la vida.

2. Declaraciones Internacionales de Bioética y Derechos Humanos (UNESCO)

En el campo de la bioética y la ciencia, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha promovido instrumentos no vinculantes pero influyentes que articulan la relación entre derechos humanos, tecnología y equidad. Destaca la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2006), en la cual se establece principios aplicables a las ciencias de la vida y la medicina. Aunque carece de fuerza jurídica obligatoria esta Declaración refleja un consenso global ético-jurídico. Varios de sus artículos refuerzan la integración de la salud, la ciencia y la dignidad:

Artículo 3 (Dignidad Humana y Derechos Humanos). Consagra el respeto pleno de la dignidad y los derechos humanos, subrayando que *"los intereses y el bienestar de la persona... deberán tener prioridad sobre el interés exclusivo de la ciencia o la sociedad"*. Este principio de "primacía del ser humano" implica que las tecnologías biomédicas (p. ej. técnicas de mejora humana) nunca deben anteponerse a la dignidad o integridad del individuo.

Artículo 14 (Responsabilidad Social y Salud). Afirma que *“la promoción de la salud y el desarrollo social... es un cometido esencial de los gobiernos”*. Reconoce explícitamente que *“el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”* sin discriminación, reiterando la definición de la OMS. Importante para nuestro tema, agrega que *“los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar: a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales...”*, especialmente para grupos vulnerables, *“ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano”*. Esta disposición, aunque no vinculante, orienta a los Estados a usar los avances científicos para mejorar el acceso a la salud de todos. Es decir, la UNESCO afirma que el progreso biotecnológico tiene una finalidad ética: potenciar el derecho a la salud y, por ende, sostener la vida humana en condiciones dignas. Incluir terapias antienviejimiento dentro de los “progresos de la ciencia” sugiere que estas deberían emplearse para ampliar la calidad y la expectativa de vida de manera equitativa, no solo para quienes puedan costearlas.

Artículo 15 (Compartir Beneficios). Establece que *“los beneficios resultantes de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían compartirse con la sociedad en su conjunto y con la comunidad internacional, especialmente con los países en desarrollo”*. Enumera formas de compartir beneficios, incluyendo *“b) acceso a una atención médica de calidad; c) suministro de nuevas modalidades o productos de diagnóstico y terapia obtenidos gracias a la investigación; d) apoyo a los servicios de salud; e) acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos...”*. Este artículo es directamente pertinente a la equidad en acceso a nuevas tecnologías biomédicas: propone que los nuevos tratamientos (por ejemplo, una terapia génica contra enfermedades asociadas al envejecimiento) formen parte de un esfuerzo de distribución global justa. Así pues, aunque esta Declaración de Bioética no sea vinculante, los Estados miembros de UNESCO (prácticamente todos los países) se han comprometido políticamente a sus principios, y suelen incorporarlos en legislaciones nacionales o negociaciones internacionales. Por tanto, los Art. 14 y 15 proveen un argumento normativo fuerte para considerar el acceso equitativo a tecnologías antienviejimiento como parte del derecho a la salud y de la responsabilidad social del Estado, en línea con la dignidad y solidaridad humanas.

Otro instrumento importante es la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO, 1997), la cual, si bien enfocada en genética, proclama en su art. 12 que *“los beneficios de los avances de la biología, la genética y la medicina, considerados con respecto al genoma humano, deberán ponerse a disposición de toda la humanidad”*. Esta declaración (también no vinculante) refuerza la idea de un patrimonio común de la humanidad en cuanto a avances biomédicos, oponiéndose a la monopolización de las tecnologías genéticas. La UNESCO, a través de sus declaraciones, ha desarrollado así un corpus de *soft law* que complementa los tratados de la ONU, insistiendo en la dimensión ética de la ciencia: la igualdad, la justicia y la dignidad deben guiar la aplicación de nuevas tecnologías en salud. En síntesis, a nivel universal existe un robusto marco normativo que (1) reconoce el derecho a la vida y a la salud, (2) exige la incorporación progresiva de los adelantos científicos para mejorar la salud, y (3) demanda compartir equitativamente esos adelantos, lo cual abarca el acceso a terapias avanzadas de prolongación de la vida como parte del contenido actualizable del derecho a la salud.

3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Vida Digna, Salud y Envejecimiento

El sistema interamericano, integrado por la Organización de los Estados Americanos (OEA), ha desarrollado estándares propios que vinculan salud y vida, a menudo adelantándose a otros sistemas en una interpretación amplia (*pro homine*) de estos derechos.

El primer instrumento hemisférico, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Consejo Permanente de la OEA, 1948) –adoptada pocos meses antes que la DUDH– consagra en su artículo I el derecho a la vida, en términos similares: *“Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. Aunque originalmente era una declaración no vinculante, la Carta de la OEA (art. 106) le confiere autoridad, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la Declaración Americana establece obligaciones para los Estados miembros de la OEA, especialmente para aquellos que aún no han ratificado la Convención Americana. Notablemente, la Declaración Americana reconoce de manera explícita el derecho a la preservación de la salud: el artículo XI establece que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales... relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”* (Consejo Permanente de la OEA, 1948). Esta formulación conecta salud con condiciones básicas de vida (alimentación, vivienda, etc.), anticipando el concepto de “vida digna”. Si bien la Declaración no es un tratado, la Corte Interamericana la ha utilizado como fuente interpretativa de las obligaciones estatales, considerándola parte del *corpus iuris* del sistema.

El instrumento jurídicamente vinculante central es la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH (1969) o *Pacto de San José*. La CADH se enfoca en derechos civiles y políticos, consagrando en su artículo 4 el derecho a la vida en términos contundentes: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. A diferencia del PIDCP, la Convención Americana añade la cláusula de protección de la vida “en general desde la concepción”, reflejando debates sobre el alcance del derecho a la vida. No obstante, al igual que en la ONU, este derecho ha sido interpretado evolutivamente. La CADH no incluye un derecho explícito a la salud en su texto principal; no obstante, su artículo 26 obliga a los Estados a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los *“derechos económicos, sociales y culturales”* en la medida de los recursos disponibles, basándose en la Carta de la OEA. Esto abrió la puerta a que el derecho a la salud fuese justiciable indirectamente bajo la CADH (vía art. 26) en casos recientes.

Para detallar los derechos económicos, sociales y culturales, la OEA adoptó el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), instrumento vinculante para los Estados que lo han ratificado. El artículo 10 de dicho Protocolo consagra el *“derecho a la salud”*, definiéndolo como *“el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”* y dispone que los Estados reconocen la salud como bien público (Organización de los Estados Americanos, OEA, 1988). Ordena medidas específicas para garantizar este derecho, como la atención primaria de salud para todos, la extensión de servicios a toda la población, la prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas y la educación sanitaria. Aunque el Protocolo de San Salvador carece de un mecanismo judicial fuerte (solo permite peticiones individuales por ciertos derechos, no incluyendo salud), sí provee un marco normativo explícito en la región. Su énfasis en la salud como

parte del bienestar social y la necesidad de inmunización universal, prevención de enfermedades, etc., coloca a los Estados ante la obligación de incorporar los avances médicos en estas áreas (por ejemplo, nuevas vacunas o terapias) para cumplir con sus compromisos. Adicionalmente, el Artículo 4 del Protocolo demanda una atención especial a grupos vulnerables (niños, ancianos, personas con discapacidad) en la realización de los DESC, reconociendo su particular necesidad de protección.

Con respecto a las personas mayores, la OEA (2017) dio un paso pionero al adoptar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, primer tratado internacional dedicado a los derechos de la tercera edad. Esta Convención (ya en vigor) reconoce, entre otros, el derecho de las personas mayores a la salud sin discriminación por edad, incluyendo la prevención, acceso a cuidados de largo plazo, rehabilitación, y *“acceso preferente a los medicamentos esenciales, tratamientos e insumos necesarios para la salud”*. Establece también el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, señalando que las personas mayores deben poder disfrutar de una vida plena, con cuidados paliativos si los requieren, y con autonomía en decisiones sobre su salud (consentimiento informado). Aunque no menciona expresamente tecnologías antienviejecimiento, esta Convención crea un marco para exigir que los avances científicos relevantes para el envejecimiento saludable (por ejemplo, nuevas terapias contra enfermedades degenerativas o que mejoren la longevidad) se apliquen con criterios de equidad para este grupo etario. La Convención, al ser vinculante para sus Estados Parte, fortalece la exigibilidad del derecho a la salud de los ancianos como parte del derecho a una *vida digna* en la vejez.

4. Jurisprudencia Interamericana: Vida Digna y Obligaciones Positivas en Salud

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha interpretado dinámicamente el derecho a la vida consagrado en la CADH, desarrollando el concepto de *“vida digna”* o *“derecho a una vida digna”*. En casos paradigmáticos, la Corte ha sostenido que el derecho a la vida *“comprende no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se les impida el acceso a condiciones de vida digna”*. En el caso *“Villagrán Morales vs. Guatemala”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999), relativo a la muerte de niños de la calle, la Corte señaló que la noción de vida digna incluía condiciones mínimas de existencia, como alimentación, salud, educación y vivienda. Más explícitamente, en *“Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006), la Corte determinó que la falta de acceso a *agua potable, atención médica básica, alimentos y otros medios de subsistencia* para una comunidad desplazada constituía una violación del derecho a la vida (art. 4 CADH) en relación con la obligación estatal de garantizar una vida digna. La sentencia afirmó que el Estado tiene la obligación positiva de tomar medidas para crear las condiciones mínimas de una vida digna, especialmente cuando grupos vulnerables dependen completamente de la acción estatal para sobrevivir. Entre esas condiciones, la salud es central: la Corte vinculó el respeto al derecho a la vida digna con el *“respeto a las condiciones de salud, alimentarias, vivienda e identidad cultural”* (Robles, 2016). Esta doctrina equipara en la práctica ciertos aspectos del derecho a la salud (acceso a atención médica, saneamiento, alimentación) con obligaciones directas derivadas del derecho a la vida.

La Corte IDH también ha reconocido violaciones al derecho a la integridad personal (art. 5 CADH) y a la vida en casos de negligencia o denegación de atención médica por parte del Estado. Por ejemplo, en *“Caso Suarez Peralta vs. Ecuador”* (Corte Interamericana de

Derechos Humanos (2013), sobre una víctima de mala praxis y falta de regulación sanitaria, la Corte consideró que la omisión estatal de supervisar servicios de salud afectó el derecho a la integridad personal, relacionándolo indirectamente con el derecho a la salud. Y en “Caso Poblete Vilches vs. Chile” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018), que involucró la muerte de un adulto mayor por deficiencias en atención hospitalaria pública, la Corte por primera vez declaró la violación del art. 4 (vida) en conexión con el derecho a la salud (art. 26), enfatizando que la falta de un reglamento clínico adecuado y la insuficiente calidad de la atención vulneraron el derecho a la vida del paciente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018). Esta decisión marcó un hito al hacer justificable el derecho a la salud a través del artículo 26 de la CADH, confirmando que los Estados deben asegurar estándares mínimos de cuidado de la salud para proteger la vida, especialmente de personas en situación de riesgo (en este caso, un anciano enfermo). La Corte declaró que los Estados tienen la obligación de proveer servicios de salud oportunos y de calidad, y que falencias sistemáticas en ello pueden comprometer derechos a la vida y la integridad.

En cuanto a personas mayores, la Corte IDH en el Caso “*Cuscul Pivaral vs. Guatemala*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018) –referido a personas viviendo con VIH sin tratamiento adecuado– destacó la necesidad de una atención especial a adultos mayores que padecen condiciones de salud crónicas, conectando la falta de tratamiento con violaciones a una vida digna.

La jurisprudencia interamericana, por tanto, confiere un carácter expansivo y evolutivo al derecho a la vida, abarcando la obligación estatal de garantizar condiciones básicas de salud y acceso a tratamientos médicos esenciales como parte de la protección de la vida en dignidad (Robles, 2016). Esto sienta un precedente potente: en la era de las biotecnologías, un Estado podría violar el derecho a la vida (y a la salud) si, por omisión o políticas regresivas, niega injustificadamente a sus ciudadanos el acceso a terapias de supervivencia disponibles (por ejemplo, negarse a suministrar un medicamento vital de alto costo cuando está dentro de sus capacidades). Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido informes y medidas cautelares ordenando a Estados proveer medicamentos costosos (como antirretrovirales para VIH en los años 90) bajo la lógica de proteger el derecho a la vida e integridad. Estas acciones refuerzan la exigibilidad inmediata de ciertos componentes del derecho a la salud, especialmente aquellos que son cuestión de vida o muerte.

A manera de conclusión, en el sistema interamericano el derecho a la vida se interpreta en conexión estrecha con el derecho a la salud a través del principio de vida digna. Esto implica que los Estados americanos tienen la obligación reforzada de adoptar medidas positivas para asegurar que todas las personas, incluyendo los ancianos, gocen de servicios de salud y beneficios de nuevas tecnologías médicas que sean necesarios para una existencia digna. Cualquier desarrollo biotecnológico que permita salvar vidas o prolongarlas saludablemente entra dentro de ese mandato de protección amplia de la vida.

5. Interpretación Evolutiva de los Derechos a la Salud y la Vida

Como se ha observado, muchos instrumentos fueron redactados hace décadas, antes de la era de la biotecnología avanzada. No obstante, la interpretación evolutiva es un principio jurídico aceptado que permite aplicar los tratados de derechos humanos a realidades nuevas. Los órganos internacionales frecuentemente describen estos acuerdos como

“instrumentos vivos” (*living instruments*) que deben interpretarse a la luz de las condiciones presentes y del progreso de la sociedad (Robles, 2016).

En la ONU, tanto el Comité de Derechos Humanos (para el PIDCP) como el Comité DESC (para el PIDESC) han emitido interpretaciones que actualizan el contenido de los derechos. Por ejemplo, el Comité DESC en 2000 (OG 14) se incluyó conceptos modernos de salud pública (como atención primaria integral, determinantes sociales) en el derecho a la salud (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000). En 2020 (OG 25), reconoció explícitamente tecnologías emergentes –como big data, impresión 3D, biotecnología, edición genética, inteligencia artificial– señalando que pueden mejorar el disfrute de los DESC, y llamó a asegurar la participación en estos avances (Sociales y Culturales, C. de D. E., 2020). En dicho documento el Comité advirtió contra las brechas digitales o científicas que dejen atrás a grupos vulnerables, e incluso mencionó la necesidad de ajustes razonables para que las personas con discapacidad accedan a nuevas tecnologías científicas. Todo ello muestra una evolución progresiva: lo que en 1966 era un concepto básico de salud, hoy abarca dimensiones antes insospechadas (por ejemplo, el acceso a Internet puede influir en el derecho a la salud al facilitar telemedicina e información; la ingeniería genética puede ser parte del estándar más alto de salud si cura enfermedades genéticas).

En la esfera regional, la Corte Interamericana ha sido explícita en adoptar una interpretación evolutiva, afirmando desde su Opinión Consultiva OC-10/89 que los tratados de derechos humanos deben considerar los cambios en el derecho internacional y en los valores de la sociedad. La idea de “vida digna” es precisamente un producto de esa interpretación evolutiva: la CADH no la mencionaba, pero la Corte la dedujo como necesaria para hacer efectivo el art. 4 en contextos de pobreza extrema, marginación o abandono estatal (Robles, 2016). Igualmente, la Corte ha reconocido nuevos derechos implícitos, como el derecho a un medio ambiente sano (OC-23/17), mostrando disposición para ampliar el catálogo de protecciones de modo dinámico o plástico, en el sentido que los lineamientos deben considerarse hacia las nuevas tecnologías que mejoran la salud y vida de las personas.

Esta plasticidad interpretativa significa que, aunque los tratados clásicos no mencionen “tecnologías antienviejimiento” o “medicina regenerativa”, sus conceptos de vida y salud pueden incorporar las obligaciones estatales relativas a dichas tecnologías en la medida en que éstas se vuelvan parte del estándar de cuidado. De hecho, ya vemos atisbos: el derecho a la salud ahora comprende acceso a *medicamentos esenciales* (definidos por la OMS) y tratamientos de eficacia comprobada; si mañana un tratamiento genético logra revertir parcialmente el proceso de envejecimiento celular o curar una enfermedad degenerativa, ese tratamiento pasará a considerarse parte del “más alto nivel de salud” alcanzable, generando una expectativa de disponibilidad progresiva. Los Estados no pueden escudarse en una lectura estática de sus obligaciones; las interpretaciones evolutivas exigen que mantengan sus políticas al ritmo del avance científico, evitando retrocesos.

III. Conclusión

Sobre la base de la literatura analizada, puede afirmarse que el derecho internacional de los derechos humanos ofrece un marco integral y dinámico que respalda la interdependencia entre el derecho a la salud y el derecho a la vida. Desde los textos fundacionales como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Interna-

cional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), hasta sus desarrollos posteriores en el ámbito de la OMS, la UNESCO y los sistemas regionales, dicho marco ha evolucionado para responder a desafíos emergentes, incluida la revolución biotecnológica que promete extender la longevidad humana.

Estos instrumentos reconocen que la salud, y por tanto el acceso a los medios científicos para conservarla y prolongarla, constituye un derecho humano fundamental (UNESCO, 2006). Asimismo, establecen que la vida no puede reducirse a la mera existencia biológica, sino que debe ejercerse en condiciones de dignidad, lo cual exige garantizar una infraestructura sanitaria adecuada (Robles, 2016). Tanto el sistema interamericano como el europeo refuerzan esta obligación, al exigir que los Estados proporcionen condiciones de vida digna y acceso equitativo a servicios de salud de calidad (Mittelstadt, 2021). De ello se desprende que los derechos a la vida y a la salud implican tanto deberes negativos (no matar, no dañar) como obligaciones positivas (cuidar, prevenir, tratar).

En el contexto actual, donde tecnologías que antes parecían ciencia ficción, como el rejuvenecimiento celular, la edición genética germinal o los órganos impresos en 3D, comienzan a hacerse científicamente viables, el corpus normativo internacional debe adaptarse a nuevas realidades. Aunque los medios tecnológicos han cambiado, la finalidad permanece: proteger y promover la vida humana en condiciones de igualdad, dignidad y justicia. La incorporación del acceso equitativo a biotecnologías avanzadas como parte del contenido exigible del derecho a la salud representa, por tanto, la continuación lógica del compromiso internacional con la justicia sanitaria. Así como en el siglo XX se reconoció el derecho a acceder a vacunas, antibióticos y saneamiento básico, en el siglo XXI este derecho debe ampliarse para incluir los frutos más recientes de la ciencia, asegurando que el progreso tecnológico se traduzca en bienestar compartido.

En este marco jurídico, sostenemos que el acceso equitativo a tecnologías biomédicas orientadas a la prolongación de la vida constituye una dimensión emergente del derecho a la salud. Esta tesis se fundamenta en tres principios normativos esenciales del derecho internacional de los derechos humanos. Primero, el principio de progresividad obliga a los Estados a expandir, conforme a sus capacidades, el contenido sustantivo de los derechos sociales, incorporando de manera gradual aquellas innovaciones científicas y médicas que demuestren eficacia en la mejora del bienestar humano. Terapias regenerativas, edición genética segura y medicina de precisión que retrasan el deterioro fisiológico asociado al envejecimiento deben ser incluidas en el umbral ampliado del derecho a la salud.

Segundo, el principio de igualdad y no discriminación impide que el acceso a tales avances quede reservado a élites económicas. Permitir que la prolongación saludable de la vida dependa exclusivamente del poder adquisitivo agravaría las desigualdades estructurales ya existentes, contraviniendo los fundamentos de la justicia distributiva y el deber estatal de remover obstáculos que impiden el goce efectivo de los derechos. Tercero, el principio de dignidad humana, guía hermenéutica fundamental en el derecho internacional, exige que la vida se ejerza con autonomía y sentido, no como mera supervivencia biológica. Siempre que existan medios técnica y económicamente viables para prolongar la vida en condiciones saludables, su exclusión sistemática podría constituir una violación indirecta del derecho a una existencia digna.

Desde esta perspectiva de derechos humanista, la interpretación evolutiva de los tratados, consolidada por la jurisprudencia interamericana y los órganos de supervisión de Naciones Unidas, permite ampliar la noción de salud hacia ámbitos como la inmunoterapia, la medicina personalizada y las terapias celulares. Cuando estas tecnologías alcanzan una eficacia comprobada y dejan de ser experimentales, su omisión en los sistemas de salud, y cuando existen recursos razonables, puede resultar incompatible con el principio de no regresividad y con el estándar del “más alto nivel posible de salud” consagrado en el PIDESC.

Aunque el enfoque de este trabajo es primordialmente jurídico, no puede ignorarse que el debate sobre la prolongación de la vida plantea también interrogantes éticos relevantes. Diversos autores han advertido que el acceso desigual a tecnologías de mejoramiento biomédico podría dar lugar a nuevas formas de injusticia biológica (Sandel, 2020), profundizando divisiones sociales entre quienes pueden permitirse envejecer más lentamente y quiénes no. Jürgen Habermas (2014) ha señalado los riesgos de una “colonización genética” del cuerpo humano sin debate democrático ni límites éticos claramente establecidos, mientras que Hans Jonas (1984) defendía una ética de la responsabilidad ante los efectos sociales y ecológicos de las decisiones tecnológicas irreversibles.

Desde una perspectiva bioética contemporánea, el principio de justicia, formulado por Beauchamp (2019), exige no solo evaluar la eficacia de las intervenciones, sino garantizar su distribución equitativa. En sociedades donde el acceso a la longevidad se convierte en un privilegio, esta dimensión adquiere un carácter imperativo. Incluir la reflexión ética en el diseño de políticas públicas y en la interpretación de derechos fortalece la exigibilidad del derecho a la salud, orientándolo hacia una forma de vida prolongada con sentido, sostenida en la equidad, la inclusión y el respeto por la dignidad de todos los cuerpos. En consecuencia, la longevidad saludable no debe concebirse como un lujo utópico, sino como una dimensión legítima y actualizable del derecho a la salud. Su incorporación progresiva, guiada por principios jurídicos y éticos, es parte integral del compromiso internacional por asegurar que el avance científico se traduzca en progreso humano universal, sin dejar a nadie atrás.

Así pues, como punto final concluimos que prolongar la vida en condiciones dignas y saludables mediante tecnologías biomédicas avanzadas no es ya una aspiración futurista, sino un desafío jurídico y ético del presente. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos, impulsada por los principios de progresividad, igualdad y dignidad, exige que el acceso equitativo a estas tecnologías deje de ser una prerrogativa de élites y se reconozca como un componente exigible del derecho a la salud. Negar esta inclusión implica consolidar nuevas formas de exclusión biológica que contradicen la finalidad esencial de los derechos humanos, los cuales inherentemente deben proteger y ampliar las condiciones para una vida humana plena. En el siglo XXI, garantizar el acceso justo a las terapias que permiten vivir más y mejor no es sólo una opción política; es un imperativo normativo que proyecta la justicia social hacia el horizonte de la longevidad y el bienestar compartido.

Referencias bibliográficas

- Amor, C., Feucht, J., Leibold, J., Ho, Y., Zhu, C., Alonso-Curbelo, D., ... & Lowe, S. W. (2020). Senolytic CAR T cells reverse senescence-associated pathologies. *Nature*, 583(7814), 127–132. <https://doi.org/10.1038/s41586-020-2403-9>.
- Asamblea General de la ONU (1948). Comité de Derechos Humanos. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.
- Asamblea General de la ONU. (1966a). Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976. mpr.gob.escorteidh.or.cr.
- Asamblea General de la ONU. (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976. mimp.gob.pesenado.gob.ar.
- Beauchamp, Tom L. (2019). A Defense of Universal Principles in Biomedical Ethics. In Juan Lecaros & Erick Valdés, *Bioworld and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*. Cham: Springer Verlag. pp. 3-17.
- Bhushan, B. (Ed.). (2017). *Springer handbook of nanotechnology*. Springer.
- Blackburn, E., & Epel, E. (2017). The telomere effect: A revolutionary approach to living younger, healthier, longer. Hachette UK.
- Brane, A. C., & Tollefsbol, T. (2019). Targeting telomeres and telomerase: Studies in aging and disease utilizing CRISPR/Cas9 technology. *Cells*, 8(2), 186. <https://doi.org/10.3390/cells8020186>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CESCR). (2020). Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuaderno Jurídico y Político, 6(16), 150-172.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*. Naciones Unidas. <https://www.refworld.org/docid/4538838d0.html>.
- Consejo Permanente de la OEA. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Adoptada el 2 de mayo de 1948. Bogota.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH (1969). (*Pacto de San José*) (N.º 4534). La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Diario Oficial La Gaceta. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Convencion_Americana_DDHH.asp.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 6 de febrero de 2006 (*Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*). Serie C No. 142. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Sentencia de 21 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Serie C No. 261. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Serie C No. 349. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 21: Derecho a la vida*. San José, Costa Rica: Corte IDH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/cuadernillos.htm>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Escrito de alegatos finales presentado por el Estado de Guatemala en relación al caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* [Documento judicial], Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/cuscul_pivaral_otros_gt/8_afe_estado.PDF.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2018). *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Sentencia del 8 de marzo de 2018*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Caso de los "Niños de la Calle" (Villa-grán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo)*. Serie C No. 63. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.
- De Grey, A., & Rae, M. (2007). *Ending aging: The rejuvenation breakthroughs that could reverse human aging in our lifetime*. St. Martin's Press.
- Dworkin R. (1993) *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Alfred A. Knopf.
- Habermas, J. (2014). *The future of human nature*. John Wiley & Sons.
- Jonas, H. (1984). *The imperative of responsibility: In search of an ethics for the technological age*. University of Chicago press.
- Latorre, M., García, F. & Culqui, M. (2024). Stimulation of cellular longevity using CRISPR-Cas9 in aging-associated genes. *Interamerican Journal of Health Sciences*, 6(1), 1–12. DOI: <https://doi.org/10.59471/ijhsc202498>.
- Mittelstadt, B. (2021). *The impact of artificial intelligence on the doctor-patient relationship* (INF(2022)5). Council of Europe. <https://rm.coe.int/inf-2022-5-impact-of-ai-on-doctor-patient-relationship/1680a61a9b>.
- OEA (2017). *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Cuaderno Jurídico y Político*, 2 (7), 65-89.
- Organización de los Estados Americanos, OEA, (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador")*. *Recuperado de* https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/protocolo_ddeesscc.pdf.
- Porika, M., Tippi, R., & Saretzki, G. (2022). CRISPR/Cas: A new tool in the research of telomeres and telomerase as well as a novel form of cancer therapy. *International Journal of Molecular Sciences*, 23(6), 3002. <https://doi.org/10.3390/ijms23063002>.
- Robles, M. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). *Cuestiones constitucionales*, 35, 199-246.
- Sandel, M. J. (2020). The case against perfection: what's wrong with designer children, bionic athletes, and genetic engineering. In *The Ethics of Sports Technologies and Human Enhancement* (pp. 329-338). Routledge.
- Sen, A. (2014). Development as freedom. In T. Roberts, A. Bellone, & N. Chorev (Eds.), *The globalization and development reader: Perspectives on development and global change* (2nd ed., pp. 525–548). Wiley Blackwell.
- Sociales y Culturales, C. de D. E. (2020). Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *Cuaderno Jurídico y Político*, 6(16), 150–172. <https://doi.org/10.5377/cuadernojurypol.v6i16.11142>.
- UN Economic and Social Council, Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), 11 agosto 2000, <https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2000/es/36991> [accedida 02 May 2025].
- UNESCO (1997). *Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos. Ciencia: Revista de la Academia Mexicana de Ciencias*, 48 (4), 40-43.
- UNESCO (2006). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (SHS/EST/BIO/06/1; SHS.2006/WS/14)*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180>.

Derechos trans en Costa Rica: La lucha por la garantía del derecho a la salud en centros penitenciarios desde la jurisprudencia constitucional.

Trans Rights in Costa Rica: The Struggle for the Guarantee of the Right to Health in prisons through Constitutional Jurisprudence.

Laura Quesada Soto¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)05)

Fecha de envío: 12.05.2025

Fecha de aceptación: 16.07.2025

RESUMEN:

La judicialización del acceso a la salud en Costa Rica se ha consolidado como un mecanismo clave para garantizar derechos fundamentales, especialmente para personas transexuales privadas de libertad. Este artículo analiza resoluciones de la Sala Constitucional entre 2020 y 2023, centradas en el acceso a la terapia hormonal de afirmación de género para esta población. Se destaca cómo la jurisprudencia ha contribuido a proteger y promover el derecho a la salud de las personas trans en prisión, examinando brevemente el papel de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) a través de un análisis jurisprudencial, el cual explora la interpretación que ha hecho la Sala de los marcos jurídicos nacionales e internacionales, así como las implicaciones de sus decisiones en el acceso a servicios de salud para esta población en Costa Rica.

ABSTRACT

The judicialization of access to healthcare in Costa Rica has become a key mechanism for guaranteeing fundamental rights, especially for transgender people deprived of liberty. This article analyzes the Constitutional Chamber rulings issued between 2020 and 2023, focusing on access to gender hormone therapy for this population. It highlights how constitutional jurisprudence has contributed to protecting and promoting the right to health of transgender individuals in prison. It also briefly examines the role of the Costa Rican Social Security Fund

¹ Abogada (Universidad de Costa Rica) y Notaria Pública (Universidad Fidélitas) costarricense. Máster en Derechos Humanos (Universidad Europea de Madrid). Abogada Asociada en Oller Abogados. Correo electrónico lquesada@ollerabogados.com. Nro. De ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6006-6893>

(CCSS). Through a jurisprudential analysis, the study explores the Chamber's interpretation of national and international legal frameworks, as well as the implications of its decisions for effective access to healthcare services for this population in Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Trans; jurisprudencia; derecho a la salud; Sala Constitucional; CCSS; Costa Rica.

KEY WORDS: Trans; jurisprudence; health rights; Constitutional Chamber; CCSS; Costa Rica.

I. Introducción

Los derechos de las personas transexuales (en adelante trans) se han convertido en un tema de gran relevancia para la agenda jurídica y social contemporánea. En este contexto, el acceso a la terapia para la transición de género surge como una parte crucial para hablar del pleno ejercicio de los derechos humanos de este grupo poblacional. Si bien en Costa Rica se han logrado avances en el reconocimiento de los derechos de las personas trans, estas continúan enfrentando numerosos desafíos legales, sociales y culturales, que afectan gravemente su acceso a servicios de salud específicos, como la terapia hormonal para la transición de género. Esta situación es aún más compleja para las personas trans privadas de libertad, quienes enfrentan barreras adicionales dentro del sistema penitenciario.

A pesar de los esfuerzos realizados por el activismo transgénero y las organizaciones de la sociedad civil para visibilizar las barreras legales y culturales, las personas trans siguen siendo víctimas de discriminación y estigmatización, lo que limita su acceso a una atención médica adecuada y a otros derechos fundamentales. El derecho a la salud, al ser un derecho humano esencial, es particularmente crítico para la comunidad trans, la cual enfrenta dificultades adicionales dentro del sistema de salud pública costarricense, incluyendo la privación de libertad, los cuales abarcan desde la falta de servicios adecuados hasta la negativa a tratar a personas trans de manera inclusiva en la institución pública encargada de la salud pública: la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).

En este contexto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica adquiere un papel relevante, al actuar como un instrumento para la protección y promoción de los derechos humanos de las personas trans en prisión. A través de sus fallos, la Sala ha sido clave en la interpretación y aplicación de la Constitución Política y los tratados internacionales para garantizar el acceso a la salud y el acceso a la terapia hormonal de estas personas. Este artículo explora cómo las decisiones de la Sala Constitucional han influido en el acceso a la salud para la población trans y cómo la autodeterminación sobre el cuerpo y la dignidad humana deben ser principios clave para el ejercicio de su derecho a la salud.

II. El derecho a la salud de las personas Trans privadas de libertad en Costa Rica.

El derecho a la salud no se encuentra expresamente regulado en la Constitución Política de Costa Rica, por ello, su interpretación y contenido se han desarrollado a través de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, entendiendo este derecho como un extremo del artículo 21 de dicha Carta Política, la cual establece que "La vida humana es inviolable" (Asamblea Nacional Constituyente, 1949: artículo 73). La ausencia de un

reconocimiento explícito del derecho a la salud en la carta magna ha dado lugar a lo que se denomina un “vacío normativo”, el cual ha sido subsanado mediante la integración de otras normas del ordenamiento jurídico, tales como la Ley General de Salud, y el Reglamento a la Ley de Derechos y Deberes de los Usuarios de los Servicios de Salud Públicos y Privados (Vargas López, 2014).

De igual forma, el derecho a la salud se ha materializado a través del derecho a la seguridad social (artículo 73 de la Constitución), el cual recae en la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). Esta institución pública es la encargada de administrar los seguros sociales y garantizar la atención médica (García González, s.f.) . Sin embargo, el sistema enfrenta varias dificultades, siendo una de ellas lo que respecta al acceso de las personas trans a tratamientos médicos específicos, como la terapia hormonal de transición de género (Quesada Soto, 2020).

En este contexto, el recurso de amparo ha jugado un papel fundamental en la judicialización del derecho a la salud, principalmente en materia de medicamentos (Román Forastelli, 2014), permitiendo a los ciudadanos acudir a la Sala Constitucional para exigir que se garanticen sus derechos a la salud, incluidos los medicamentos necesarios para la transición de género. Este fenómeno de judicialización ha sido clave para proteger los derechos de las personas trans, quienes en ocasiones no han podido acceder a los servicios médicos necesarios a través del sistema público de salud por múltiples factores. Por ello, cabe tener en cuenta que, el acceso a la salud dentro del sistema público costarricense está garantizado por la CCSS, que administra los servicios de salud a través de un sistema de seguridad social (Vargas López, 2014). Sin embargo, para las personas trans, el acceso a servicios médicos específicos, como la terapia hormonal, ha sido limitado debido a la falta de formación especializada en los profesionales de salud, y a los prejuicios y estigmas que aún persisten en el ámbito médico y que agrava en el marco del sistema penitenciario costarricense (Sáenz, et al, 2011). Esto ha sido debidamente comprobado en el trabajo realizado por la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito de Costa Rica en 2012, que evidenció cómo las personas trans privadas de libertad enfrentan barreras aún más complejas para acceder a servicios de salud adecuados y respetuosos de su identidad de género.

Es de especial interés en este contexto indicar que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe de 2015 titulado “Violencia contra personas LGBTI” destacó que, en muchos países de América Latina, incluida Costa Rica, las personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersex, queer y otros (en adelante LGTBIQ+) enfrentan discriminación en los servicios de salud. Esta discriminación incluye la negación de atención médica, actitudes de precaución injustificada por parte del personal sanitario, culpabilización por el estado de salud de la persona, y hasta agresión física (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Además, otros estudios realizados en América Latina han evidenciado que las personas privadas de libertad de la población LGTBIQ+ suelen ocupar el lugar más bajo dentro de la jerarquía informal de los centros de detención. Esta posición las expone a situaciones de discriminación múltiple, así como a actos desproporcionados de tortura y otros actos de violencia y discriminación, sin embargo, países como Ecuador, Bolivia y Perú han logrado protocolizar disposiciones específicas sobre atención a la salud para garantizar los derechos de las personas pertenecientes a esta población en las prisiones, en igualdad

de condiciones de las otras personas privadas de libertad (Bautista Tinco, 2023).

Por su parte, el sistema penitenciario costarricense, no tiene contemplado el abordaje del tema de la diversidad sexual, por lo que se ejercen vulneraciones de derechos fundamentales a las personas privadas de libertad pertenecientes a la población trans, principalmente ocasionados por otras personas privadas de libertad, funcionarias técnicas, administrativas y de seguridad, quienes basan sus acciones en prejuicios, estereotipos y desconocimiento de las particularidades de esta población (Asociación para la Prevención de la Tortura, 2013), lo cual coincide con la generalidad de lo que ocurre en América Latina.

En este marco, cabe destacar que a partir del año 2017, la CCSS implementó tratamientos hormonales y psicológicos para personas trans con el fin de evitar complicaciones físicas y emocionales, y creó el "Protocolo de Atención Integral de Personas Trans para la Hormonización" en la Red de Servicios de Salud, aunque no fue oficializado hasta 2018 (Chinchilla Serrano, et al, s.f.). A pesar de que dicho protocolo representó un avance al camino de la verdadera garantía del derecho de acceso a la terapia hormonal de transición de género, persisten obstáculos significativos, como la falta de personal médico especializado y el estigma social dentro de la misma CCSS, los cuales dificultan el acceso efectivo a estos servicios. Estas dificultades se acentúan más para las personas trans privadas de libertad, quienes -como se mencionó anteriormente- enfrentan una doble vulnerabilidad: por su identidad de género y su condición de privación de libertad. A la fecha, no existen estudios especializados que analicen de manera sistemática el impacto real de estos protocolos dentro de los centros penitenciarios, lo que deja en evidencia una brecha importante en la garantía del derecho a la salud de esta población en contextos de reclusión.

Desde el 2018, se empezaron a registrar avances importantes en la protección de los derechos de las personas trans, particularmente en lo que respecta al acceso a la terapia hormonal, que se refleja en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Estos avances, aunque insuficientes para superar todas las barreras existentes y los contextos particulares como la privación de libertad, representan pequeños pasos relevantes hacia el reconocimiento y resguardo de derechos fundamentales.

En el estudio realizado por Quesada Soto en 2020, se descubrió que la búsqueda por el resguardo y garantía del derecho a la salud en Costa Rica, también se vinculaba con otros derechos humanos si se filtraba de acuerdo con los grupos de especial vulnerabilidad, como, por ejemplo, el hallazgo de una resolución sobre el acceso a medicamentos de una persona transexual que alegaba discriminación y trato desigual por parte de las autoridades médicas para acceder a sus medicamentos. Como se analizará más adelante, en la jurisprudencia constitucional costarricense se encuentran otras resoluciones en las que convergen los temas de estudio: el derecho a la salud de las personas transgénero, con un enfoque particular en el derecho a la salud y el acceso a la terapia hormonal de género dentro de los centros penitenciarios.

Además, múltiples estudios han destacado que la judicialización de la salud ha aumentado en Costa Rica debido a la efectividad del recurso de amparo. En 2015, el Primer Informe sobre el Estado de la Justicia reveló que los ciudadanos comenzaron a utilizar el recurso de amparo de manera más frecuente para obtener medicamentos y servicios

de salud (Villarreal Fernández, 2023). En el contexto de las personas trans, el recurso de amparo ha sido utilizado para exigir el acceso a terapias hormonales y otros tratamientos médicos relacionados con la transición de género. Cabe señalar que, en algunas ocasiones, los tribunales han respondido favorablemente a estos recursos, reconociendo que la denegación de estos tratamientos constituye una violación del derecho a la salud. Estudios recientes indican que más del 80% de los recursos de amparo relacionados con el derecho a la salud han sido declarados con lugar, lo que evidencia la efectividad del sistema judicial en la protección de este derecho (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2023). Esta tendencia ha sido especialmente relevante para las personas trans privadas de libertad, quienes han recurrido a este mecanismo para obtener acceso a la terapia hormonal. Sin embargo, como se dijo de previo, aún existen desafíos, como la falta de personal especializado y los prejuicios persistentes en el ámbito médico, que dificultan el acceso real a estos tratamientos.

III. El rol de la Sala Constitucional sobre la garantía de los derechos de las personas trans privadas de libertad: las resoluciones analizadas.

Como se mencionó al inicio de este artículo, las resoluciones analizadas corresponden a recursos de amparo presentados ante la Sala Constitucional de Costa Rica, relacionados con la garantía del derecho a la salud y el acceso a medicamentos para personas transexuales recluidas en el país. Para la adecuada comprensión de esta temática, resulta importante destacar que el recurso de amparo es un mecanismo jurídico diseñado para proteger los derechos fundamentales establecidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales vigentes, con la excepción de aquellos derechos específicamente resguardados por el habeas corpus (Hernández Valle, s.f.).

La Ley de la Jurisdicción Constitucional establece los requisitos y particularidades necesarias para interponer un recurso de amparo ante la Sala Constitucional, y además enfatiza en sus características como que es directo, ordinario y sumario, lo que significa que no requiere de las formalidades usuales de otros procesos judiciales en Costa Rica (Patiño Cruz, et al, 2008). Por ello, se puede afirmar que la simplicidad del recurso de amparo en este país ha favorecido la proliferación del fenómeno de la judicialización del derecho a la salud. Hernández Valle (s.f.) explica que, una vez que las personas ciudadanas costarricenses comprendieron la utilidad del recurso de amparo, comenzó a surgir una creciente tendencia a llevar casos ante la jurisdicción constitucional, especialmente aquellos relacionados con el derecho a la salud y el acceso a medicamentos.

En este sentido, se ha observado que las resoluciones de la Sala Constitucional han abordado cuestiones clave sobre la transexualidad y el acceso a medicamentos, señalando que la discriminación, la desigualdad y la vulnerabilidad en el acceso a la salud son problemas persistentes que deben ser corregidos por el Estado. Además, se han emitido fallos en los que se reconoce que las personas trans tienen derecho a acceder a tratamientos médicos necesarios para su transición de género en cualquier contexto que se encuentren.

Las resoluciones que se han analizado fueron extraídas del sistema de jurisprudencia costarricense conocido como Nexus PJ, y se seleccionaron siguiendo criterios específicos. Estos criterios incluyeron que las resoluciones abordaran temas como el derecho a la salud, la transexualidad y el acceso a medicamentos, que fueran dictadas entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2023, y que los recursos de amparo hubieran sido

interpuestos contra la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) o instituciones públicas relacionadas con la prestación de servicios de salud.

Por ello, durante el período comprendido entre 2020 y 2023, se identificaron seis resoluciones que cumplieron con dichos criterios de inclusión. Cabe destacar que tras la aplicación y el filtraje de dichos criterios se identificó que las seis resoluciones se ubicaban en contextos de reclusión en centros penitenciarios.

A continuación, se expone el contenido de cada una, junto con los aspectos más relevantes y las referencias que respaldan el análisis realizado.

1. Resolución No.4017-2020 de las nueve horas con cuarenta minutos del 28 de febrero del 2020.

En este caso, una persona privada de libertad reclamó por la vía de recurso de amparo la falta de acceso a servicios médicos, incluyendo la no provisión de una dieta adecuada y supuesta discriminación en la atención médica debido a su identidad trans. El texto de la resolución indicó literalmente que la persona paciente: "(...) acusa que en la farmacia le perdieron todas sus recetas de fármacos. Refiere que la "Dra. Norma", del centro médico del CAI la trató mal y la discriminó por ser transexual" (Sala Constitucional, 2020).

En este caso, el órgano constitucional analizó la obligación del Estado de garantizar el acceso oportuno y adecuado a los servicios de salud en contextos donde existen situaciones de vulnerabilidad, como en el caso de las personas privadas de libertad. La Sala declaró con lugar el recurso, y resolvió que el plazo de espera previsto para la cita de la recurrente era excesivo y lesivo para su derecho a la salud, por lo que ordenó una reprogramación en un plazo razonable. En cuanto al acceso a los medicamentos, la Sala no observó pruebas de que se perdieran recetas médicas dolosamente por motivo de su identidad de género, pero sí reiteró la importancia de que la atención en servicios de salud se le diera de la mejor manera posible.

Otro aspecto relevante es que, aunque la recurrente alegó discriminación por ser una persona trans, no hubo pruebas suficientes para respaldar la afirmación o vincular los plazos excesivos con un motivo discriminatorio. De cualquier forma, la Sala resaltó la importancia de que el Estado proteja los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, garantizando su acceso a tratamientos médicos adecuados y asegurando el trato digno e igualitario de las personas reclusas en estos centros, independientemente de su identidad de género.

Además, mediante este fallo la Sala reconoció la responsabilidad del Estado a través de la Caja Costarricense de Seguro Social en garantizar acceso a servicios médicos necesarios, y si bien no citó ninguna norma de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, declaró parcialmente con lugar el recurso e impuso una condena en abstracto para la indemnización por daños y perjuicios a favor de la recurrente.

2. Resolución No. 7558-2020 de las nueve horas con veinte minutos del 21 de abril del 2020.

Este recurso de amparo fue interpuesto por una persona trans privada de libertad que reclamó violación a su derecho a la salud por la falta de cumplimiento de un plan de alimentación ordenado por un nutricionista, la falta de programación de citas médicas,

la demora en la administración de un medicamento prescrito y la pérdida de comunicaciones enviadas vía fax.

Para este caso particular, la Sala analizó si las autoridades penitenciarias cumplieron con las obligaciones de atención médica para la recurrente, y determinó que el centro penitenciario sí actuó diligentemente, pero que las autoridades incumplieron parcialmente sus obligaciones al no programar una cita en la especialidad de ortopedia. En este caso se introduce un aspecto interesante que es el tema de la autonomía de los médicos tratantes sobre las decisiones que toman basados en su conocimiento de las condiciones de salud de los pacientes, como fue en este caso, los cambios en la alimentación de la persona recurrente.

Sobre el criterio del médico tratante, la Sala ha sostenido de forma consistente en su jurisprudencia, que es este criterio el que prevalece frente al resto de consideraciones que puedan existir sobre la condición de salud de una persona, incluida la del mismo paciente u otras autoridades de salud. Para ilustrar este punto, resulta útil observar un extracto de la resolución donde se hizo manifiesto este aspecto:

“No obstante, lo anterior, la Sala valora que la paciente sufre de un cáncer de mama, con un alto índice de reincidencia, siendo que, el médico tratante considera que el medicamento trastuzumab beneficiaría a la paciente de conformidad con el cuadro clínico que presenta. Ya en otros casos similares esta Sala ha dispuesto respetar el criterio del médico tratante, en virtud de que éste conoce con mayor precisión las condiciones de la paciente, y la conveniencia del tratamiento a suministrar” (Sala Constitucional, 2020).

Así mismo, otro aspecto relevante que se desprende de esta resolución es la particularidad de cómo fue redactada su parte dispositiva, pues si bien declaró parcialmente con lugar el recurso y ordenó que se programara la cita de la paciente en el plazo de un mes desde el recibo de la notificación, consideró el contexto apremiante de la pandemia y la repercusión en los servicios de salud al indicar que debía de atenderse de manera prioritaria a la paciente, y en caso de que no fuera posible cumplirlo, deberían adoptarse las medidas del caso para que la orden sea acatada dentro del plazo otorgado por la resolución, “luego de superada la epidemia de coronavirus, siempre y cuando no exista posibilidad de hacerlo antes” (Sala Constitucional, 2020).

Tras la forma de resolver de este caso por parte de la Sala Constitucional, se observó un acercamiento al enfoque de respeto por el derecho a la salud de las personas privadas de libertad con condicionamientos de las limitaciones del sistema penitenciario y la situación de emergencia sanitario. Así mismo, con esta resolución se observó la importancia que otorga la Sala a la autonomía médica y los criterios de razonabilidad de la prestación de servicios de salud. Si bien no se hizo referencia expresa a las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su compatibilidad con los compromisos adquiridos por el Estado costarricense en esta materia es notable, a pesar de que su ejecución práctica podría haberse visto afectada por circunstancias excepcionales que limitaron su efectividad tales como la pandemia.

3. Resolución No. 11939-2020 de las nueve horas cinco minutos del 26 de junio del 2020. En esta ocasión, una persona transexual privada de libertad alegó violación de sus dere-

chos fundamentales debido a la falta de suministro de tratamiento hormonal, la no realización de una gastroscopia solicitada, el cese de medicación para el estrés y el trastorno del sueño, y discriminación por su orientación sexual. En este caso, el recurrente basó su reclamo en la falta de acceso a medicamentos y sostuvo que era discriminado por su orientación sexual.

La Sala declaró sin lugar el recurso por considerar que no fue el Estado quien falló al ofrecer adecuadamente la atención médica y el acceso a los medicamentos para la recurrente, si no que, por el contrario, fue ella la que no hizo uso de estos servicios por no solicitar la atención especial para el tratamiento hormonal. Sobre esto, conviene tener en cuenta la forma de resolver de la Sala:

“Por consiguiente, se acredita que, si el promovente considera que existe falta de atención médica, ello no se debe a una omisión de las autoridades penitenciarias, sino a que la parte recurrente, al parecer, no ha cumplido los protocolos establecidos a lo interno del centro penal para ser valorado en el servicio médico solicitado, disposiciones que se aplican a toda la población del centro penal. Si al paciente se le acabó el tratamiento médico prescrito en el Servicio de Endocrinología del Hospital San Juan de Dios, debe solicitar, si a bien lo tiene -mediante el protocolo interino establecidos por las autoridades recurridas- una cita médica para valoración, y una referencia a dicha especialidad médica, donde el médico tratante determinará el tratamiento a seguir, según su condición de salud actual. Por otra parte, no existe criterio médico que señale o justifique la indicación de un examen gastroscopía o indicación de medicación para el trastorno de sueño, y en ese sentido, esta Sala ha insistido en su jurisprudencia en señalar que solamente los médicos tratantes institucionales pueden prescribir los tratamientos, los exámenes clínicos y los tratamientos medicamentosos que estimen pertinentes, según su criterio técnico-médico, de manera que los pacientes no pueden acudir a reclamar la atención que según su parecer les corresponde, por cuanto se trata de una disconformidad, que no constituye lesión a derecho fundamental alguno. Bajo este orden de consideraciones, se descarta la alegada violación a su derecho a la salud, así como la presunta discriminación que se reclama, por lo que el recurso deviene improcedente y así debe declararse” (Sala Constitucional, 2020).

En esta resolución se puede observar que la Sala se decanta por una postura respetuosa de los protocolos institucionales -conforme a la legalidad procesal y administrativa- pero que carece de una valoración profunda de las necesidades específicas de salud derivadas de la identidad de género de la persona. La negación del tratamiento médico especializado que considere las particularidades de la persona transexual, que requiere acompañamiento médico que no solo se limite a las necesidades de salud general sino que también atienda los aspectos relacionados con su identidad de género, podría interpretarse como una forma de discriminación estructural. Evidencia que la discriminación estructural que enfrenta esta población en entornos penitenciarios no solo es un desafío social, sino jurídico que recae en el actuar del Estado.

4. Resolución No.8215-2021 de las nueve horas con quince minutos del 27 de abril del 2021.

La parte recurrente alegó una violación de su derecho a la salud, argumentando que no se le habían realizado ciertos exámenes médicos solicitados, como una gastroscopía y

pruebas para enfermedades de transmisión sexual, a pesar de haberlos solicitado. En este caso, la Sala declara sin lugar el recurso porque la persona recurrente no logró demostrar que ella haya solicitado los exámenes específicos reclamados al centro penitenciario correspondiente.

En este asunto particular, la Sala dio especial preponderancia al informe del caso emitido por la autoridad que denuncia la parte recurrente, que indicó que solo los médicos tratantes podrían prescribir exámenes basados en criterios técnicos y que la recurrente siempre recibió la atención médica que requería regularmente, incluidas las consultas y los tratamientos en endocrinología que fueron reclamados. Con esta forma de resolver, la Sala Constitucional señaló no tener competencia técnica para evaluar aspectos médicos, y se limitó a verificar que se haya proporcionado a la recurrente la atención médica según los criterios de las personas profesionales médicas que la atendieron:

“Después de analizar los elementos probatorios aportados este Tribunal descarta la lesión al derecho a la salud de la parte amparada. La parte tutelada acude ante esta Sala reclamando que no se le realizan exámenes de laboratorio, gastroscopía ni de enfermedades de Transmisión sexual, a pesar de haberlos solicitado. De los informes rendidos por las autoridades recurridas que se tienen dados bajo fe de juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción- ha sido debidamente acreditada la atención médica brindada a la parte amparada (hechos probados b y c), y no se comprueba que se le haya prescrito, por parte de las autoridades médicas, los exámenes que reclama. En igual sentido, las autoridades accionadas explican que únicamente los médicos pueden prescribir la realización de exámenes de gabinete o estudios de laboratorio de acuerdo con el criterio técnico profesional, y refieren que la parte accionante no ha manifestado tener ningún problema gástrico. (...) Así las cosas, este Tribunal concluye que la actividad de las autoridades recurridas no ha sido omisa y, en consecuencia, no se ha vulnerado el derecho a la salud consagrado en el numeral 21 de la Constitución Política. En ese sentido, la disconformidad que la parte amparada pueda tener con las atenciones concretas del servicio médico constituye un extremo de legalidad ordinario, por cuanto se refiere a aspectos de disposiciones de procedimientos y otras de naturaleza administrativa o a criterios técnico-médicos, aspectos todos que exceden la naturaleza sumaria del amparo” (Sala Constitucional, 2021).

Si bien la Sala no mencionó aspectos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y tampoco entró a emitir criterio técnico médico, limitó su participación en el caso a aspectos de competencia judicial y a verificar si se constituyeron violaciones al derecho a la salud de la recurrente, lo cual es evidencia de que su decisión es compatible con las normas internacionales al asegurar que sí se proporcionó, de forma adecuada y continua, la atención médica de la recurrente.

5. Resolución No.18500-2021 de las nueve horas con quince minutos del 20 de agosto del 2021.

Este recurso de amparo presentó una serie de reclamos de una persona privada de libertad relacionadas con presuntas violaciones a derechos fundamentales como maltrato por parte del personal médico, pérdida de citas médicas en distintas especialidades y la falta de atención médica y suministro de medicamentos, tal como se Transcribe a continuación:

“Manifiesta que se encuentra ubicado en el Centro de Atención Institucional Luis Paulino Mora Mora, ámbito G -1. Indica que ha tenido problemas con la Dra. Ceballos, de la Clínica La Reforma, pues esta lo maltrata con palabras groseras y lo amenazó con quitarle sus medicamentos, si presentaba la denuncia ante el centro penal. Añade que el encargado de solicitar las citas médicas a las personas privadas de libertad ante los hospitales de la CCSS, le perdió una cita que tenía en el mes de setiembre de 2020, en el Servicio de Dermatología del Hospital Monseñor Víctor Manuel Sanabria. Acota que también tenía una cita para el 04 de mayo de 2021 en el Servicio de Urología del Hospital San Rafael de Alajuela, pero también la perdió. Agrega que, en el Servicio de Endocrinología del Hospital Dr. Maximiliano Peralta Jiménez, le perdieron también la cita, pese a que requiere el tratamiento hormonal, ya que es una persona Transexual. Por otra parte, manifiesta el recurrente que necesita una cita para la realización de una gastro y rectoscopia, pero no se las han brindado. Por las razones expuestas, solicita que se declare con lugar el recurso y se ordene a las autoridades recurridas, le den sus medicamentos y se le reprogramen las citas respectivas para mejorar su estado de salud” (Sala Constitucional, 2021).

Para el caso concreto, el tribunal constitucional no encontró evidencia suficiente del maltrato específico o amenazas alegadas por la recurrente, además señaló que la vía de amparo no era el instrumento legal adecuado para denunciar situaciones de maltrato. En cuanto a la pérdida de citas médicas y el tratamiento médico o acceso a medicamentos, la Sala resolvió que sí constituía un hecho probado la pérdida de una cita en septiembre del 2020 sin justificación adecuada del Centro de Atención por lo que, en cuanto a este aspecto, le da la razón a la recurrente.

No obstante, en lo relativo a medicamentos, se logró probar que la recurrente no aceptó la entrega de medicamentos que se le hizo en agosto del 2021 y que las citas para exámenes de gastroscopía y rectoscopia no se encontraban justificadas por criterios médicos. En síntesis, en esta resolución, la Sala trató de generar un balance en la aplicación de los principios internacionales de derechos humanos con la capacidad que tiene como órgano judicial para intervenir en cuestiones técnicas y administrativas.

6. Resolución No.29854-2023 de las nueve horas con treinta minutos del 17 de noviembre del 2023.

En esta resolución, la persona recurrente es una persona transexual privada de libertad en tratamiento hormonal, que reclama violaciones a sus derechos fundamentales debido a la falta de acceso a dicho tratamiento, así como problemas con la educación, y la discriminación que alegó se vinculaba con ser transexual y estar recibiendo tratamiento hormonal en un centro médico fuera de la prisión, pero que no la trasladaron cuando correspondía. Además, adujo que los oficiales le expresaban verbalmente que no la trasladarían fuera del centro, lo cual estimó fue violatorio de sus derechos fundamentales, y que éstos no recogían los medicamentos que le correspondían, lo cual le generaba un grave descontrol hormonal.

La Sala Constitucional abordó este caso en concreto tal como lo ha hecho en múltiples otras ocasiones, donde se implica la necesidad de garantizar el acceso a tratamientos médicos necesarios para el bienestar de las personas privadas de libertad. En este particular, se argumentó que la recurrente no fue trasladada a su cita médica por decisión

propia, no por falta de diligencia de las autoridades, y en vista de que no hay evidencia concreta de esta negligencia, la Sala desestima el recurso enfatizando que la responsabilidad de coordinar los tratamientos también recae sobre la paciente, y que por ello no se considera una violación de derechos.

En este caso se observó que la Sala se basa en el informe emitido por la unidad competente que suministra el servicio de salud en el centro penitenciario como prueba suficiente para acreditar que el acceso a los medicamentos y a la terapia hormonal se garantizó adecuadamente. Al respecto obsérvese un extracto del texto de la resolución:

“La misma privada de libertad es quien cuenta con las recetas de las inyecciones, las cuales son entregadas por parte del doctor en cada consulta de crónicos o si bien si son enviadas por médicos de algún centro hospitalario de igual manera se les entregan y es quien debe estar atento de la cantidad de medicamentos que cuenta o bien en qué fecha le corresponde administrarse cada inyección y por consiguiente debe entregar las recetas correspondientes a cada fecha al oficial destacado para las coordinaciones medicas de ambas escuadras (A y B), que laboran en el ámbito D, para ser intercambiadas en la farmacia del centro o en el caso de las inyecciones hormonales que hace referencia, debe informar con anticipación para que pueda ser trasladada al área de enfermería para que se las administren” (...) Ante la negativa de la paciente no fue posible la realización del procedimiento, encontrándose actualmente pendiente una nueva programación”. En virtud de lo indicado, no se logra acreditar la lesión a los derechos de la parte recurrente, ya que, de los informes rendidos bajo fe de juramento, se indica que la parte recurrente ha sido valorada en CAI recurrido y se han realizado las diligencias necesarias para que sea valorado en el Hospital San Rafael de Alajuela” (Sala Constitucional, 2023).

Esta resolución plantea una falta de consideración de las barreras prácticas para el acceso continuo al tratamiento hormonal en el contexto penitenciario, lo cual podría estar riñendo con los compromisos internacionales de garantizar la salud integral para todas las personas. Así mismo, parece hacer caso omiso de la alegada discriminación reclamada por la recurrente, de forma tal que no abordó de manera profunda los alegatos de transfobia que podrían incluso, constituir mecanismos efectivos para la denuncia y el tratamiento de este tipo de quejas.

Estas resoluciones establecieron importantes precedentes sobre el acceso de las personas trans a la salud y la medicación en contextos de reclusión, abordando tres ejes fundamentales. En primer lugar, las resoluciones destacaron la primacía del criterio médico en la prescripción de tratamientos. La Sala Constitucional determinó que la decisión sobre el tipo de tratamiento, incluida la terapia hormonal, debe ser tomada exclusivamente por profesionales médicos, basándose en el bienestar y las necesidades específicas de la persona trans. Esta posición refuerza la idea de que la medicalización de la identidad de género debe estar guiada por estándares profesionales y éticos, sin interferencias administrativas o burocráticas, lo cual se maximiza en un contexto de privación de libertad.

El segundo eje clave fue la obligación de la CCSS de garantizar el suministro de medicamentos -incluso en centros penitenciarios- sin alegar problemas de abastecimiento. En varios casos, la Sala Constitucional ordenó a la CCSS asegurar el acceso a los medicamen-

tos necesarios para las personas trans, rechazando cualquier excusa relacionada con el desabastecimiento. Estas resoluciones subrayan la responsabilidad del sistema de salud pública de ofrecer servicios de calidad, de manera continua y sin interrupciones, para garantizar la equidad en el acceso a la salud.

Por último, las resoluciones destacaron la necesidad de brindar una atención libre de discriminación tanto en los centros médicos como en los centros de reclusión. La Sala Constitucional insistió en que todas las personas, sin importar su identidad de género, deben recibir atención médica respetuosa, inclusiva y sin prejuicios. Esta orientación refuerza la obligación del Estado y sus instituciones de erradicar la violencia simbólica y la discriminación en el acceso a los servicios de salud, especialmente en el caso de las personas trans, quienes históricamente han sido objeto de estigmatización en este contexto.

Estas decisiones judiciales se han consolidado como precedentes relevantes, especialmente en contextos particularmente complejos, como por ejemplo el marco de la pandemia de COVID-19, donde se reafirmó la necesidad de garantizar la continuidad en los tratamientos médicos y el acceso a medicamentos, sin importar las circunstancias.

IV. Análisis de los hallazgos jurisprudenciales.

No queda duda que, en Costa Rica, la Sala Constitucional ha jugado un papel clave en la protección de derechos humanos y fundamentales a través de la resolución de recursos de amparo. Tal como se observó de las resoluciones previamente desarrolladas, han existido tanto avances como limitaciones estructurales en la protección del derecho a la salud, la dignidad humana y la no discriminación con respecto a la población trans privada de libertad en este país. Mediante las resoluciones se visibilizó la creciente judicialización del derecho a la salud, fenómeno que se intensifica frente a vacíos institucionales o fallas sistémicas, principalmente cuando se intersecan con identidades de género diversas en poblaciones vulnerables, como las que habitan en los centros penitenciarios. Las resoluciones No.4017-2020 y 7558-2020 son ejemplos donde la Sala Constitucional de Costa Rica ha reconocido de forma explícita la obligación del Estado de garantizar el acceso efectivo a la atención médica, incluso en contextos de privación de libertad, a pesar de que no en todas las ocasiones menciona explícitamente el marco internacional de derechos humanos suscrito por el país y por ende vinculante para todos estos casos, tales como los Principios de Yogyakarta o incluso la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No obstante, de estos fallos se observó que el órgano constitucional busca alinearse con el estándar de dignidad, trato igualitario y atención diferenciada para estas poblaciones. Por ejemplo, en la resolución No.4017-2020, se reconoce la vulnerabilidad estructural de las personas trans privadas de libertad, haciendo énfasis en la necesidad de asegurar un trato no discriminatorio y acceso a atención médica oportuna, lo cual se alinea con los artículos 1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, en la resolución No.7558-2020, se destaca la deferencia hacia el criterio técnico del médico tratante, lo cual, aunque no necesariamente es ideal desde una perspectiva de autodeterminación de género, muestra un intento por respetar la integralidad del tratamiento, en este caso durante la pandemia del COVID-19.

En varias resoluciones como las No.11939-2020, No.8215-2021 y No.29854-2023, se refleja una postura restrictiva del órgano constitucional al descartar los reclamos de las per-

sonas trans por supuestas faltas de prueba o por no haber seguido los procedimientos establecidos internamente en los centros penitenciarios. Este enfoque revela un exceso de formalismo y una lógica probatoria que podría incluso interpretarse incompatible con el principio pro-persona que es central en materia de derechos humanos.

De hecho, se estima conveniente apuntar que la resolución No.11939-2020 constituye un ejemplo paradigmático del enfoque formalista adoptado por la Sala Constitucional al evaluar las presuntas violaciones de derecho a la salud de personas trans en contextos de privación de libertad. En este fallo, la Sala desestima el recurso interpuesto por una persona trans privada de libertad, al considerar que la falta de acceso al tratamiento hormonal y otros servicios médicos no obedecía a una omisión estatal, sino al incumplimiento de los protocolos internos por parte de la recurrente. Así mismo, se reiteró que el único criterio válido para prescribir tratamientos, exámenes o medicamentos es el criterio técnico-médico del profesional institucional tratante, línea jurisprudencial que se ha destacado a lo largo del tiempo en materia de salud frente a este órgano judicial, y que incluso ha sido objeto de estudio en múltiples ocasiones.

De este razonamiento, se extraen importantes tensiones relativas a los derechos humanos, por ejemplo, al advertirse una comprensión restrictiva del derecho a la salud, en la que se asume una igualdad formal entre las personas privadas de libertad, sin reconocer las barreras estructurales específicas que enfrentan las personas trans dentro del sistema penitenciario; la Sala omite valorar el contexto de vulnerabilidad acentuada de esta población, así como las posibles dinámicas de discriminación institucional que dificultan el ejercicio efectivo de sus derechos.

En la misma línea, la Sala pareciera adoptar una postura de deferencia absoluta al criterio médico institucional, lo cual puede invisibilizar situaciones en las que el desconocimiento o la falta de formación del personal en salud sobre diversidad sexual y de género impacta negativamente en la atención brindada. Esta postura es contraria a una interpretación progresiva y evolutiva del derecho a la salud, que exige adoptar una perspectiva de derechos humanos, interseccional y con enfoque de género.

Finalmente, debe decirse que un desafío importante que se desprende de las resoluciones analizadas es la falta de abordaje sistemático de las alegaciones de discriminación por identidad de género que se plantearon por ejemplo en las resoluciones No.18500-2021 y No.29854-2023. Al menos en estas resoluciones, la Sala parece inclinarse por descartar denuncias de transfobia por falta de evidencia directa, sin activar mecanismos de debida diligencia para investigar contextos de discriminación estructural o violencia institucional.

Este último punto refleja una limitación en el abordaje judicial de los derechos de las personas trans, dado que no se realiza un análisis contextual que considere la posibilidad de discriminación estructural. Este tipo de omisiones refuerza la necesidad de que el control de constitucionalidad incorpore herramientas interpretativas que permitan visibilizar formas de violencia no evidentes pero persistentes contra personas trans en el acceso a servicios de salud. Esta forma de resolución pone en evidencia cómo una aplicación estrictamente procedimental de un derecho puede derivar en una negación fáctica del acceso efectivo a la salud, lo cual resulta incompatible con los estándares internacionales de derechos humanos, que reafirman la obligación de los Estados de

garantizar el derecho a la salud de las personas trans de manera efectiva, accesible y libre de discriminación.

V. Reflexión final.

El litigio ante la Sala Constitucional en Costa Rica ha evidenciado ser de utilidad para garantizar el derecho a la salud de las personas trans privadas de libertad, pero las respuestas institucionales siguen siendo predominantemente reactivas. Las entidades señaladas en los recursos de amparo como la CCSS y los centros penitenciarios, evidencian que hacen falta protocolos para acceso y continuidad del tratamiento hormonal, ausencia de seguimiento médico especializado e incluso estigmas e irrespeto por el nombre e identidad de género de las personas trans.

Así mismo, se mostró la persistencia de entornos institucionales hostiles, donde la violencia simbólica y la medicalización persisten por la ausencia de educación sobre la diversidad de género. La situación se ve agravada por la omisión de la discriminación estructural, o la transfobia que es minimizada o descartada en las resoluciones judiciales, lo cual subraya la necesidad de un enfoque interseccional que reconozca las violencias específicas enfrentadas por las personas trans, especialmente en contextos de privación de libertad.

Aunque en términos generales se podría decir que las resoluciones estudiadas se alinean con el marco constitucional costarricense, hay una escasa referencia a instrumentos y dictámenes internacionales de derechos humanos, tales como la Opinión Consultiva OC-24/17 y los Principios de Yogyakarta, por ejemplo, los cuales ofrecen más solidez en las formas de proteger los derechos de la población LGBTQ+. Esto resalta la necesidad de que las instituciones públicas, en particular la CCSS y el Ministerio de Justicia, desarrollen protocolos diferenciados para la atención en salud de las personas trans, acompañados de formación en derechos humanos y enfoque de género para el personal médico, administrativo y de seguridad.

Finalmente, se estima que en el tópico estudiado en particular, la Sala Constitucional debe asumir un rol más activo en el control de convencionalidad, incorporando sistemáticamente los estándares internacionales en sus resoluciones. Aunque ha avanzado en la judicialización del derecho a la salud, su actuación sigue mostrando limitaciones frente a la discriminación estructural y la vulnerabilidad múltiple. En adelante, será crucial una interpretación constitucional que esté alineada con los compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por Costa Rica.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. (1949, 8 de noviembre). *Constitución Política de Costa Rica*. Sinalevi: art. 73. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=FN
- Asociación para la Prevención de la Tortura. (2013). *Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*.

Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33600.pdf>

- Bautista Tinco, J. (2023). *Las personas LGBT en prisiones: La protección de sus derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)*, 17(1), 95–119. Recuperado de <https://doi.org/10.20318/reib.2023.7803>
- Chinchilla Serrano, H., Valenciano Arrieta, L., & Hernández Angulo, M. (s.f.). *Situación de derechos de las personas LGBTI en Costa Rica*. Investigación y redacción por Hellen Chinchilla Serrano, Laura Valenciano Arrieta, y Megan Hernández Angulo. Supervisión y revisión técnica por Larissa Arroyo Navarrete. Recuperado de <https://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/jspui/bitstream/123456789/309/1/RCIEM273.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre del 2017: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- García González, R. (s.f.). *El sistema nacional de salud en Costa Rica: Generalidades*. Caja Costarricense de Seguro Social, CENDEISS. <https://www.binasss.sa.cr/opacms/media/digitales/EI%20Sistema%20nacional%20de%20salud%20en%20Costa%20Rica.%20Generalidades.pdf>
- Hernández Valle, R. (s.f.). *La eclosión del recurso de amparo en Costa Rica (problemas y posibles soluciones)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado el 26 de mayo de 2020, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3065/23.pdf>
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2012). *Diversidad sexual, derechos humanos y VIH en el sistema penitenciario de Costa Rica*. Recuperado de <https://costarica.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/diversidad-sexual%2C-dh-y-vih-en-sistema-penitenciario-de-cr.pdf>
- Patiño Cruz, S., Salazar Murillo, R., & Orozco Solano, V. (2008). *El recurso de amparo en Costa Rica*. Editorama S. A.
- *Principios de Yogyakarta*. (2007). *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Recuperado de <https://yogyakartaprinciples.org>
- Quesada Soto, L. (2020). *El derecho al acceso de los medicamentos: Análisis de jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en el periodo 2014-2018* (Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica). San José, Costa Rica.
- Román Forastelli, M. (2014). *Judicialización de la salud: Revisión de los recursos de amparo relacionados con medicamentos*. En *Primer informe del estado de la justicia* (p. 8). Programa Estado de la Nación.
- Sáenz, M. del R., Acosta, M., Muiser, J., & Bermúdez, J. L. (2011). Sistema de salud de Costa Rica. *Salud Pública de México*, 53(8), 156. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800011
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2020, 28 de febrero). *Recurso de amparo: Resolución 4017-2020* (expediente 20-000819-0007-CO).
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2020, 21 de abril). *Recurso de amparo: Resolución 7558-2020* (expediente 19-019182-0007-CO).
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2020, 26 de junio). *Recurso de amparo: Resolución 11939-2020* (expediente 20-010263-0007-CO).
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2021, 27 de abril). *Recurso de amparo: Resolución 8215-2021* (expediente 21-006697-0007-CO).

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2021, 20 de agosto). *Recurso de amparo: Resolución 18500-2021* (expediente 21-014248-0007-CO).
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2023, 17 de noviembre). *Recurso de amparo: Resolución 29854-2023* (expediente 23-025409-0007-CO).
- Vargas López, K. (2014). *El desarrollo del derecho a la salud por parte de la Sala Constitucional y su influencia en el sistema público de salud en Costa Rica* (Trabajo final de investigación aplicada). Universidad de Costa Rica.
- Vargas López, K. (2014). *Principales líneas jurisprudenciales en materia de derecho a la salud en Costa Rica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 3(1), 94.
- Villarreal, Fernández, E. (2023). *La ciencia de datos como una innovadora técnica de investigación sobre la judicialización de la salud*. Recuperado de <https://estadonacion.or.cr/judicializacion-de-la-salud/>.

Acoso sexual y protección de las trabajadoras: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Regional del Trabajo de la 16ª Región de Brasil

Sexual harassment and protection of workers: analysis of jurisprudence of Regional Labor Court-TRT on the 16th region in Brazil.

Bianca Vasconcelos¹; Agustín Carignani²; Edith MB Ramos³; Maria Célia Delduque⁴

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)06](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)06)

Fecha de envío: 14.05.2025

Fecha de aceptación: 11.07.2025

RESUMEN:

El objetivo fue investigar el acoso sexual en el trabajo con base en la jurisprudencia del Tribunal Regional del Trabajo de la 16ª Región (TRT 16) de Maranhão, Brasil. Se trató de una investigación documental cualitativa en la que se analizaron decisiones dictadas en los años 2023 y 2024, obtenidas del sitio web del tribunal disponible en <https://pje.trt16.jus.br/jurisprudencia/>. La técnica de análisis de decisiones siguió las enseñanzas de análisis de contenido de Bardin. Se encontraron cuatro fallos relacionados con el acoso sexual contra las mujeres en el ámbito laboral. Se concluyó que, aunque existen avances en la jurisprudencia laboral brasileña sobre el reconocimiento del acoso contra la mujer y la determinación de indemnizaciones, los valores aún son inferiores a lo deseable y no se advierte mayor preocupación con las políticas a ser adoptadas por las empresas para reducir las situaciones de acoso.

1 Estudiante de Maestría en Derecho e Instituciones del Sistema de Justicia en la Universidad Federal de Maranhão-UFMA, Brasil. Abogada. Email: biancammribeiro@gmail.com ORCID: 0009-0005-6219-3754.

2 Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Siglo 21, Doctorando de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Magister en Salud Pública por la Universidad Nacional de Córdoba, Especialista en Derecho Sanitario por la Fundación Oswaldo Cruz-FIOCRUZ, Brasil. Email: agustincarignani@outlook.com. ORCID: 0000-0002-7126-9328.

3 Profesor del curso de Maestría en Derecho e Instituciones del Sistema de Justicia de la Universidad Federal de Maranhão-UFMA, Brasil. Doctora en Políticas Públicas -UFMA, Postdoctorado por la FIOCRUZ. Email: edithmbramos@gmail.com ORCID: 0000-0001-6064-1879.

4 Profesor del curso de Maestría en Derecho e Instituciones del Sistema de Justicia de la Universidad Federal de Maranhão-UFMA, Brasil. Doctorado en Salud Pública en Universidad de São Paulo, Brasil y Posdoctorado en Derecho a la Salud, Universidad de Cantabria, España. Email: mcdelduque@gmail.com. ORCID: 0000-0002-5351-3534.

ABSTRACT

The objective was investigated sexual harassment in the workplace based on the case law of the Regional Labor Court of the 16th Region (TRT 16). It was a qualitative, documentary-based research in which decisions issued in the years 2023 and 2024 were analyzed, obtained from the court's website available at <https://pje.trt16.jus.br/jurisprudencia/>. The decision analysis technique followed Bardin's Content Analysis Teachings. It was found four decisions about the sexual harassment against women in the workplace. Was concluded that although there have been advances in Brazilian labor jurisprudence, with the recognition of harassment against women and the establishment of compensation, the amounts are still lower than desirable and there is no evidence of concern with policies to be adopted by companies to reduce harassment situations.

PALABRAS CLAVE: Acoso Sexual. Mujeres Trabajadoras. Salud de las Mujeres.

KEY WORDS: Sexual Harassment. Working Women. Women's Health.

I. Introducción

El acoso sexual en el ámbito laboral es un tema relevante en el ámbito legal y social, y merece ser destacado en los debates académicos, ya que en la región, los estudios son aún escasos en la literatura.

El acoso sexual representa una grave violación de los derechos fundamentales y compromete la dignidad de la persona humana de las trabajadoras. Esta práctica caracterizada por comportamientos sexuales no deseados y repetidos, se manifiesta a través de palabras, gestos, insinuaciones o contacto físico forzado (Tristão; Almeida, 2021, p. 66). El acoso actúa como un mecanismo de dominación, reforzando la subordinación de la víctima y limitando su participación equitativa en el entorno profesional (Tristão; Almeida, 2021, p. 69).

En el caso de las mujeres trabajadoras, la violencia sexual en el trabajo no puede ser tratada como un fenómeno aislado, sino como parte de un sistema estructurado sobre bases patriarcales, en el que el cuerpo femenino es históricamente controlado y cosificado (Lopes; Araújo, 2020, p. 169). En este sentido, Segato (2018, p. 22) destaca que "la violencia contra las mujeres no es un fenómeno marginal, sino un elemento central en el mantenimiento de las jerarquías de género". El acoso sexual, por lo tanto, no se restringe a la conducta de un individuo específico, sino que es parte de una lógica social que perpetúa las desigualdades y refuerza las relaciones de poder asimétricas.

El concepto de acoso sexual contra las mujeres surgió en debates académicos y legales a partir de la década de 1970, cuando las feministas de la Universidad de Cornell, en Estados Unidos, comenzaron a denunciar prácticas abusivas en el lugar de trabajo que involucraban relaciones de poder y coerción. Este concepto fue consolidado en la doctrina jurídica norteamericana por Catherine Mackinnon, en 1979 (Heloani; Barreto, 2018, p. 151). Sin embargo, como señala Diniz (2017, p. 195), no fue hasta la década de 1980 cuando el acoso sexual comenzó a ser ampliamente reconocido como un problema que afecta la vida profesional de las mujeres.

El reconocimiento del acoso sexual como un tema legal relevante ha avanzado en el escenario internacional, especialmente con el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La OIT condena expresamente la discriminación en el empleo y la ocupa-

ción, tal como se establece en el Convenio N 111 (OIT, 1958), que trata de la eliminación de todas las formas de discriminación en el empleo. Además, el Convenio núm. 190 (OIT, 2019) aborda la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, reconociendo el acoso sexual como una forma de violencia de género, caracterizada por comportamientos inaceptables que pueden resultar en daños físicos, psicológicos, sexuales o económicos para la víctima, independientemente de si están vinculados a promesas o amenazas en cuanto al avance profesional.

A nivel interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – conocida como Convención de Belém do Pará – aprobada por la Organización de Estados Americanos – OEA en 1994, establece que la violencia contra la mujer comprende "todo acto o conducta basada en el género que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (OEA, 1994, artículo 1). Aunque no menciona expresamente el acoso sexual, la Convención proporciona un marco normativo fundamental para la rendición de cuentas de los Estados y las instituciones en la formulación de políticas para prevenir y combatir la violencia de género, incluido el acoso en el lugar de trabajo.

En Brasil, el acoso sexual se tipificó como delito en 2001, mediante la Ley N 10.224, que incluyó el artículo 216-A en el Código Penal (Brasil, 1940). La disposición define el delito como "avergonzar a alguien con la intención de obtener ventaja o favor sexual, aprovechándose de la condición de superior jerárquico o ascendiente del agente inherente al ejercicio de un empleo, posición o función". Si bien representa un avance en la protección de la dignidad sexual en el ámbito laboral, la calificación legal restringe el acoso sexual al contexto de las relaciones jerárquicas formales, lo que dificulta la responsabilidad penal en casos que involucran a compañeros de trabajo del mismo nivel o situaciones sin una relación laboral directa.

La doctrina clasifica el acoso sexual en el trabajo en dos categorías: *quid pro quo*, cuando hay una demanda de favores sexuales como condición para mantener el empleo o la progresión profesional, y el acoso sexual ambiental, que ocurre cuando la víctima es sometida a un ambiente de trabajo hostil. (Tristán; Almeida, 2021, p. 70).

El acoso sexual *quid pro quo* - que literalmente significa esto por aquello- es practicado por superiores jerárquicos o por quienes tienen ascendencia sobre la víctima y también puede denominarse acoso vertical, constituyendo un abuso de poder jerárquico, que puede darse en el ámbito laboral o fuera de él, ya que la subordinación trasciende el ámbito laboral. Mientras que el acoso o intimidación sexual ambiental se caracteriza por la instigación sexual, con el objetivo de restringir y perjudicar el desempeño profesional. Esta modalidad también se denomina acoso horizontal, ya que puede ser practicado por colegas de la misma jerarquía, caracterizado por comentarios, gestos y acciones que avergüenzan a la víctima y comprometen su dignidad (Leiria, 2019, p. 69-71).

La persistencia del acoso sexual está directamente relacionada con la cultura patriarcal, que normaliza la violencia de género y dificulta la rendición de cuentas de los perpetradores. Ramos, Alves y Delduque (2022, p. 560) destacan que la naturalización de la violencia deja profundas marcas físicas y psicológicas en las víctimas, violando su dignidad y comprometiendo su permanencia en el mercado laboral. Diniz (2017, p. 199) refuerza esta idea, afirmando que el acoso sexual dirigido a las mujeres es una manifestación de la estructura de poder patriarcal, que se manifiesta tanto a través de propuestas explícitas como de insinuaciones veladas, a menudo acompañadas de promesas de beneficios o amenazas de represalias.

La relación entre el acoso sexual y el abuso de poder en el lugar de trabajo es ampliamente discutida por Heloani y Barreto (2018, p. 159), quienes argumentan que el acoso sexual se deriva de la asimetría jerárquica, donde el agresor utiliza su posición para subyugar a la víctima. Hirigoyen (2015, s.p.) también contribuye a este debate al considerar el acoso sexual como una forma evolucionada de acoso moral, donde la víctima es reducida a un objeto, sin autonomía para rechazar las insinuaciones del agresor.

Distinguir entre el acoso moral y el acoso sexual es esencial para que las víctimas busquen una protección adecuada. Diniz (2017, p. 99-100) aclara que, si bien el acoso moral puede afectar a cualquier trabajador, el acoso sexual tiene un impacto desproporcionado en las mujeres ya que se inserta en un contexto de discriminación estructural por razón de género. Esta distinción también es abordada por Freitas (2001, p. 13-15), quien advierte que el acoso sexual no puede confundirse con una simple invitación o coqueteo, ya que se trata de un abuso basado en la jerarquía y el poder.

La cultura machista, profundamente arraigada en las organizaciones, contribuye a la perpetuación del acoso sexual. Lopes y Araújo (2020, p. 158) señalan que las percepciones sexistas sobre el rol femenino en el ámbito laboral dificultan que las víctimas denuncien y responsabilicen a los agresores, lo que hace que la erradicación de esta práctica sea un desafío constante. También McEwen, Pullen y Rhodes (2021, p. 2), quienes definen el acoso sexual como cualquier conducta sexual no deseada, ya sea presencial o virtual, que ofenda, humille o intimide a la víctima, reforzando la conexión entre esta práctica y el abuso de poder en las relaciones laborales.

Como señalan Heloani y Barreto (2018, p. 154), esta práctica afecta no solo la salud psicológica de las víctimas, sino que también compromete el ambiente laboral, reduciendo su calidad y seguridad. En este sentido, De Beauvoir (2014, p. 14) señala que la construcción social de la inferioridad femenina limita la autonomía de las mujeres e influye directamente en la forma en que se trata el acoso sexual, dificultando el castigo de los agresores y la protección efectiva de las víctimas.

El acoso sexual es una de las prácticas que generan verdadero malestar laboral y que se han naturalizado cotidiana y erróneamente. Estas situaciones, ya sean de acoso moral o sexual, conllevan "consecuencias psicológicas inconmensurables, generalmente generando sentimientos de agotamiento físico y mental", como el síndrome *de burnout* (Freitas; Boynard, 2024, p. 212).

No cabe duda de que las demandas por acoso sexual en el lugar de trabajo ya son frecuentes con cierta recurrencia en los Tribunales Laborales, pero aún no existe un concepto de acoso sexual en la legislación laboral brasileña. Coincidimos con Maeda y Severi (2023, p. 5) para quienes sostienen que la postura activa del juez debe deconstruir y superar las desigualdades y la discriminación por razón de género, ya que es una forma de mejorar la disposición jurisdiccional.

Según el Monitor de Trabajo Decente – MTD (2025), hay 17.661 demandas pendientes en los Tribunales Laborales brasileños que tratan el tema del acoso sexual, de las cuales el 72,01% que corresponde a aproximadamente 14.711 demandas fueron presentadas por mujeres denunciantes.

En el Tribunal Superior del Trabajo (TST), órgano de la judicatura laboral en Brasil, si bien hay un esfuerzo por sensibilizar a los profesionales en los entornos organizacionales,

habiendo emitido dos guías para orientar a trabajadores y gerentes sobre cómo enfrentar el acoso (<https://www.tst.jus.br/-/tst-lan%C3%A7a-guias-para-fortalecer-combate-a-ass%C3%A9dio-viol%C3%Aancia-e-discrimina%C3%A7%C3%A3o-no-trabalho>), la discriminación y la violencia en el lugar de trabajo, todavía es una realidad en Brasil que está lejos de ser eliminada.

En el estado de Maranhão, Brasil hay un porcentaje de 50,87% de mujeres y 49,13% de hombres y en términos absolutos, hay alrededor de 3.446.843 mujeres y un número ligeramente inferior de hombres (IBGE, 2022). El estado tiene una empleabilidad promedio del 40% en el mercado laboral, con respecto al género femenino (Gobierno de Maranhão, 2024), lo que representa una baja inserción de las mujeres en el mercado laboral de dicho Estado.

El Tribunal Regional de Trabajo de la 16ª Región (TRT16) cubre el estado de Maranhão, que tiene jurisdicción en todo el territorio y resuelve en segunda instancia las decisiones preferidas por los siete tribunales laborales de la ciudad de São Luís, dos tribunales laborales de la ciudad de Imperatriz y decenas de otros tribunales laborales distribuidos en municipios del estado.

En este artículo se presentan los resultados de la investigación en la jurisprudencia del mencionado Tribunal Regional de Trabajo de la 16ª Región (TRT-16), en relación con los casos de acoso sexual, sometidos a su juicio identificando cómo ha decidido el tribunal y cuáles son los fundamentos de sus decisiones.

II. Metodología

Para el desarrollo de la investigación se adoptó una metodología cualitativa, basada en la investigación bibliográfica y documental, cuya unidad de análisis fue la decisión judicial plasmada en un Recurso Ordinario de Trabajo, cuyo contenido íntegro se encontró disponible en la página web del tribunal.

Según Sousa, Oliveira y Alves (2021, p. 2), la investigación bibliográfica se inserta principalmente en el ámbito académico y tiene el propósito de mejorar y actualizar el conocimiento, a través de una investigación científica de trabajos ya publicados. La investigación documental, por su parte, utiliza fuentes diversificadas y dispersas, sin tratamiento analítico tales como: cuadros estadísticos, periódicos, revistas, informes, documentos oficiales, cartas, películas, fotografías, pinturas, tapices, informes de empresas, videos de programas de televisión, etc. (Fonseca, 2002, p. 32) y por qué no mencionar las sentencias, autos, decretos y otros actos jurisdiccionales.

El análisis jurisprudencial, por su parte, permite identificar los patrones de decisión, los fundamentos utilizados por los tribunales y la evolución de la interpretación jurídica sobre el tema.

La búsqueda de juicios incluyó las palabras clave acompañadas de conectores booleanos ó lógicos: acoso sexual Y mujer y se produjo a través de la dirección electrónica: <https://pje.trt16.jus.br/jurisprudencia/>.

Los criterios de inclusión fueron: procesos firmados entre enero de 2023 hasta diciembre de 2024 que contuvieran al menos una de las palabras clave elegidas para la investigación y que constituyeran recursos ordinarios de trabajo, sin tener en cuenta otros documentos procesales que no cumplieran con el criterio. La elección para los años 2023 a 2024 se debió a factores de proximidad al período actual, lo que permitió verificar un escenario del tema con la máxima actualidad.

El sistema de búsqueda dio lugar a 9 ensayos. Se excluyeron las sentencias que se referían exclusivamente a cuestiones procesales, sin examinar el fondo, y las que versaban sobre temas distintos a los establecidos para la encuesta. Cinco sentencias fueron excluidas del universo de investigación porque no cumplían con los criterios de inclusión, quedando cuatro sentencias que contenían decisiones sobre el fondo.

III. Resultados y Discusión

De las decisiones analizadas, tres de ellas fueron informadas por una mujer y solo una por un juez. Dos demandas se originaron en la ciudad de São Luís, capital del estado de Maranhão, una en Imperatriz, la segunda ciudad más grande del estado, y otra en Açailândia.

Los segmentos de trabajo verificados en los procesos seleccionados son: vigilancia, comercio, servicios y alimentos. En un estudio realizado en el municipio de Pelotas, RS, Madruga y Duarte (2020, p. 116) encontraron un enorme porcentaje de mujeres víctimas de acoso sexual en el segmento comercial, reforzando los hallazgos de esta investigación.

Tabla 1 – Descripción de los casos de acoso sexual juzgados en el Tribunal Regional del Trabajo de la 16ª Región (Maranhão, MA) – 2023 – 2024

Datos del agresor	Características del acoso	Sentencia	Motivos de la decisión	Monto de la indemnización
Hombre (compañero de trabajo)	ambiental	Procedente	- Art. 186, 187 e 932, III, do Código Civil; - Protocolo para el juicio con perspectiva de género 2021; - Testimonio personal de la víctima.	3,546.09
Hombre (superior jerárquico)	<i>quid pro quo</i>	Procedente	- Art. 186 e 927, do Código Civil; - Art. 216-A, Código Penal.	3,546.09
Hombre (superior jerárquico)	<i>quid pro quo</i>	Procedente	- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); - Artículo 7º, XXII, Constitución Federal; - Art. 932, III, do Código Civil.	1,773.04
Hombre (compañero de trabajo)	ambiental	Procedente	- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); Artículo 7º, XXII, Constitución Federal; - Art. 932, III, do Código Civil.	5.281,69

De los cuatro casos examinados, la mitad de ellos se referían a un acoso sexual *quid pro quo*, caracterizado por la exigencia de favores sexuales a cambio de ventajas profesionales o bajo amenaza de represalias, vgr. chantaje. Los demás casos constituyeron acoso sexual ambiental, en el que las conductas repetitivas con connotación sexual creaban un ambiente hostil para la víctima, también conocido como intimidación.

Teniendo en cuenta que, de los casos analizados, sólo dos fueron ocasionados por hombres superiores jerárquicos, se concluye que en estos casos sería posible tipificar la responsabilidad penal de los agresores con la conducta descrita en el artículo 216-A del Código Penal (Brasil, 1940); y en los demás casos, la pena se limita a una indemnización pecuniaria determinada en la esfera del derecho del trabajo.

Las pruebas de acoso variaron entre los casos analizados. En dos de ellos, el testimonio de la víctima fue fundamental para la caracterización del acoso, además de los testigos y otras pruebas documentales. En los otros dos, la prueba testimonial fue esencial para validar los relatos de las víctimas. Esta disparidad pone de manifiesto la dificultad de probar legalmente el acoso cuando no existen registros documentales, lo que refuerza la necesidad de contar con canales de denuncia eficientes y un entorno organizacional que aliente a las víctimas a denunciar dichas conductas sin temor a represalias.

Para caracterizar la conducta de acoso sexual, los jueces formulan -aunque sea brevemente-, la distinción entre acoso y seducción funcional, prevaleciendo en el entendido de que, para constituir acoso, la conducta debe ser ofensiva y no deseada por la víctima, mientras que la seducción o el cortejo halaga a quien lo recibe, es decir, si la seducción no hiere la dignidad de la persona, no es repelente y no tiene impacto en la actividad laboral, no es acoso sexual (Leiria, 2019, p. 74-75).

En los casos analizados, hubo prevalencia de la posición jerárquica superior del agresor, aunque la literatura (FBSP, 2019) muestra que esta situación prevalece en la mayoría de los casos de acoso sexual, por el contrario, se observa que, en dos casos, hubo igualdad jerárquica entre víctima y agresor. Esta situación no es rara, e incluso existen numerosos casos de acoso entre colegas de la misma jerarquía (Dias, 2008, p. 16).

Además de Dias (2008, p. 16), Madruga y Duarte (2020, p. 112-113) en sus estudios confirmaron que el agresor de las mujeres era: (1) el dueño de la empresa, (2) un empleado de la empresa con una jerarquía superior, (3) un compañero de trabajo y (4) clientes de la empresa.

El riesgo de sufrir acoso sexual también es mayor para las mujeres insertas en organizaciones caracterizadas por una cultura de género discriminatoria, especialmente aquellas en las que predominan los empleados masculinos o en las que ocupan en su mayoría puestos superiores, según Dias (2008, p. 15), lo que se confirma con las cuatro decisiones analizadas, ya que un caso ocurrió en una gasolinera y otro, en una empresa de vigilancia de propiedades, es decir, lugares donde prevalece la presencia masculina.

Los fundamentos jurídicos utilizados en las sentencias incluyen: (i) la Constitución Federal, con énfasis en el derecho a la dignidad humana, la protección de las relaciones laborales; y con respecto a la protección del entorno de trabajo seguro; ii) Código Penal, para los casos en que el hostigamiento constituía delito (artículo 216-A); iii) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); y (iv) el Código Civil en materia de responsabilidad civil y daño moral del empleador.

El tema del acoso es abundante en la normativa, pero el tribunal se limitó a basar sus decisiones en el arco suprallegal, la Convención de Belém do Pará y los códigos locales. Sin embargo, los jueces todavía tienen a su disposición una mirada de leyes, incluida una vasta norma de la OIT en la cual pueden basar sus decisiones, lo que representaría un acto de prestigio para estas normas.

De las decisiones analizadas surge que existe unanimidad en el reconocimiento del acoso sexual, sin embargo, el monto de la indemnización aún no refleja el daño sufrido por la víctima. La literatura es unánime en señalar que el acoso sexual contra las mujeres termina dejando marcas no solo en el cuerpo físico, sino especialmente en el sufrimiento psíquico, además del ámbito laboral. Esta comprensión es reforzada por los autores Heloani y Barreto (2018, p. 154), para quienes la salud psicológica de las víctimas no es la única afectada por la agresión, sino también todo el ambiente laboral que termina reduciendo su calidad y seguridad. Para inhibir la acción de estos depredadores contra las mujeres en el lugar de trabajo, la condena de los valores expresivos serviría sin duda para inhibir este comportamiento perjudicial, pero los tribunales aún están lejos de considerar que dicha agresión es lo suficientemente dañina como para merecer condenas de altos montos de compensación.

No se identificó la imposición de políticas preventivas en el lugar de trabajo a los empleadores para inhibir las prácticas de acoso sexual o incluso imponer formas de mejorar los canales de denuncia e investigación de casos.

En una sentencia dictada en el fuero laboral, se evidenció la preocupación por la salud de la víctima al reconocer expresamente que la demandante sufrió un accidente de trabajo típico, que resultó en lesiones graves con repercusiones en su salud física y mental, que comprometieron su capacidad laboral; todo en el marco de un acoso laboral. La decisión enfatizó la necesidad de un tratamiento médico y psicológico adecuado, destacando también los impactos duraderos derivados de las lesiones, condenando al agresor a pagar una indemnización por daños morales y materiales. Sin embargo, la decisión no impuso una obligación directa al acosador, como el pago del tratamiento médico y/o psicológico de la víctima, es decir, la condena se limitó a la indemnización por daño moral, sin la imposición específica de una reparación por la salud de la víctima.

En las otras tres decisiones se abordó el tema de la salud de las víctimas de acoso sexual, sin embargo, lo hacen de manera superficial. Los jueces se limitaron a reconocer los síntomas presentados por las víctimas, como ansiedad, depresión e insomnio, solo como elementos accesorios a la configuración del daño moral, sin ninguna profundización técnica o jurídica sobre las implicaciones concretas de este sufrimiento psíquico. En resumen, aunque mencionan estos síntomas, las decisiones tratan la salud de las víctimas de manera tangencial, sin ofrecer un análisis detallado de las consecuencias psicológicas del acoso, ni proponiendo medidas estructurales efectivas para la prevención y atención.

En cuanto al impacto de las decisiones en la trayectoria profesional de las víctimas, se demostró que los trabajadores involucrados debieron tomar licencia por tratamiento de salud, y se observó en dos casos analizados que las víctimas fueron despedidas después del episodio de acoso. Esto demuestra que, si bien la reparación económica no es suficiente para revertir el daño causado por el acoso, la salud mental y la estabilidad profesional de las víctimas no son suficientes.

IV. Conclusión

El número de casos juzgados en el Tribunal Regional del Trabajo de Maranhão en el período de dos años confirma la hipótesis de escasa visibilidad del tema, especialmente si se compara con el número total de mujeres empleadas en el mercado de trabajo, lo que permite inferir que todavía son pocas las mujeres que buscan reparación civil e incluso penal por la violencia sufrida.

Además, los jueces demostraron que el acoso ha sido visto de manera similar al daño moral, demostrando una minimización de las consecuencias del acoso sexual, sin la debida compensación por la salud de la víctima.

Las sentencias señalan un consenso en la caracterización del acoso sexual y en la responsabilidad de los agresores, pero no muestran preocupación por la aplicación de medidas preventivas en el ámbito laboral, incentivando a los empleadores a realizar actividades para reducir los episodios de acoso.

El análisis de las decisiones de la TRT-16 demostró que las víctimas aún enfrentan dificultades para reparar los daños sufridos, a menudo viéndose obligadas a abandonar sus trabajos debido a la falta de apoyo adecuado. Este factor refuerza la necesidad de mejorar las políticas institucionales, incluyendo la implementación de canales de denuncia efectivos, capacitación continua para prevenir el acoso y mecanismos de protección que garanticen que los trabajadores permanezcan en sus puestos de trabajo sin represalias.

Las decisiones del Tribunal Regional de Trabajo de la 16ª Región revelan un enfoque centrado en la reparación pecuniaria, sin demostrar una preocupación efectiva por el origen estructural del acoso sexual, ni por las condiciones del entorno profesional en el que se produce. Al desconocer la dimensión colectiva e institucional del problema, tales decisiones se limitan a reconocer el daño individual de la víctima, sin exigir a los empleadores que tomen medidas preventivas o implementen políticas internas orientadas a la salud y seguridad en el trabajo. Además, existe una falta de aplicación de los lineamientos del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y de los tratados internacionales ratificados por Brasil, como los Convenios 111 y 190 de la OIT, lo que muestra sentencias desprovistas de un análisis profundo del contexto social e institucional y de las particularidades del caso concreto.

Con todo esto, nos permitimos recomendar que el Poder Judicial brasileño fortalezca la aplicación de los Convenios 111 y 190 de la OIT, ampliando la adopción de medidas preventivas y de rendición de cuentas en el entorno empresarial, fortaleciendo las acciones que visibilizarían la problemática de tal forma de que ayude a mejorar las condiciones laborales de las mujeres en el Estado de Maranhão, quizás por medio de publicaciones de las sentencias resguardando el nombre de las personas involucradas.

Es fundamental que futuros estudios profundicen en el análisis comparativo entre las decisiones sobre acoso en diferentes tribunales, permitiendo una visión más integral de cómo se ha tratado el tema en las diferentes jurisdicciones.

La protección legal de las víctimas de acoso sexual en el lugar de trabajo aún enfrenta desafíos significativos, pero hay formas para su evolución, como el fortalecimiento de la jurisprudencia, la ampliación del debate y la implementación de políticas institucionales y legislativas más sólidas para garantizar un entorno de trabajo verdaderamente seguro e igualitario para todos los trabajadores.

Referencias bibliográficas

- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº 0016567-94.2020.5.16.0015. Relator: Ilka Esdra Silva Araújo. Juzgado em 10 jul. 2024.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº 0016769-03.2022.5.16.0015. Relator: Ilka Esdra Silva Araújo. Juzgado em 08 jul. 2024.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº 0016709-51.2022.5.16.0008. Relator: Jose Evandro de Sousa. Juzgado em 05 fev. 2024.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº 0017145-25.2022.5.16.0003. Relator: Jose Evandro de Sousa. Juzgado em 05 fev. 2024.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº 0017027-10.2022.5.16.0016. Relator: Jose Evandro de Sousa. Juzgado em 07 dez. 2023.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº 0017628-49.2022.5.16.0005. Relator: Jose Evandro de Sousa. Juzgado em 04 dez. 2023.
- Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União: seção 1, p. 23941, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 4 abr. 2025.
- De Beauvoir, S. O segundo sexo. Nova Fronteira, 2014. Disponível em: <https://joao-camillopenna.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/03/beauvoir-o-segundo-sexo-volume-11.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2025.
- Dias, Isabel. Violência contra as mulheres no trabalho. O caso do assédio sexual. Lisboa: Sociologia, problemas e práticas, nº 57, 2008, p.11-23.
- Diniz, MI. Mulheres como eu, mulheres como outras: O assédio moral e sexual contra mulheres na esfera do trabalho. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- Fonseca, JJS. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila. Mimeo
- Forum Brasileiro de Segurança Pública. *Relatório da pesquisa Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 2ª ed., 2019 Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em 12 abr 2025.
- Freitas, ME. Assédio sexual: um estudo sobre o silêncio da imposição erótica nas relações de trabalho. RAE - *Revista de Administração de Empresas*, v. 41, n. 1, p. 10-19, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/HNXHh6S9yzbZYPgP3mg6Djw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 jan. 2025.
- Freitas, C; Boynard, C. A saúde mental no trabalho, a cultura do assédio e a síndrome de burnout, boreout e brownout. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, São Paulo, v. 235, p. 207-227, mai./jun. 2024.
- Governo do Maranhão. A capacidade laborativa de mulheres no Maranhão. 2024. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/noticias/maranhao-e-um-dos-quatro-estados-brasileiros-com-menor-disparidade-salarial-entre-homens-e-mulheres-aponta-ibge>. Acesso em 12 abr 2025.
- Heloani, R. Barreto, M. Assédio moral: gestão por humilhação – Curitiba: Juruá, 2018. 200 p.
- Hirigoyen, MF, 1949 – Abuso de fraqueza e outras manipulações [recurso eletrônico]; tradução Clóvis Marques. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE. Censo populacional do estado do Maranhão. 2022. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ma/panorama>. Acesso em 12 abr 2025.
- Leiria, ML. Assédio Sexual Laboral, agente causador de doenças no trabalho: reflexos na saúde do trabalhador. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2019.
- Lopes, LC. Araújo, GO. Assédio Sexual no Trabalho: Uma Perspectiva de Gênero. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 66, n. 101, p. 151-182, jan./jun. 2020.

- Madruga, MN. Duarte, FGA. Violência contra a mulher trabalhadora: um estudo sobre o assédio sexual no setor comercial de Pelotas/RS. *Revista Relicario*. Uberlândia, v. 7 n. 14, jul./dez. 2020.
- Maeda, P; Severi, F. Decisões judiciais sobre assédios e violências praticados contra trabalhadora mãe. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas*, v.6 , p. 1 -30, 2023.
- Mcewen, C; Pullen, A; Rhodes, C. Sexual harassment at work: A leadership problem. *RAE - Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 1-7, mar./abr. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-759020210207>. Acesso em 02 mar. 2025.
- Monitor do Trabalho Decente. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjo-iZjNIYThkZjctODNlOC00YTUyLWI2YTUtNGU1MjU4NThlYjhmliwidCI6ImNjZDk5MTdlLWNI NDctNDJhNS1hMjYyLWUyMjcyZGNlZjZhYj99>. Acesso em 29 abr. 2025.
- Organização Internacional do Trabalho (OIT). Convenção nº 111 relativa à discriminação em matéria de emprego e profissão. Genebra, 1958. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111. Acesso em: 12 abr. 2025.
- Organização Internacional do Trabalho (OIT). Convenção nº 190 sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho. Genebra, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190. Acesso em: 12 abr. 2025.
- Organização dos Estados Americanos (OEA). Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. Belém do Pará, 9 jun. 1994. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/portuguese/tratados/a-61.html>. Acesso em: 12 abr. 2025.
- Ramos, EMB. Alves, SMC. Delduque, MC. Consequências De Ser Mulher No Ambiente Laboral: Um Estudo De Caso. *Revista Jurídica* vol. 05, nº. 72, Curitiba, 2022. pp. 548 - 581.
- Segato, R. Contra-pedagogias de la crueldade. – la ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros: 2018.
- Sousa, AS. Oliveira, GS. Alves, LH. A Pesquisa Bibliográfica: princípios e fundamentos. • *Cadernos da Fucamp*, v.20, n.43, p.64-83. 2021. Disponível em: <https://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/cadernos/article/download/2336/1441>. Acesso em: 22 abr. 2025.
- Tristão, AC. Almeida, VH. *Assédio Sexual Contra As Mulheres Nas Relações De Trabalho*: um panorama da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* - V.24 N.47. Mai 2021. p. 63-82

Assédio moral no ambiente de trabalho: intervenção psicológica para as vítimas

Workplace bullying: psychological intervention for victims

Tânia Regina Silva Reckziegel¹; Rosane Teresinha Carvalho Porto²; André Ricardo Guimarães Reckziegel³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)07)

Fecha de envío: 30.05.2025

Fecha de aceptación: 11.07.2025

RESUMO:

O presente artigo apresenta o problema do assédio moral no ambiente de trabalho no Brasil, especialmente as consequências psicológicas sofridas pelas vítimas em decorrência dessa prática abusiva. O problema central de pesquisa questiona quais são os principais impactos psicológicos causados pelo assédio moral e como intervenções psicológicas podem atuar na recuperação e reintegração das vítimas ao ambiente laboral. O objetivo geral é analisar os efeitos psicológicos resultantes do assédio moral e propor intervenções psicológicas eficazes como mecanismo de suporte e reinserção social e profissional das vítimas. A metodologia utilizada é o método hipotético-dedutivo. O estudo enfatiza também a necessidade urgente de políticas públicas voltadas à criação de programas sistemáticos de acompanhamento psicológico para vítimas, a fim de mitigar os danos emocionais e acelerar o retorno saudável desses indivíduos à sociedade e às organizações.

1 Doutora em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI (2024). Estágio de pós-doutoral em andamento pela UNIJUI (2024). Mestre em Direito em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2011). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1993) Ex-Conselheira do CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, dignidade da pessoa humana, direito da mulher e direito civil. Presidente do COJUM (Colégio de Ouvidorias Judiciais das Mulheres). E-mail: taniasilvareck@gmail.com

2 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC/RS. Mestre em Direito na área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Estágio Pós-Doutoral pela Universidade Federal do Rio Grande Sul (UFRGS). Pós-doutoranda pela Universidade Federal do RJ (UFRJ) Professora Pesquisadora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Presidente da REDEFEM (Rede de Estudos jurídicos e femininos). Associada junto ao CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Advogada. Email: rosane.cp@unijui.edu.br

3 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS) Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1995), atuando principalmente nos seguintes temas: políticas públicas e direito do trabalho. Servidor Público Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região- analista judiciário. Assessor do Desembargador Marcelo José Ferlin D Ambroso. Email: andrergreck@gmail.com

RESUMEN:

El presente artículo expone la problemática del acoso moral en el ámbito laboral brasileño, con especial atención a las repercusiones psicológicas que sufren las víctimas de esta práctica abusiva. La pregunta central de investigación indaga cuáles son los principales impactos psíquicos provocados por el acoso moral y de qué manera las intervenciones psicológicas pueden favorecer la recuperación y la reintegración de las víctimas al entorno de trabajo. El objetivo general consiste en analizar los efectos psicológicos derivados del acoso moral y proponer intervenciones terapéuticas eficaces como mecanismo de apoyo y de reinserción social y profesional. Para ello, se recurre al método hipotético-deductivo. Asimismo, el estudio subraya la apremiante necesidad de que, tanto el sector público como el privado, diseñen políticas orientadas a la creación de programas sistemáticos de acompañamiento psicológico para las víctimas, con el fin de mitigar los daños emocionales y acelerar su reincorporación saludable a la sociedad y a las organizaciones.

ABSTRACT

This article presents the problem of workplace bullying in Brazil, focusing in particular on the psychological harm suffered by victims of this abusive practice. The central research question asks what the principal psychological impacts of bullying are and how psychological interventions can facilitate victims' recovery and reintegration into the workplace. The overarching aim is to analyse the psychological effects of bullying and to propose effective therapeutic interventions as mechanisms for supporting victims and promoting their social and professional reinsertion. The study adopts the hypothetical-deductive method. It also underscores the urgent need for both public and private sectors to establish systematic psychological-support programmes for victims, thereby mitigating emotional damage and expediting a healthy return to society and to organisational life.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral; trabalho; intervenção psicológica

PALABRAS CLAVE: Acoso moral; trabajo; intervención psicológica.

KEY WORDS: Workplace bullying; work; psychological intervention

I. Introdução

Diante das transformações no mundo do trabalho devido a flexibilização dos direitos protetivos dos trabalhadores, diminuição de postos de trabalho e emprego, bem como as dificuldades sociais e econômicas no Brasil, entre outras questões, surgem e se perpetuam velhas práticas como o assédio moral, este, um conflito sanitário de subjugação e destruição do outro no meio ambiente de trabalho. Nesse sentido torna-se complexo e desafiador pensar sobre os melhores caminhos e estratégias para prevenir o adoecimento das pessoas no trabalho. Embora se caminhe para o fortalecimento e a obrigatoriedade de das empresas avaliarem e gerenciarem riscos psicossociais no meio ambiente de trabalho, primando pela saúde mental dos seus trabalhadores, muito precisa ser enfrentado e feito para que a Norma NR1⁴ (Norma Regulamentadora 1 Atualizada no

4 O Anexo I da nova NR1 introduz terminologia e dispositivos voltados à proteção da saúde mental no trabalho. O art. 2º acrescenta ao glossário o conceito de "riscos psicossociais", definidos como fatores laborais capazes de gerar efeitos adversos sobre a dimensão psicológica, física ou social dos trabalhadores, em razão das condições e da natureza das atividades exercidas (Brasil, 2024).

âmbito celetista) não torne-se um discurso jurídico esvaziado⁵.

Apesar das várias transformações sociais vivenciadas nas primeiras décadas do século XXI, questões trabalhistas tradicionais continuam presentes, ocultadas sob novas terminologias suavizadas. O que antes se denominava “operário” hoje é apresentado como “colaborador” ou “funcionário”; contudo, a dinâmica histórica de deslocamento iniciada com o fim da ordem feudal persiste, resultando em indivíduos privados dos instrumentos de produção, restando-lhes apenas oferecer sua força de trabalho ao capital (D’Ambroso, 2023; Porto, 2024). Mesmo diante dos avanços tecnológicos e estruturais ocorridos, práticas prejudiciais, a exemplo do assédio moral, não foram superadas; na realidade, adquiriram características renovadas, potencializando a dimensão subjetiva do trabalhador e fragilizando seu reconhecimento enquanto cidadão.

Este artigo tem por intuito, diante desse panorama, compreender o assédio moral⁶ no ambiente de trabalho, abordando seu conceito, as formas de manifestação e os aspectos que o identificam. A importância do tema encontra-se justamente na conexão existente entre a trajetória histórica das relações laborais e os avanços jurídico-sociais em matéria trabalhista, que mostram uma sucessão de abusos e contínuas reivindicações por dignidade no trabalho.

De acordo com a Pesquisa Mapa do Assédio no Brasil 2024, realizada pela KPMG, cerca de 30% dos profissionais brasileiros já sofreram algum tipo de assédio no ambiente de trabalho. Entre esses casos, 46% referem-se especificamente ao assédio moral ou psicológico. A pesquisa também revelou que 92% das vítimas não formalizaram denúncia, o que evidencia a persistente falta de confiança nos mecanismos internos e a urgência em fortalecer políticas e práticas efetivas de combate ao assédio no local de trabalho (KPMG, 2024).

Resultados convergentes foram observados no Reino Unido: em 2024, um inquérito por amostragem probabilística (n = 4 - 794) verificou que 30,8 % dos trabalhadores relataram algum episódio de *bullying* ou assédio nos 12 meses anteriores, sendo que as vítimas apresentaram prevalências significativamente maiores de depressão (RR = 2,01) e ansiedade (RR = 1,83) quando comparadas a colegas não expostos (Bunce; Hashemi; Clark et al., 2024). Esses achados reforçam o nexo entre assédio moral e agravamento da saúde mental, justificando medidas de intervenção precoce.

Considerando que assédio no ambiente de trabalho pode minar a produtividade de uma organização inteira, e que a violência psicológica pode resultar em danos significativos à saúde e bem-estar de um indivíduo, há que se colocar às vítimas, além da compensação de atribuir indenização por danos morais, um acompanhamento psicológico, pois o tratamento de saúde mental é, em muitos casos, inacessível para a grande maioria das pessoas. A possibilidade de intervenção psicológica não ficaria restrita apenas na prevenção do assédio no ambiente de trabalho, mas aos cuidados com saúde mental após

5 A CLT, estabelece obrigações para empregadores e empregados no que diz respeito à prevenção 21 de acidentes e doenças ocupacionais. Art. 157 - Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente (Brasil, 1943).

6 Segundo Vólia Bonfim Cassar (2012, p. 913), o assédio moral também pode ser identificado por termos como “bossing, mobbing, bullying, harcèlement, manipulação perversa, terrorismo psicológico, epsicoterrorismo”.

os registros dos acontecimentos.

Ante a ampla repercussão que o tema ganhou na sociedade, a proposta deste artigo consiste, portanto, em refletir sobre os mecanismos capazes de identificar, investigar, prevenir e combater as causas que atormentam trabalhadores em suas organizações, e enfatizar a importância em relação à criação de programas de apoio psicológico às vítimas, iniciativa que possibilitaria abreviar o tempo de reabilitação e reintegração ao convívio das empresas. Embora seja dever do Estado garantir acesso à saúde, nem sempre os recursos destinados a esse serviço são geridos e aplicados de forma ideal, fazendo com que milhões de brasileiros acabem recorrendo a hospitais, farmácias e clínicas da rede particular, gerando despesas onerosas.

O texto distribui-se em três seções: i) conceito de assédio moral no trabalho c; ii) tipos de assédio moral no trabalho; iii) intervenção psicológica para as vítimas de assédio e discriminação.

II. Conceito de assédio moral no trabalho

Conforme apontam Sboll (2008) e Porto (2024), o debate brasileiro sobre assédio moral despontou apenas no início do século XXI e foi impulsionado por dois marcos editoriais. O primeiro foi a versão em português do estudo da psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen, chamada de *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, publicada em 2000, no qual a autora apresenta múltiplas manifestações dessa violência em diferentes contextos sociais e adverte para o risco de sua banalização. O segundo foi a dissertação de mestrado da médica Margarida Barreto, defendida na PUC-SP e publicada em 2003 com o título *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. No trabalho, a autora analisa a lógica de humilhação e o autoritarismo organizacional, mostrando consequências físicas e psíquicas para os trabalhadores. As duas publicações transformaram-se em referências para a compreensão do fenômeno no país. A partir delas, obras de autores internacionalmente reconhecidos, como Heinz Leymann, Ståle Einarsen, Helge Hoel, Dieter Zapf, Cary Cooper e Vittorio Di Martino, passaram a ser incorporadas à produção acadêmica nacional, ampliando o diálogo teórico-empírico sobre violência psicológica no trabalho (Sboll, 2008; Porto, 2024).

Como conceito, o assédio moral corresponde a um conjunto reiterado de condutas negativas dirigidas a um ou mais empregados, praticadas pelo menos uma vez por semana durante cerca de seis meses, em contextos de competição exacerbada e carência de balizas éticas. Essa reiterância instala relações de poder desiguais que naturalizam humilhações, isolamento e descrédito profissional, convertendo o local de trabalho em um espaço hostil marcado por desconfiança e medo. Estudos empíricos indicam que a violência psicológica continuada eleva a ocorrência de transtornos ansiosos e depressivos, além de gerar expressivo ônus socioeconômico para organizações e sistemas de saúde (Ghilardi; Heckkool, 2013; Einarsen et al., 2020; Porto, 2024). Conforme entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o assédio moral ocorre quando um empregado é alvo, de forma contínua e prolongada, de atitudes humilhantes ou constrangedoras na execução de suas tarefas, o que fere sua dignidade, compromete sua saúde física ou psíquica e deteriora o clima organizacional (Brasil, 2019).

Assim, no Brasil, o assédio moral é observado em estruturas organizacionais rígidas, em que a busca pela “*performance* exemplar” estimula inveja, rivalidades e ataques à digni-

dade de quem trabalha (Barros, 2004). Já na pesquisa internacional, o fenômeno aparece sob rótulos distintos, tais como *harcèlement* moral na França, *bullying* no Reino Unido e *mobbing* em países como Suécia e Estados Unidos, todos associados a “terror psicológico” ou “hostilidade manipuladora” que viola direitos da personalidade (Leymann, 1990; Hirigoyen, 2022).

Entre as primeiras investigações sobre o tema, Leymann (1990) descreve o *mobbing* como uma sequência de interações hostis e antiéticas dirigidas quase diariamente a um único trabalhador por, no mínimo, seis meses, produzindo graves danos psicológicos, psicossomáticos e sociais. O autor mapeia quatro estágios recorrentes: (1) um episódio inicial geralmente banal que detona o conflito; (2) a estigmatização da vítima, com isolamento social e descrédito profissional promovidos por colegas ou chefias; (3) a adesão da administração aos preconceitos do grupo, culminando em sanções disciplinares desproporcionais; e (4) a expulsão simbólica ou real, traduzida em longos afastamentos médicos, rebaixamento ou demissão, muitas vezes acompanhados de graves repercussões na renda e na saúde mental, podendo chegar ao suicídio.

Já em 2010, Hirigoyen amplia a discussão e define o assédio moral como toda conduta abusiva (seja verbal, gestual ou comportamental) que, pela repetição ou sistematização, viola a dignidade do trabalhador, ameaça seu vínculo empregatício ou degrada o ambiente laboral. A autora adverte, entretanto, que medidas de gestão legítimas, como realocações previstas contratualmente ou feedback profissional transparente sem caráter punitivo, não se enquadram no conceito. Entende-se que, embora a hierarquia e a subordinação façam parte da relação de trabalho, tais elementos não autorizam práticas vexatórias ou retaliatórias (Hirigoyen, 2010; Porto, 2024).

Verifica-se, dessa forma, que o assédio moral é caracterizado pela aplicação deliberada e repetitiva de pressões psicológicas que ferem a dignidade do empregado e comprometem sua saúde mental, instaurando sentimentos de humilhação e constrangimento (Porto, 2024).

Mais do que simples gesto ou palavra ofensiva, a violência psíquica infiltra-se de modo velado na engrenagem organizacional e atua como ferramenta de comando dos fluxos de trabalho: a gestão degrada, de propósito, as condições laborais para desestabilizar o trabalhador. Essa dinâmica favorece o aparecimento de distúrbios ocupacionais, tais como alterações comportamentais, sintomas psicossomáticos e transtornos psíquicos, e, assim como aponta a Nota Técnica nº 12/2024, seu impacto ultrapassa o indivíduo, corroendo o coletivo, reduzindo a qualidade dos serviços prestados e abalando vínculos afetivo-relacionais (Brasil, 2024).

Barreto (2003) enfatiza que o agressor recorre a constrangimentos sucessivos para instaurar autêntico terror psicológico, enquanto Nascimento (2009) acrescenta que só se fala em assédio moral quando a conduta abusiva se prolonga no tempo, causando dano psíquico, marginalização funcional ou deterioração do ambiente laboral. O elemento distintivo, portanto, reside na repetição sistemática desses atos, que extrapola o poder diretivo legítimo e transforma o espaço de trabalho em cenário de violência psicológica. Primeiramente, vale lembrar que a violência psicológica continuada no trabalho não se limita a ofender: em cenários extremos, ela pode precipitar ideação suicida e, por vezes, o suicídio consumado, deixando evidente o risco à própria existência da vítima. Além

disso, ao longo de semanas ou meses, tais condutas reiteradas costumam agravar quadros ansiosos e depressivos ou mesmo desencadear enfermidades psicossomáticas que exigem suporte médico e psicoterapêutico (Rufino, 2006).

Não obstante, o agressor dirige-se a minar as defesas psíquicas do trabalhador; desse modo, instala um processo de exclusão deliberada cujo objetivo final é isolá-lo (ou, em última instância, descartá-lo) do coletivo laboral (Brito, 2010). Por conseguinte, observa-se correlação direta entre a escalada de ansiedade, depressão e síndrome de burnout e a exposição repetida a práticas de intimidação, que subvertem a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, fundamentos constitucionais que o ordenamento deve salvaguardar. Nessa perspectiva, tramita desde 2001 o Projeto de Lei n.º 4.742, de 23 de maio de 2001, destinado a inserir o art. 146-A no Código Penal e a tipificar penalmente o assédio moral, reforçando a urgência de tutela específica (Brasil, 2001).

No que concerne às formas de manifestação, há basicamente três configurações. Antes de tudo, prevalece o assédio vertical: aqui, as partes situam-se em níveis hierárquicos distintos. Quando o agressor é o superior, que é a situação mais comum, fala-se em assédio descendente, em que a autoridade formal é empregada para subjugar subordinados (Thome, 2008). Por outro lado, se grupos ou indivíduos hierarquicamente inferiores passam a hostilizar o gestor, configura-se o assédio ascendente, fenômeno menos frequente, porém relevante. Paralelamente, existe a modalidade horizontal, praticada entre colegas de igual posição funcional, geralmente alimentada por rivalidades ou discriminações internas. Finalmente, quando os ataques partem simultaneamente de superiores e de pares, estabelece-se o chamado assédio misto, combinação que amplia o dano individual e o desgaste coletivo (Porto, 2024).

Um estudo de caso brasileiro com servidores administrativos do Ministério do Trabalho e Previdência (Rocha e Vitória, 2024) mostrou que práticas de assédio institucional, caracterizadas por metas inatingíveis, humilhações públicas e isolamento deliberado, correlacionam-se com exaustão emocional, intenção de desistência da carreira e aumento de licenças médicas. O artigo ilustra como estruturas hierárquicas podem perpetuar a violência psicológica e aponta a urgência de protocolos específicos dentro da administração pública.

Condutas de empregadores que resultam em humilhação e assédio psicológico passaram a fazer parte de estatísticas preocupantes, além de figurar nos processos trabalhistas com mais frequência. Infelizmente, os trabalhadores continuam tendo a dignidade e integridade física ou psíquica atingidas duramente no ambiente profissional, levando-os a se desestabilizarem. Pesquisa feita pela *Workplace Bullying Institute*, com sede em Clarkston, Washington (EUA), mostra que as principais consequências de trabalhadores vítimas de assédio moral no trabalho são ansiedade debilitante (80%); ataques de pânico (52%); depressão (49%); estresse de abuso deliberado (30%); culpa (por ter "permitido" que o valentão o controlasse) (*Workplace Bullying Institute*, 2012).

Levantamentos recentes mostram a extensão global da violência no trabalho. Pesquisa conjunta da OIT, Lloyd's Register Foundation e Gallup identificou que pouco mais de um quinto dos trabalhadores entrevistados já sofreu algum tipo de agressão ocupacional: 17,9 % relataram ataques de ordem psicológica, 8,5 % mencionaram violência física e 6,3 % apontaram episódios de assédio sexual — este último mais frequente entre mulhe-

res. O estudo também revelou forte subnotificação: só metade das vítimas confidenciou o ocorrido a alguém, geralmente após repetidas investidas, alegando receio de danos reputacionais ou ceticismo quanto à eficácia da denúncia. Ainda assim, a proporção de relatos femininos (60,7 %) superou a masculina (50,1 %) (Nações Unidas Brasil, 2022).

Em áreas críticas, como a saúde, os índices são ainda mais expressivos. Metanálise conduzida por Önal et al. (2023) — abrangendo 22 países da Região do Mediterrâneo Oriental e da Turquia e somando 69.024 profissionais — revelou que 63 % dos participantes sofreram violência verbal e 17 % vivenciaram agressões físicas, indicando sobreposição entre risco psicossocial e exposição ocupacional.

No cenário brasileiro, o problema assume contornos igualmente preocupantes. Entre 2020 e 2023, a Justiça do Trabalho julgou 419.342 processos envolvendo assédio moral ou sexual; nesse intervalo, as decisões sobre assédio sexual cresceram 44,8 %, enquanto as relativas a assédio moral aumentaram 5 %. No mesmo período, ingressaram 361.572 novas demandas — 338.814 por assédio moral e 22.758 por assédio sexual — e, destas últimas, 72,1 % foram ajuizadas por mulheres (Brasil, 2024). Dados do Ministério Público do Trabalho reforçam a tendência: de janeiro a julho de 2023, o órgão recebeu 8.458 denúncias de assédio moral ou sexual, quase o dobro do observado em igual período de 2022; as notificações de assédio moral praticamente duplicaram e as de assédio sexual saltaram de 393 para 831 (Brasil, 2024).

Conjuntamente, esses indicadores demonstram a magnitude do fenômeno e sugerem a necessidade de mecanismos legais, institucionais e culturais capazes de prevenir, detectar e sancionar práticas abusivas nos ambientes laborais. Em suma, compreender a complexidade e as múltiplas faces do assédio moral, bem como seus impactos individuais e institucionais, é indispensável para romper o ciclo de violência que corrói a saúde dos trabalhadores e compromete a própria sustentabilidade das organizações.

III. Tipos de assédio moral no trabalho

Todos os tipos de assédio no local de trabalho são ilegais e não afetam apenas a produtividade, o conforto e a segurança de um funcionário no trabalho, mas colocam a organização em risco legal. Muitas das vítimas não relatam por medo, e outras não têm certeza de que conduta constitui assédio e o que não o faz. É fundamental saber quando a pessoa está sendo assediada no trabalho.

Em artigo publicado no site i-Sight, um provedor de gerenciamento de casos de incidente e investigações no trabalho, a escritora Katie Yahnk (2018) relaciona os tipos mais comuns de assédio: assédio discriminatório, assédio pessoal, assédio físico, assédio de poder, assédio digital, assédio sexual e assédio de terceiro. O assédio discriminatório é o praticado em relação a raça, gênero, religião, cujo mote é a incapacidade e/ou a idade. O assédio pessoal ocorre mediante piadas e humilhação. Já o assédio físico, mais visível, é caracterizado por agressões físicas. O assédio de poder, por sua vez, se dá mediante intimidação pelo cargo exercido, isolamento ou negação da presença da vítima. Também denominado cyberbullying, o assédio digital ocorre através das trocas de mensagens e postagens online. Já o assédio de natureza sexual é praticado com ou sem superioridade hierárquica. Por fim, ainda há o assédio de terceiro, exercido por uma pessoa de fora do local de trabalho.

Em relação ao assédio discriminatório, as repercussões da discriminação sobre o trabalhador conforme o Ministério do Trabalho “são de várias ordens, principalmente econômica, social e individual” (Ministério do Trabalho, 2019). Do ponto de vista da saúde do trabalhador, as práticas discriminatórias têm o potencial de gerar consequências de ordem psicopatológica (depressão e ansiedade), psicossomática (gastrite e hipertensão arterial) e comportamentais (desordens de apetite e aumento no consumo de álcool e drogas), em especial quando algum tipo de assédio também está presente.

Para entender a relação entre depressão e discriminação, é preciso considerar que essa última opera, basicamente, em termos de superioridade e inferioridade: um ou mais indivíduos que se consideram superiores por estarem vinculados a um grupo social valorado de modo positivo atribuem-se a prerrogativa de menosprezar aqueles que pertencem a grupos vistos com preconceito.

Ainda sobre assédio discriminatório, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)⁷ é um marco fundamental, inclusive por ter sido a primeira norma internalizada no Brasil através do procedimento constitucional do art. 5.º, §3.º, da Constituição Federal com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004⁸. Tal convenção propõe inclusive incorporar a perspectiva de gênero aos esforços para promover o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais por parte das pessoas com deficiência. Ela reconhece que mulheres e meninas com deficiência estão mais expostas a riscos, no lar e fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração porque são mais indefesas em decorrência da própria deficiência. (Brasil, 2002).

O reconhecimento da capacidade civil das mulheres com deficiência, especialmente com deficiência intelectual e mental, é fundamental para o exercício de todos os direitos previstos na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei n.º 13.146, de 6 de junho de 2015. Em seu art. 37, foi incluído o direito ao trabalho em igualdade de oportunidades e à igual remuneração por trabalho de igual valor, sendo vedada qualquer restrição ao trabalho em face da natureza de sua deficiência. Além disso, reconhece um tratamento especial do direito à saúde, mantendo a dignidade e autonomia da pessoa com deficiência (art. 18, EPD) e determina a notificação compulsória à autoridade policial e ao Ministério Público, de toda violência sofrida, inclusiva a de natureza física ou psicológica (art. 26 do EPD) (Barcellos, 2019), como é o caso de assédio.

Cabe ao empregador zelar pelo ambiente de trabalho psicologicamente saudável e isento de assédio. É sua obrigação fiscalizar os atos praticados pelos seus empregados, pois estes agem em seu nome. Ao cuidar da obrigação de indenizar, o Código Civil afirma no artigo 932 sobre reparação civil que “o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (Brasil, 2002).

7 A convenção sobre direitos das Pessoas com Deficiência foi assinada até o momento por 155 países, tendo sido ratificada por 126 deles. Dentre estes estão o Brasil e a Argentina. Al lista completa dos signatários está disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en>. Acesso em: 10. jul. 2025.

8 Conforme Valerio Mazzuoli (2009), tal mudança no reconhecimento dos tratados e convenções internacionais reformam a Constituição, sendo, portanto, também formalmente constitucionais. Além disso, não poderão ser denunciados, nem mesmo com projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, servirão de paradigma de “controle concentrado”, por quaisquer dos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal, a fim de invalidar erga omne as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis.

IV. Intervenção psicológica para as vítimas de assédio e discriminação

O estudo publicado na revista *Foco* (2023) entre 2020 e 2023 destaca que o assédio moral no ambiente de trabalho é um problema estrutural que afeta diretamente a saúde mental e a dignidade dos trabalhadores brasileiros. Entre os principais impactos identificados estão a ansiedade, a depressão e o aumento do absenteísmo, refletindo a necessidade de medidas integradas e contínuas de prevenção, acompanhamento psicológico e responsabilização efetiva dos agressores para a promoção de ambientes laborais mais seguros e saudáveis.

A literatura de 2024 já aponta que intervenções psicológicas estruturadas – individuais ou em grupo – podem reduzir sintomas de ansiedade e depressão em vítimas em até 50 % (Bunce et al., 2024), enquanto estudos de casos brasileiros revelam que ambientes institucionais que ignoram a questão tendem a manter elevados índices de licenças e turnover (Rocha e Vitória, 2024). Assim, políticas públicas e corporativas devem contemplar a implementação efetiva de ambulatórios de saúde mental, canais confidenciais de denúncia e capacitação de gestores.

Ainda são tímidos os exemplos no Brasil de organizações públicas e privadas que investem em meios de apoio e acompanhamento psicológicos aos empregados. Considerando as circunstâncias atuais, pode-se imaginar que dificilmente um acompanhamento psicológico às vítimas por assédio moral no trabalho no Brasil seja oriundo por meio judicial. No quadro presente, quando muito, o tratamento psicológico pode ser incluído nas ações de indenização por danos morais e materiais, determinando que a empresa seja responsável pelo custeio dos gastos com os profissionais especializados.

Esta realidade reforça a ideia de incentivar a criação de ações no sentido de oferecer apoio terapêutico. Nesse sentido, esse papel no âmbito privado poderia ser chancelado pelas centrais sindicais. Afinal de contas, a maioria da população trabalhadora atualmente não tem recursos para bancar custos com psicólogos.

Os autores do inquérito inglês de 2024 sugerem que programas de aconselhamento cognitivo-comportamental *in company* reduzem em até 40 % os escores de estresse percebido após oito semanas (Bunce et al., 2024, p. 9). Incorporar abordagens semelhantes nos planos de saúde ocupacional brasileiros pode encurtar o tempo de retorno ao trabalho e minimizar custos indiretos associados a absenteísmo e rotatividade.

De fato, estudo realizado em 2018 pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) em parceria com o Instituto Brasileiro de Opinião Pública (Ibope), revelou que aproximadamente 70% dos brasileiros não têm plano de saúde particular (individual ou empresarial) e 56% acreditam que a saúde pública piorou nos últimos 12 meses (anteriores a realização da pesquisa). Entre as classes A e B, o percentual de pessoas sem plano de saúde cai a 45%, já para as classes C, D e E sobe a 77%. Do grupo de pessoas que não têm plano de saúde atualmente, 60% nunca tiveram esse tipo de serviço. Para os que já tiveram, 32% perderam o acesso por desligamento da empresa que oferecia o benefício e 25% cancelaram o plano por não terem condições de pagar as mensalidades. Dos entrevistados que não têm plano de saúde atualmente, a maioria (45%) diz recorrer ao Sistema Único de Saúde (SUS) quando precisa de atendimento médico e uma parcela menor (25%) paga pelos serviços com dinheiro do próprio bolso.

Assim, assegurar suporte terapêutico acessível às vítimas de assédio moral demanda a convergência de sindicatos, empresas e políticas públicas, sob pena de perpetuar um cenário em que o cuidado com a saúde mental permanece privilégio de poucos.

V. Considerações finais

Como expressão de humanidade, o trabalho situa-se muito além da provisão material: é instância de pertencimento e afirmação da própria dignidade. Quando atravessado por práticas de assédio moral, esse potencial emancipatório converte-se em espaço de dominação simbólica, esvaziando a subjetividade do trabalhador e reconfigurando o vínculo laboral numa experiência de violência cotidiana. Desse embate emergem duas tarefas indissociáveis.

De um lado, impõe-se a construção de culturas organizacionais orientadas pelos princípios de respeito e cooperação, nas quais a autoridade formal não represente licença para humilhar, mas responsabilidade de promover ambientes íntegros. Isso demanda políticas internas que articulem prevenção, escuta qualificada e acolhimento psicológico, reconhecendo que a saúde mental é dimensão constitutiva do direito ao trabalho decente. De outro, cabe ao sistema jurídico-trabalhista exercer sua vocação contramajoritária: zelar, com resposta ágil e pedagógica, pela inviolabilidade dos direitos da personalidade no espaço produtivo.

Reconhecer o trabalhador como agente histórico, e não como peça descartável, significa restaurar o sentido libertador do trabalho: um lugar onde a técnica se alia à arte, a produção dialoga com a cultura e o convívio cotidiano funda laços de solidariedade. Nesse horizonte, combater o assédio moral não é mero ajuste de gestão; é condição para que o trabalho recupere sua natureza de bem coletivo e atue como verdadeiro vetor de justiça social. Tendo em vista que todo assediador costuma deixar rastro, o estabelecimento de códigos de ética e medidas de conscientização dos funcionários serão insuficientes se, no ambiente de trabalho, não houver um mínimo de confiança que permita aos funcionários relatarem os casos ocorridos.

Referências

- Barcellos, D. F. de (2019) 'Do Direito à Saúde - arts. 18-26 do *Estatuto das Pessoas com Deficiência*', in Martins, G. and Houaiss, L. P. (eds.) *Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentários à Lei 13.146/2015*. 1st edn. Curitiba: Editora Foco, vol. 1, pp. 201–216
- Barreto, M. (2003). *Violência, saúde e trabalho: Uma jornada de humilhações*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- Brasil. (2001). Projeto de Lei n.º 4.742, de 2001: Tipifica o crime de assédio moral no trabalho. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20889> (accessed June 15, 2025).
- Brasil. Câmara dos Deputados (2001) *Projeto de Lei nº 4742, de 13 de maio de 2001*. Available at: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?idProposicao=28692 (Accessed: 10 July 2025).
- Brasil. Ministério do Trabalho e Emprego. (2024, August 27). Portaria n.º 1.419, de 27

de agosto de 2024: Aprova a nova redação do capítulo “1.5 – Gerenciamento de riscos ocupacionais” da NR-1. *Diário Oficial da União: seção 1*, 68.

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mte-n-1.419-de-27-de-agosto-de-2024-580778271> (accessed July 10, 2025).

• Brasil. Presidência da República (1940) *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm (Accessed: 29 May 2025).

• Brasil. Presidência da República (1943) *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm (Accessed: 29 May 2025).

• Brasil. Presidência da República (1995) *Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995*. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm (Accessed: 29 May 2025).

• Brasil. Presidência da República (2002) *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm (Accessed: 29 May 2025).

• Brito, J. S. (2010, January/April). Assédio moral e sexual. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região (São Paulo)*, 4, 79.

• Bunce, A., Hashemi, L., Clark, C. et al. (2024) ‘Prevalence and nature of workplace bullying and harassment and associations with mental health conditions in England: a cross-sectional probability sample survey’, *BMC Public Health*, 24, 1147. doi: 10.1186/s12889-024-18614-7.

• Cassar, V. B. (2012). *Direito do trabalho* (7th ed.). Impetus.

• D'Ambroso, M. J. F. (2023). *O enfoque de direitos humanos aplicado às relações de trabalho*. RTM.

• Einarsen, S., Hoel, H., Zapf, D., & Cooper, C. L. (2020). *Bullying and harassment in the workplace: Theory, research and practice* (3rd ed.). CRC Press.

• Foco (2023) *Estudo sobre assédio moral no ambiente de trabalho no Brasil (2020–2023)*. Available at: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/8493> (Accessed: 29 May 2025).

• Ghilardi, H. T., & Heckkool, S. L. (2013). Assédio moral no ambiente de trabalho: Riscos à saúde do trabalhador. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*, 4(4), 463–479. Retrieved July 8, 2024, from <https://www.univali.br/ricc>

• Hirigoyen, M. F. (2010). *Assédio moral: A violência perversa do cotidiano* (M. H. Huhner, Trans.). Bertrand Brasil.

• International Labour Organization (ILO) (2019) *Convention No. 190 concerning the elimination of violence and harassment in the world of work*. Geneva: ILO. Available at: <https://www.ilo.org/pt-pt/media/68241/download> (Accessed: 29 May 2025).

• KPMG (2024) *Pesquisa Mapa do Assédio no Brasil 2024*. Available at: <https://kpmg.com/br/pt/home/insights/2024/11/pesquisa-mapa-assedio-brasil-2024.html> (Accessed: 29 May 2025).

• Lamia, M. (2017) ‘The psychology of a workplace bully’, *The Guardian* (London), 28 March. Available at: <https://www.theguardian.com/careers/2017/mar/28/the-psychology-of-a-workplace-bully> (Accessed: 10 July 2025).

• Leymann, H. (1990). Mobbing and psychological terror at workplaces. *Violence and Victims*, 5(2), 119–126. <https://doi.org/10.1891/0886-6708.5.2.119>

• Mazzuoli, V. de O. (2009) *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 45–46.

• Melo, R. S. de (2019) ‘OIT aprova a Convenção 190, sobre violência e assédio no trabalho’, *Revista Consultor Jurídico*, July. Available at: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-12/reflexoes-trabalhistas-oit-aprova-convencao-190-violencia-assedio-trabalho> (Accessed: 10 July 2025).

- Ministério do Trabalho (2019) *Guia: Perguntas e respostas sobre discriminação no trabalho*. Brasília: Ministério do Trabalho. Available at: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/manuais/Discriminacao_no_Trabalho.pdf (Accessed: 10 July 2025).
- Ministério Público do Trabalho (2018) *ABC da violência contra a mulher no trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho. Available at: https://movimentomulher360.com.br/wp-content/uploads/2019/01/cartilha_violenciagenero-11.pdf (Accessed: 10 July 2025).
- Nascimento, S. M. (2009, January). Assédio moral no direito comparado. *Revista O Trabalho* (São Paulo), (143), 4810.
- Önal, Ö., Evcil, F. Y., Batmaz, K., Çoban, B., & Doğan, E. (2023). Systematic review and meta-analysis of verbal and physical violence against healthcare workers in the Eastern Mediterranean Region. *Eastern Mediterranean Health Journal*, 29(10), 819–830. <https://doi.org/10.26719/emhj.23.083>
- Peduzzi, M. C. I. (2007) 'Assédio moral', *Revista TST*, 73(2), pp. 25–45, p. 28.
- Porto, R. T. C. (2024). "Operários" e o assédio moral laboral: Violações aos direitos humanos dos trabalhadores. In M. Â. D. Wermuth, J. G. Nielsson, & D. R. Cenci (Eds.), *Direitos humanos e democracia: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unijuí – 2024* (pp. 121–141). Ed. Unijuí.
- Rocha, R. e Vitório, M.A. (2024) 'Assédio moral institucional: o caso dos servidores administrativos do Ministério do Trabalho e Previdência', *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, 49, e28122. doi: 10.1590/2317-6369/28122pt2024v49edmsubj10.
- Rufino, R. C. P. (2006). *Assédio moral no âmbito da empresa*. LTr.
- Soboll, L. A. P. (2008). *Assédio moral/organizacional: Uma análise da organização do trabalho*. Casa do Psicólogo.
- Thome, C. F. (2008). O assédio moral nas relações de emprego. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária* (Porto Alegre), 19(230).
- Workplace Bullying Institute (2012) *Danos à saúde mental – lesões psicológicas*. Available at: <https://www.workplacebullying.org/individuals/impact/mental-health-harm/> (Accessed: 10 July 2025).
- Yahnk, K. (2018) '11 types of workplace harassment and how to stop them', i-Sight, 17 January. Available at: <https://i-sight.com/resources/11-types-of-workplace-harassment-and-how-to-stop-the> (Accessed: 10 July 2025).

A saúde mental de mulheres encarceradas no contexto brasileiro: estigmatização e responsabilidade social a partir da ética da alteridade

The mental health of incarcerated women in the brazilian context: stigmatization and social responsibility from the perspective of the ethics of alterity

Fernanda Analú Marcolla¹; Milena Cereser da Rosa²; Janaina Machado Sturza³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)08](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)08)

Fecha de envío: 30.05.2025

Fecha de aceptación: 11.05.2025

RESUMO:

O sistema prisional brasileiro enfrenta desafios complexos, entre eles o aumento do número de mulheres encarceradas, fenômeno que impacta diretamente a saúde mental destes sujeitos. Este estudo objetiva analisar questões relacionadas à vida dessas mulheres, com ênfase no estigma que enfrentam e na saúde mental como forma de responsabilidade social, sob a perspectiva da ética da alteridade. A pesquisa busca responder: em que medida a saúde mental das mulheres encarceradas pode ser analisada pela ética da

1 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos pela UNIJUI. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra/PT. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). Pesquisadora Capes (Processo nº 88887.710405/2022-00). Membro voluntário do Laboratório de cidadania e estudos em Direitos Humanos (LACEDH). Integrante da Academia de Letras do Brasil, seccional de Brusque/SC. ID Lattes: 3320760922393919. ID ORCID: 0000-0003-2335-2343. E-mail: marcolla.advocacia@gmail.com.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), com bolsa PDPG/CAPES, Programa de Desenvolvimento da Pós-Graduação - Alteridade na Pós-Graduação. Mestre em Direito pela UNIJUI, com bolsa PROCAD/CAPES, Programa de Cooperação Acadêmica em Segurança Pública e Ciências Forenses. Especialista em Ensino de Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Professora do curso de graduação em Direito (UNIJUI). Advogada. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1552482259294228>. ID Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6493-9752>. E-mail: milenacereser@outlook.com.

3 Pós Doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela Unisc. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui, Lecionando na Graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Comitê Gestor da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (Cnpq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS - PqG Edital 09/2023. UNIJUI - Ijuí - RS - BR. <http://orcid.org/0000-0001-9290-1380>.

alteridade como responsabilidade social para o enfrentamento do estigma? Como hipótese, aponta-se que o estigma associado ao encarceramento afeta significativamente o bem-estar emocional e a reintegração social dessas mulheres. Nesse contexto, a ética da alteridade, que convoca ao reconhecimento e à responsabilidade pelo Outro singular e vulnerável, oferece uma chave teórica para repensar as respostas sociais e institucionais a essa problemática. Metodologicamente, adota-se a abordagem hipotético-dedutiva, com técnicas bibliográfica e documental.

RESUMEN:

El sistema penitenciario brasileño enfrenta desafíos complejos, entre ellos el aumento del número de mujeres encarceladas, fenómeno que impacta directamente en la salud mental de estas personas. Este estudio pretende analizar cuestiones relacionadas con la vida de estas mujeres, con énfasis en el estigma que enfrentan y la salud mental como forma de responsabilidad social, desde la perspectiva de la ética de la alteridad. La investigación busca responder: ¿en qué medida la salud mental de las mujeres encarceladas puede ser analizada desde la ética de la alteridad como responsabilidad social para enfrentar el estigma? Como hipótesis, se plantea que el estigma asociado al encarceramiento afecta significativamente el bienestar emocional y la reintegración social de estas mujeres. En este contexto, la ética de la alteridad, que exige el reconocimiento y la responsabilidad del Otro singular y vulnerable, ofrece una clave teórica para repensar las respuestas sociales e institucionales a este problema. Metodológicamente se adopta el enfoque hipotético-deductivo, con técnicas bibliográficas y documentales.

ABSTRACT

The Brazilian prison system faces complex challenges, including the increase in the number of incarcerated women, a phenomenon that directly impacts the mental health of these individuals. This study aims to analyze issues related to the lives of these women, with an emphasis on the stigma they face and mental health as a form of social responsibility, from the perspective of the ethics of otherness. The research seeks to answer: to what extent can the mental health of incarcerated women be analyzed by the ethics of otherness as a social responsibility to confront stigma? As a hypothesis, it is suggested that the stigma associated with incarceration significantly affects the emotional well-being and social reintegration of these women. In this context, the ethics of otherness, which calls for recognition of and responsibility for the unique and vulnerable Other, offers a theoretical key to rethinking social and institutional responses to this problem. Methodologically, a hypothetical-deductive approach is adopted, with bibliographic and documentary techniques.

PALAVRAS-CHAVE: Estigma; Mulheres encarceradas; Saúde mental; Ética da alteridade; Sistema prisional.

PALABRAS CLAVE: Estigma; Mujeres encarceladas; Salud mental; Ética de la alteridad; Sistema penitenciario.

KEY WORDS: Stigma; Incarcerated women; Mental health; Ethics of otherness; Prison system.

I. Considerações iniciais

O sistema prisional brasileiro enfrenta desafios complexos e multifacetados. Diante disso, dentre esta infinidade de questões está inserida a crescente população de mulheres encarceradas, a qual acaba refletindo e corroborando para essa realidade. Somente no ano de 2023, o Brasil registrou um total de 45.743 mulheres sob custódia penal, sendo 27.375 em regime fechado e 18.368 em regime domiciliar. Adicionalmente, a Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN, 2023) identificou 355 mulheres encarceradas com deficiências, distribuídas em categorias como auditiva (18 casos), física (71 casos), intelectual (168 casos), visual (29 casos) e múltiplas (69 casos).

A experiência da privação de liberdade impacta diferentemente homens e mulheres, evidenciando-se uma desigualdade no suporte social recebido por mulheres encarceradas, frequentemente abandonadas por parceiros e familiares. Tal cenário, aliado à responsabilidade pelo cuidado com filhos e outros familiares, exerce um impacto significativo na saúde mental dessas mulheres. Apesar da subnotificação de transtornos como depressão e ansiedade, de janeiro a junho de 2023, foram realizados 43.741 atendimentos psicológicos no sistema penitenciário (SENAPPEN, 2023).

Essa breve introdução demonstrando alguns dados estatísticos acerca do impacto que a saúde mental exerce sobre as mulheres encarceradas, apenas ressalta a magnitude do problema e a relevância do assunto. Sendo assim, este estudo se propõe a analisar as questões críticas que permeiam a vida das mulheres atrás das grades, com um foco especial na estigmatização enfrentada por estes sujeitos e como este fator implica na saúde mental dessas mulheres, motivo o qual deve ser pensado como responsabilidade social exercida através da ética da alteridade.

A teoria do estigma⁴, conforme delineada por Erving Goffman, revela como atributos socialmente desvalorizados, como o rótulo de “detenta”, reduzem o sujeito a uma identidade deteriorada, comprometendo sua dignidade, dificultando sua reintegração social e insurgindo enquanto uma marca simbólica e social que opera como uma barreira à empatia e ao reconhecimento, agravando a vulnerabilidade psíquica das mulheres privadas de liberdade. Nesse contexto, a ética da alteridade, proposta por Emmanuel Lévinas, emerge como um contraponto fundamental, pois convoca à responsabilidade incondicional pelo Outro em sua singularidade e sofrimento. Se o estigma despersonaliza, a alteridade reumaniza; enquanto a lógica estigmatizante marginaliza e silencia, a ética da alteridade exige escuta, reconhecimento e compromisso ético com a existência do Outro.

Assim, ao propor a análise do sofrimento mental das mulheres encarceradas a partir da convergência entre a teoria do estigma e a ética da alteridade, o presente artigo tem por objetivo examinar o estigma vivenciado por essas mulheres no sistema penitenciário brasileiro e compreender a saúde mental como uma responsabilidade social. Tal abordagem permite evidenciar, de um lado, os mecanismos sociais que produzem a exclusão e, de outro, a necessidade de respostas éticas que rompam com a indiferença institucional e social desses sujeitos.

A estrutura do presente artigo está organizada em duas seções principais. A primeira seção, intitulada “*Prisão: mulheres historicamente estigmatizadas*”, realiza uma análise

4 Goffman (2015: 7) conceitua como “a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena”.

histórico-social da construção do estigma que recai sobre as mulheres no contexto do encarceramento, destacando esse processo de marginalização se inscreve em práticas de exclusão e controle desde períodos remotos até a atualidade. Já a segunda seção, *“Impactos do estigma na saúde mental das mulheres encarceradas e a ética da alteridade como responsabilidade social”*, aprofunda a discussão ao relacionar os efeitos psíquicos da estigmatização com a negligência institucional e social no cuidado com a saúde mental dessas mulheres, propondo a ética da alteridade como fundamento teórico para a responsabilização coletiva diante dessa realidade.

Como hipótese preliminar, sugere-se que o estigma associado à criminalidade e ao encarceramento impõe um ônus desproporcional às mulheres, comprometendo seu bem-estar emocional e a reintegração social pós-encarceramento. Contudo, persiste uma lacuna no entendimento específico desse estigma e suas implicações na saúde mental no contexto prisional feminino brasileiro. Dessa forma, considerar a saúde mental a partir da ética da alteridade como medida que se impõe de responsabilidade social, possa ser uma alternativa para minimizar os impactos que a estigmatização do cárcere reflete na vida destas mulheres.

Utilizou-se, na pesquisa, o método de abordagem hipotético-dedutivo, que compreende um conjunto de análises que partem das conjecturas formuladas para explicar as dificuldades encontradas para a solução de um determinado problema de pesquisa. Sua finalidade consiste em enunciar claramente o problema, examinando criticamente as soluções passíveis de aplicação (Marconi e Lakatos, 2022). Sobre o método em questão, convém salientar que as hipóteses, construídas em resposta ao problema de pesquisa formulado, consistem em “respostas provisórias diante dos quadros problemáticos aos quais se dedicam”, de modo que, para serem consideradas consistentes, precisam ser submetidas a um “rigoroso processo de falseamento ou refutabilidade” (Mezzaroba e Monteiro, 2019: 90).

Nesse sentido, o estudo parte da premissa de que as soluções nele apresentadas ao problema de pesquisa formulado são temporárias, na medida em que, se “uma eventual nova teoria responder de forma diferente, ou melhor, ao problema suscitado” as hipóteses aqui construídas restarão refutadas (Mezzaroba e Monteiro, 2019: 91). Tal perspectiva metodológica parece adequada e suficiente à análise da temática central deste estudo, a qual se encontra em processo de avaliação/mensuração por diversos pesquisadores no cenário brasileiro.

Os procedimentos adotados envolvem a seleção da bibliografia que forma o referencial teórico deste estudo, sua identificação como produção científica relevante, leitura e reflexão, a fim de atingir possíveis respostas ao problema proposto. Nesse sentido, a pesquisa foi conduzida a partir de levantamento de produções científicas (livros, artigos científicos publicados em periódicos, relatórios de pesquisa, teses e dissertações) e legislação/regulação já existentes sobre a temática.

II. Prisão: mulheres historicamente estigmatizadas

Na antiguidade, era uma prática recorrente a atribuição de distintivos ou símbolos aos grupos marginalizados, de forma a identificá-los como elementos socialmente desvalorizados. Estes distintivos, que podiam assumir a forma de vestimentas diferenciadas ou outras características negativas, serviam como marcadores sociais que identificavam

aqueles considerados “indesejáveis”. Esta tendência refletia os padrões de isolamento, segregação e perseguição que eram características intrínsecas de uma sociedade autoritária (Richards, 1991).

O propósito subjacente às práticas sociais era, invariavelmente, a exclusão dos indivíduos que destoavam do estabelecido padrão de normalidade. A preferência pela adoção de marcas corporais representava uma estratégia para identificar e segregar as pessoas classificadas como “virtuosas” daquelas consideradas “indesejáveis”, contribuindo para a perpetuação de uma imagem social que as delineava como elementos a serem evitados. Nesse contexto, tais indivíduos eram submetidos a marcas físicas, seja através de cortes ou queimaduras, com o intuito de estigmatizá-los mediante sinais corporais que eram empregados para destacar aspectos extraordinários ou moralmente questionáveis do status daqueles que os ostentavam. Essas marcas, feitas através de cortes ou queimaduras, serviam para informar à sociedade que a pessoa marcada era um escravo, um criminoso ou um traidor - alguém ritualmente impuro e que deveria ser evitado, principalmente em locais públicos (Goffman, 2017).

Durante a era do cristianismo, a estigmatização de indivíduos era uma prática comum. Através da confissão penitencial, essencial para participar plenamente da vida religiosa, a igreja excluía membros da comunidade até que cumprissem sua penitência. A não observância de certas normas religiosas poderia resultar na negação de um sepultamento cristão. Já na idade média, conhecida também como idade das trevas, judeus e muçulmanos eram estigmatizados e obrigados a usar roupas distintas para evitar a mistura não detectada com cristãos, medidas que evidenciam o uso do estigma como instrumento de segregação e controle social (Richards, 1991).

Durante o período medieval, além dos judeus e muçulmanos, outros grupos minoritários também enfrentaram uma estigmatização severa. Richards (1991: 22) relata que homossexuais eram punidos com destituição e aprisionamento em mosteiros. Leprosos e hereges eram segregados, como parte de um esforço para isolá-los e rotulá-los como “anormais” e “indignos”. Nesse contexto, a diferenciação do estigma individual muitas vezes se dava através do uso de vestimentas específicas, que atuavam como símbolos de desonra. Essas roupas serviam como marcadores visuais, identificando e excluindo essas minorias do convívio social regular:

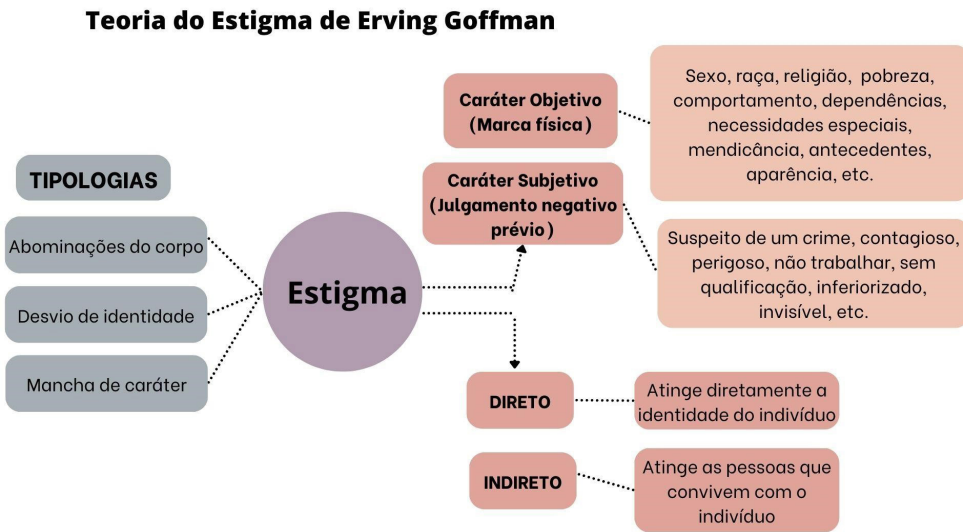
A regulamentação de um vestuário distintivo levou ao desenvolvimento da assim chamada ‘marca da infâmia’, que era aplicada a todas as minorias expressivas, exceto aos homossexuais. A partir de 1215, judeus, muçulmanos e também prostitutas foram obrigados a vestir trajés distintivos e passaram a usar marcas ou sinais. Os judeus adotaram uma rodela de feltro amarelo conhecido como rouble e as prostitutas um cordão (a aiguillette). Com frequência os leprosários tinham uniformes para seus internos. Mas era normalmente o guiso ou sino, utilizado para sinalizar sua aproximação, que era a sua marca (Richards, 1991: 22).

Goffman (2017: 88) destaca que os “estigmas” possuem uma característica essencial: estão permanentemente expostos à percepção dos outros, o que leva os indivíduos estigmatizados a buscarem o constante ajuste à normatividade do “comum e normal”, em razão de sua condição singular. Diante disso, o autor (2017) define o estigma como um atributo negativo que estabelece uma distinção entre um indivíduo e os demais, atribuindo-

do-lhe a imagem de alguém indesejável, mau, perigoso ou fraco, de modo que, por meio dessas categorizações, o sujeito é rebaixado a uma condição socialmente prejudicada e diminuída.

Nessa abordagem, os estigmas podem ser categorizados em aspectos objetivos, relacionados a marcas físicas, e aspectos subjetivos, ligados a julgamentos negativos preconcebidos:

Figura 1. Classificação do estigma.



Fonte: Produzido pelas autoras a partir de Goffman (2017).

Nessa perspectiva, um indivíduo estigmatizado é alguém cujas características ou estereótipos distintos o colocam em uma posição social desfavorável e sujeito a descrédito. De acordo com Goffman (2017: 13), o estigma é classificado em três categorias distintas: o primeiro está relacionado a condições biológicas e deformidades físicas; o segundo abrange aspectos subjetivos, como “paixões tirânicas, crenças falaciosas, desonestidade”, geralmente inferidos de situações como distúrbios mentais, prisões, vícios, alcoolismo, homossexualidade, desemprego, tentativas de suicídio e ativismo político radical; o terceiro tipo de estigma está ligado a questões tribais, raciais, nacionais e religiosas.

A categorização dos diferentes tipos de estigmas envolve uma complexidade conceitual significativa, dada a natureza humana e muitas vezes imperceptível desses fatores, resultando em uma ampla gama de estigmas com várias características. Segundo Bacila (2015), o estigma pode ser analisado a partir de duas dimensões complementares: uma objetiva, relacionada a sinais ou características visíveis como cor da pele, nacionalidade, religião, deficiência, entre outras; e outra subjetiva, que diz respeito aos significados negativos atribuídos a essas condições, como, por exemplo, considerar que uma pessoa com deficiência física é inferior. A partir dessas percepções, derivam-se regras sociais que acabam por prejudicar a vida cotidiana dos estigmatizados e fragilizar também o convívio humano como um todo, atingindo inclusive aqueles considerados “normais”.

Quando as sociedades definem determinados comportamentos, identidades ou condições como “anormais”, elas estabelecem mecanismos de exclusão e controle que podem variar desde a segregação em instituições específicas, como hospitais psiquiátricos ou prisões, até formas mais sutis de estigmatização e marginalização. Esses processos de exclusão não são meramente resultado de uma benevolência paternalista por parte das instituições sociais, mas também servem aos interesses do poder ao manter a ordem e reforçar as normas sociais estabelecidas, motivo pelo qual faz-se necessário compreender a exclusão dos “anormais” como um fenômeno complexo que envolve questões de poder, controle e construção do conhecimento (Foucault, 2001).

A partir desse pressuposto, levando em consideração um parâmetro de normalidade aceito pela sociedade, os indivíduos que não seguem os padrões estabelecidos, tendem a serem excluídos do convívio social. É nesse cenário que se inserem as mulheres que cometiam crimes ou que não aderiam estritamente às normas sociais estabelecidas. Historicamente, muitas mulheres eram restringidas em sua capacidade de expressar livremente seus pensamentos. Quando o faziam, eram frequentemente consideradas uma ameaça à sociedade patriarcal, sendo estigmatizadas como perturbadas ou até mesmo acusadas em possuir “espíritos malignos”. Como resultado, muitas delas eram internadas em clínicas psiquiátricas, com o objetivo de impedir que seus ideais libertários influenciassem outras mulheres (Kramer e Sprenger, 2021: 28).

Na época do Brasil Colônia, não existiam prisões ou penitenciárias específicas para mulheres que transgrediam a ética e a moral cristã. Portanto, as mulheres estigmatizadas como loucas ou rebeldes, eram encaminhadas para as chamadas “casas para mulheres desviadas da lei” ou para conventos religiosos, onde o objetivo era dominá-las e adequá-las através do exercício do trabalho de domesticação das presas com uma vigilância constante sobre sua sexualidade (Souza, 2009: 651).

A participação feminina em atos criminosos pode ser vista como uma forma de contestação ao sistema patriarcal e busca por reconhecimento na sociedade. Certas vertentes teóricas consideram que tais comportamentos representam um meio de manifestar descontentamento e atuam como um mecanismo de alívio, sendo nesse cenário, estritamente masculinizado, que o sistema carcerário brasileiro falha ao não tratar a mulher como indivíduo com necessidades biológicas específicas. No contexto dessas instituições, a presença feminina é praticamente ignorada: faltam vestimentas apropriadas e cuidados especiais para gestantes e puérperas, incluindo alimentação adequada. Além disso, há uma carência evidente de itens básicos de higiene pessoal, como absorventes, uma quantidade suficiente de papel higiênico, shampoo, condicionador, entre outros.

A distribuição limitada desses produtos, sem atenção ao ciclo menstrual individual, leva a soluções improvisadas e indignas, como o uso de miolo de pão como substituto de absorventes internos. Essa carência, se experimentada em presídios masculinos, provavelmente causaria rebeliões, evidenciando a desunião e passividade feminina diante de reivindicações de direitos (Queiroz, 2015).

Wermuth e Nielsson (2019) destacam que, se a situação carcerária masculina já apresenta violações constitucionais, a feminina é ainda mais crítica devido às particularidades de gênero. Mulheres possuem diferenças significativas em relação aos homens, como preocupações familiares e maternais intensas. Diferentemente deles, pois muitas vezes

as mulheres que possuem o peso adicional de cuidar de outros, sem a certeza de receber cuidados em troca. A escassez de oportunidades de trabalho, dentro e fora das prisões, também é um problema grave que aflige as encarceradas (Reis e Zucco, 2019).

A inadequação das instalações prisionais para mulheres é flagrante, com celas precárias que aumentam o risco de contaminação, especialmente em períodos menstruais, onde a necessidade de higiene é maior em ambientes com acesso restrito à água (Bertini e Barros, 2022). A desigualdade se estende à distribuição de recursos, que são majoritariamente alocados para presídios masculinos, deixando as unidades femininas com deficiências significativas em infraestrutura e serviços (Marcolla e Tridapalli, 2022).

A situação das encarceradas agrava-se no contexto da gravidez e maternidade. Pesquisas na Penitenciária de Florianópolis, no Estado de Santa Catarina, revelam que as internas enfrentam não apenas a falta de uma dieta apropriada e de um ambiente propício para a convivência com seus filhos, mas também sofrem violência institucional:

No Presídio Feminino de Florianópolis existe apenas um alojamento denominado "Materno-Fetal", com um berço e três camas, onde ficam as gestantes e mães com bebês. Durante a pesquisa, este alojamento chegou a ficar com duas gestantes e duas mães com seus bebês. Elas não recebiam alimentação diferenciada e relataram beber água da torneira. Contavam, apenas, com um micro-ondas, naquele momento quebrado, por isso, esquentavam a água para a mamadeira dos bebês em uma cafeteira elétrica. Passavam o dia naquele espaço diminuto e saíam apenas duas horas para o banho de sol, como as outras mulheres presas (Reis e Zucco, 2019: 74).

Nesse contexto, as internas são submetidas a uma invisibilidade e penalização ampliada, passando da esfera pública para a privada. Varella (2017) observa que, diferentemente dos homens encarcerados, as mulheres enfrentam a estigmatização familiar, sendo abandonadas por familiares, refletindo a vergonha que sua prisão impõe aos parentes. Enquanto familiares e amigos fazem vigília para visitar homens presos, as mulheres encarceradas raramente recebem visitas sob tais circunstâncias. As filas para visitar mulheres são menores e compostas principalmente por mulheres e crianças, com poucos homens, geralmente pais ou avôs.

Diante do exposto, é perceptível que o sistema prisional brasileiro foi estruturado por e para homens, refletindo uma abordagem que prioriza as necessidades masculinas desde sua concepção. As normas, procedimentos e até mesmo as vestimentas dentro dessas instituições ainda carregam uma forte marca do patriarcado, não levando em consideração as especificidades e necessidades femininas. Esse cenário evidencia uma falta de adaptação e sensibilidade às questões de gênero, perpetuando uma estrutura que não contempla a diversidade de seus ocupantes.

De fato, as mulheres encarceradas enfrentam uma dupla penalidade: além da privação de liberdade, são submetidas a um ambiente que ignora suas particularidades, contribuindo para a continuidade de um ciclo de estigmatização e invisibilidade. Essa realidade destaca a urgente necessidade de reformas que reconheçam e atendam às demandas específicas das mulheres no sistema carcerário, garantindo-lhes tratamento digno e condições adequadas à sua reabilitação social e a sua saúde mental.

III. Impactos do estigma na saúde mental das mulheres encarceradas e a ética da alteridade como responsabilidade social

A partir da teoria do estigma de Goffman (2015), observa-se que as mulheres em situação de cárcere frequentemente vivenciam um estigma social que se manifesta, já nos primeiros momentos da prisão, por meio do abandono por parte de seus próprios familiares. O preconceito associado ao encarceramento reforça a estereotipação negativa que permeia o sistema prisional, contribuindo para o isolamento afetivo e social dessas mulheres. Em condição de desamparo, marcada pela ausência de vínculos e pelo distanciamento dos laços familiares, intensifica sentimentos de solidão e vulnerabilidade, favorecendo o desenvolvimento de quadros de sofrimento psíquico, como depressão, ansiedade, estresse e outros transtornos relacionados à saúde mental.

Submetidas à angústia decorrente da privação de liberdade, às insuficiências físicas, à superlotação, às tensões oriundas de relações insustentáveis, à opressão advinda da vigilância constante, ao ônus da obediência incondicional, à imposição legalizada de punições e à violência extraoficial proveniente de agressões e torturas, as detentas veem-se impossibilitadas de expressar reclamações, debater ou organizar-se. Qualquer tentativa de reivindicação ou esforço no sentido de pleitear seus direitos é imediatamente classificado como insubordinação, indisciplina ou ameaça à estabilidade do sistema carcerário (Karam, 2011).

Às angústias inatas à restrição de liberdade, impostas pelo sistema carcerário, somam-se as aflições físicas advindas da escassez de ar, da limitada exposição solar e da insuficiente iluminação, além da convivência promíscua nos alojamentos, das condições sanitárias degradadas, da inexistência de higiene e da frequentemente deteriorada qualidade dos alimentos. Tal conjunto de fatores contribui para a disseminação de patologias, notadamente aquelas de caráter transmissível, afetando a saúde mental das detentas (Karam, 2009).

De acordo com Zaffaroni (2016), o sistema prisional configura-se efetivamente como uma entidade que atua como uma verdadeira engrenagem de deterioração: ela instaura uma patologia caracterizada pela regressão. A pessoa aprisionada é relegada a um estilo de vida que pouco se assemelha ao de um adulto, uma vez que é privada de todas as atividades comumente associadas ou esperadas nesta fase da vida, mediante as condições e as restrições impostas, tais como: fumar, beber, assistir televisão, comunicar-se por telefone, enviar ou receber correspondências e manter relações sexuais.

Embora a presença feminina no sistema carcerário seja proporcionalmente menor em comparação à masculina⁵, a estigmatização social que recai sobre as mulheres é mais acentuada. Tal fenômeno decorre da expectativa, enraizada em uma visão patriarcal, de que a mulher desempenhe um papel amável e seja guardiã dos bons costumes. Diante do descumprimento dessas expectativas sociais, essas mulheres são estigmatizadas como “desviantes” e consideradas indignas de qualquer forma de compaixão ou afeto (Dal Forno e Marcolla, 2023: 4).

Do ponto de vista psicológico, essas mulheres também lidam com o peso da culpa, tornando-se simultaneamente vítimas e algozes de si mesmas por não atenderem aos ideais de perfeição como mulher, filha, mãe e esposa impostos pela sociedade. Elas se

5 Segundo a Secretaria Nacional de Políticas Penais (2023) o Brasil possui 839.672 mil pessoas com restrição de liberdade, sendo que deste número, 45.743 mil são mulheres.

percebem como transgressoras de um modelo feminino idealizado pelo sistema patriarcal (Carvalho e Jardimino, 2017). Esse fator permite entender por que, no âmbito do sistema carcerário, apesar de o número de mulheres detentas ser significativamente menor que o dos homens, elas enfrentam um certo descaso no tocante às políticas públicas.

Comumente, experienciam a dor intensificada pelo abandono familiar. Enfrentam, portanto, o preconceito acentuado que a sociedade lhes impõe, especialmente quando associadas à prática de delitos considerados graves, como homicídio, tráfico de drogas, entre outros, situações que as impedem de exercer a maternidade (Carvalho e Jardimino, 2017). A falta de visitas por parte de familiares, parceiros e amigos intensifica o sofrimento psicológico das mulheres encarceradas. É relevante salientar que as preocupações de homens e mulheres presos divergem consideravelmente; os homens, em sua maior parte, contam com suporte externo para resolver questões familiares e pessoais, enquanto as mulheres, frequentemente, são desamparadas por seus entes queridos, resultando na perda de laços matrimoniais, bem como no distanciamento de filhos e pais.

Portanto, as visitas poderiam constituir um recurso valioso para manter e reforçar os vínculos afetivos das mulheres encarceradas. Contudo, barreiras institucionais limitam essa possibilidade. A tendência é que a regularidade das visitas nas penitenciárias diminua até se extinguir completamente, devido a múltiplos fatores que contribuem para o abandono, evidenciado pela ausência de visitantes. Dentre esses fatores, destaca-se o custo do deslocamento para as famílias, frequentemente residentes em localidades distintas das unidades prisionais. Ademais, é comum que as obrigações familiares se concentrem nas mulheres, responsáveis pelos cuidados com os filhos das detentas, o que restringe a capacidade delas de realizar visitas (Ribeiro, 2023).

Em pesquisa realizada por Paiva (2019) com mulheres em situação de cárcere na cidade de Cutitiba, no Estado do Paraná, é possível constatar o quanto a ausência de visitas afeta negativamente a saúde mental das detentas:

PESQUISADORA: Então a tua família nunca veio te ver?

E2: Não, quem veio me ver foi essa amiga.

PESQUISADORA: Mas eles sabiam?

E2: Sabiam, só que eles também não têm condições, eu não julgo eles também (sim, é outro Estado né). Outro Estado, gasta muito, minha mãe teve aquele negócio na perna que tem que amputar (Trombose) isso, então, ela gasta muito em remédio, tem que usar fralda, então jamais eu culpo minha mãe, minha família [...] (Paiva, 2019: 81).

O custo do deslocamento é, sem dúvida, um aspecto significativo, mas é crucial refletir sobre como ele influencia o abandono enfrentado pelas mulheres no cárcere. É necessário questionar até que ponto esse fator contribui para a diminuição na frequência das visitas. Em contrapartida, os homens presos tendem a não ser esquecidos por suas famílias, preservando os vínculos afetivos e fraternais estabelecidos antes da prisão, continuando a receber visitas frequentes de suas esposas, filhos e mães, enquanto as visitas por parte dos pais são mais raras. Por outro lado, as mulheres se veem relegadas ao esquecimento nas sombras do universo prisional, dependendo apenas do acaso para qualquer forma de lembrança ou apoio (Carvalho e Jardimino, 2017).

Porque a trouxa das mulheres vão pras portas do presídio. Na porta do presídio dos homens, é sempre cheio de visita e aqui na porta do nosso sabe quanta visita tem? 5 no máximo. Tudo da família, nenhum marido. As esposas, 99% vem visitar o marido e os homens tão lá fora numa boa e nós aqui dentro se ferrando (Paiva, 2019: 83).

Dentre as adversidades enfrentadas devido ao encarceramento, a ruptura dos laços familiares é destacada nos relatos como uma questão particularmente alarmante para as mulheres: “família bem que poderia vir me visitar”, “minha saúde mental é péssima. Não tenho visita nem sedex”, “choro, choro muito, saudades”, “acho que uma vida não precisava passar por isto” (Santos *et al.*, 2017, n. p.).

A questão do isolamento social e da perda de conexões afetivas também deve ser analisada sob a perspectiva operacional, visto que o debate precisa ultrapassar a esfera teórica para implementar medidas que promovam a saúde em ambientes prisionais, marcados por sua natureza hostil. Essa abordagem poderia ser viabilizada por meio do engajamento em redes de cuidado à saúde mental e do desenvolvimento de políticas públicas direcionadas. É crucial que, nessas instituições, se preserve o vínculo afetivo entre mãe, filho, parceiro e família, de modo a atenuar o fenômeno do abandono feminino durante o encarceramento (Ribeiro, 2023).

A separação dos filhos faz com que o cuidado infantil muitas vezes fique a cargo de terceiros, alguns dos quais podem ser desconhecidos pela mãe. As mulheres que se tornam mães enquanto estão encarceradas também enfrentam a deterioração dos laços afetivos, sendo que, pouco após o parto, os filhos são entregues à guarda de outras pessoas, enquanto elas continuam detidas. Nesse cenário, as visitas, que poderiam ser um aspecto positivo, transformam-se em um dilema, pois a separação dos filhos leva algumas mães a recusar visitas, temendo que a exposição das crianças ao ambiente prisional adverso possa afetar negativamente o desenvolvimento deles (Ribeiro, 2023).

PESQUISADORA: É, quem que ia te visitar?

E1: Minha mãe.

PESQUISADORA: Sua mãe. Você é casada tem filhos?

E1: Eu tenho um filho de 11 anos que vive com a minha mãe, desde nenezinho.

PESQUISADORA: Ele foi te visitar?

E1: Foi duas vezes só, que eu não gostava que ele fosse...lá não é um lugar bom pra ele ir (Paiva, 2019: 81).

Devido ao isolamento social e à solidão impostos pelo encarceramento, essas mulheres tornam-se psicologicamente vulneráveis. A falta de informações sobre seus filhos e demais familiares faz com que o tempo transcorra de maneira mais lenta nesse ambiente inóspito, agravando ainda mais o seu sofrimento. Logo, dentro do sistema prisional, os indivíduos possuem uma compreensão de tempo e de sofrimento intensificados, justamente, por não ser possível desenvolver de forma clara os três elementos da psique (Messuti, 2003).

Os acontecimentos do passado vão se deteriorando com o passar do tempo, as imagens, o sabor, o cheiro, tendem a desaparecer da percepção humana após um longo período de isolamento. Por sua vez, a visão do presente é limitada às restritas informações vi-

venciadas dentro do sistema prisional, sendo que muitas vezes, a luta constante é para sobreviver a cada dia. Já a presença de eventos futuros, quase sempre é destinada totalmente a um sentimento de esperança de liberdade. Não há aqui muitos planos, sonhos ou aspirações, os internos sabem que a hora que saírem do sistema prisional, enfrentarão uma realidade diversa da que vivenciaram anteriormente à prisão. Nessa nova sociedade, a qual se construiu sem a presença e colaboração dele, não há interesse em incluí-lo, tão pouco em aceitá-lo sem causar estigmatização.

De acordo com um estudo conduzido por Santos *et al.* (2017), a maioria substancial das mulheres que participaram das entrevistas enquanto estavam encarceradas descreveu experimentar uma notável prevalência de sentimentos vinculados à tristeza, dor, solidão, abandono, revolta e ansiedade. Essas emoções, exemplificadas por meio dos relatos a seguir, atuam como fatores estressores significativos que contribuem para a deterioração da saúde mental desse segmento da população: “[...] sufocada, [...] mas presa, [...] sinto ansiedade e preocupação, [...] estou estabilizando a mente, mas estou com muito medo” (Santos *et al.* 2017, n. p.).

Segundo Ribeiro (2023) a saúde pode ser conceituada como um fenômeno que sofre influência dos determinantes sociais, os quais estão intrinsecamente ligados ao desenvolvimento humano e à interpretação que o indivíduo faz das circunstâncias que ele vivencia. Nesse sentido, os eventos que provocam estresse são caracterizados por uma complexa determinação social, abrangendo aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais. Esses eventos evidenciam as desigualdades presentes nas diversas classes sociais, em questões raciais e nas dinâmicas de gênero.

Diante desse cenário, transcendendo as barreiras existentes que obstaculizam muitas vezes a concretização e efetivação dos direitos para que os sujeitos possam viver dignamente, a saúde encontra-se “como um direito humano que todo o sujeito tem e pode exercer, sendo considerada, inclusive, como um dos importantes elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas [...]” (Martini e Sturza, 2019: 36). Assim, a saúde como sendo um direito humano através do qual integra os seguimentos da cidadania, bem como, os fundamentos para conquistar a dignidade humana, trata-se de um dever das instituições e toda a estrutura que compõe a sociedade, visando garantir as pessoas o direito à saúde em todas as suas especificidades. Com isso, o direito à saúde pode ser considerado como uma espécie de responsabilidade social.

A noção de direito à saúde como universal e igualitário somente reforça a responsabilidade estatal em garantir a efetivação e acesso a esse direito para aqueles que estão privados de liberdade e, conseqüentemente, à mercê desse sistema. O abandono e a solidão enfrentados pelas mulheres encarceradas no sistema prisional brasileiro estão entre os principais fatores que afetam a saúde mental destes sujeitos. Todavia, a condição de “mulher encarcerada” foge dos padrões impostos pela sociedade, colocando-as num lugar de invisibilidade e indiferença perante o sistema, pouco importando a preservação, acesso e efetivação do direito à saúde a esse grupo estigmatizado.

Diante desse contexto, refletir sobre a saúde mental das mulheres encarceradas requer o desenvolvimento da ética da alteridade como um mecanismo de responsabilidade pelo Outro, especialmente aquele que se apresenta como diferente e vulnerável, mas que não pode ser ignorado. O filósofo lituano-francês Emmanuel Lévinas propõe uma nova

perspectiva ética que rompe com a concepção universalizante da pessoa, ao afirmar que cada sujeito é singular e irreduzível. Em sua filosofia, é no encontro com o rosto do Outro que se revela uma dimensão de universalidade genuína, fundada não na homogeneidade, mas justamente na diferença que constitui e interpela o Eu (Lévinas, 1980).

Nesse sentido, a partir da perspectiva levinasiana (1997) surge a proposta de um novo humanismo que reformula a noção tradicional centrada no Eu para instaurar um humanismo do outro homem, voltado para a ética fundamentada na responsabilidade e na solidariedade, valores esses que atravessam toda relação intersubjetiva e interpessoal, de modo a deslocar o centro da reflexão filosófica do ser para a relação, dispondo o encontro com o Outro como condição originária da própria existência ética. Assim, é a partir da singularidade do rosto do Outro, que interpela, convoca e exige uma resposta, que a ética insurge como filosofia primeira, em oposição à tradição ontológica da filosofia ocidental.

No pensamento levinasiano, a singularidade e diferença existente entre os sujeitos não deve ser ignorada com pensamentos que defendam a igualdade, mas sim, que invoquem a diferença como forma de responsabilidade ética entre as relações, possibilitando uma “inversão de lugares”, em que a dignidade do Outro é anterior a dignidade do Eu. Dessa forma, o Outro aparece como alteridade materialmente ética, ou seja, o reconhecimento da sua emergência não se dará enquanto empatia adotada de forma consciente, mas a partir de um responsabilizar-se involuntário perante o Outro, sendo que a “responsabilidade que responde da liberdade do outro, na assombrosa fraternidade humana na que a fraternidade por si mesma [...] não explicaria ainda a responsabilidade que proclama entre seres separados” (Lévinas, 2003: 54).

Dessa forma, o sujeito apenas pode ser constituído e concebido através e pelo olhar do Outro, momento em que sua existência é definida pela relação estabelecida na interação com esse Outro, singular e ao mesmo tempo plural. Contrastando com a visão de totalidade, voltada para a ideia de um conhecimento absoluto, construído exclusivamente no âmbito do si mesmo e da ontologia, a proximidade existente nessa relação com o Outro possibilita acesso ao infinito, a algo que transcende as limitações das esferas do “mesmo”, implicando em uma responsabilidade ética do Eu que precede a própria liberdade, pressuposto para constituição da alteridade (Lévinas, 1980).

Sob esse aspecto, a responsabilidade ética emerge da vulnerabilidade revelada na presença do Outro, presença essa que convoca o Eu a responder por aquele que se encontra desprotegido, despido de seus direitos e do sentido de existência. O sofrimento, a miséria e a negação do reconhecimento humano transformam o Outro em alguém reduzido a um contingente invisibilizado pela história, cuja dor exige escuta e acolhimento. Como afirma Lévinas (1993: 101), “sofrer pelo outro é ser responsável por ele, suportá-lo, estar em seu lugar e consumir-se por ele”, demonstrando que a ética não nasce de uma escolha racional, mas de uma sensibilidade originária que obriga os sujeitos a responderem por quem sofre.

Para além de um projeto ontológico centrado no “si mesmo”, é no rompimento com essa lógica autocentrada que se torna possível identificar, como propõe Dussel (2000: 374), as “negatividades” que afetam o Outro, ou seja, a pobreza, a exclusão, a dor, a fome, a violência e o abandono. Diante desse contexto, esses são sinais que expõem a contradição de instituições que, embora concebidas para proteger e promover a vida, geram vítimas em sua própria estrutura.

Nesse sentido, é um passo fundamental em direção à ética da alteridade, reconhecer as mulheres encarceradas como portadoras de “negatividades” historicamente construídas, sendo estas em razão de sua condição de gênero, classe, raça e, sobretudo, por sua posição dentro do sistema penal. Assim, devido ao fato de ser impossível empiricamente a existência de uma norma, ato, instituição ou sistema de eticidade que seja perfeito em sua vigência e consequências, são inevitáveis as “vítimas” que sofrem as imperfeições, erros, exclusões, injustiças, etc. das instituições e sistemas finitos e não perfeitos que ignoram reconhecer a “vítima” enquanto sujeito (Dussel, 2000: 373).

O cárcere feminino, ao negar reconhecimento às demandas específicas das mulheres e naturalizar sua exclusão, se constitui como um espaço privilegiado para a reflexão sobre a urgência de uma ética da alteridade. Diante dessa sistemática provedora incessantemente de vítimas, analisar a relação com o Outro a partir da ética da alteridade convoca a responsabilidade perante aquele que está expondo sua “nudez” frente à violência, fome, morte e o extermínio (Zanon, 2019). É estar implicado com a situação desse Outro vulnerável, sendo responsável pela sua existência e liberdade antes dos interesses do Eu, ou seja, “eu posso ser responsável pelo que não cometi e assumir uma miséria que não é minha” (Lévinas, 2003: 187).

A ética da alteridade, nesse contexto, convoca sujeitos, instituições e a sociedade como um todo a tomarem para si a responsabilidade diante das mulheres encarceradas, cuja saúde mental é afetada por múltiplas camadas de opressão e estigma. O desamparo, a solidão e o abandono familiar intensificam o sofrimento psíquico de suportar a realidade prisional, sendo estes evidenciados nos relatos que comprovam uma tentativa de fuga. Expressões como “quero dormir e só acordar na hora de ir embora”, “medicação controlada para me desligar [...] o tempo passa mais rápido” e “melhor dormir do que ficar acordada” (Santos et al., 2017, n. p.) revelam não apenas o esgotamento emocional, mas a ausência de redes de cuidado e de políticas públicas voltadas à saúde mental dentro do sistema prisional.

Assim, compreender a saúde mental das mulheres encarceradas a partir da ética da alteridade é deslocar o olhar da lógica normativa e punitiva, muitas vezes centrada em mecanismos de controle e exclusão, para uma postura de escuta, reconhecimento e responsabilidade incondicional, que não depende de merecimento, reciprocidade ou julgamento prévio. Trata-se de compreender que o sujeito não é um ente isolado ou autossuficiente, mas se constitui na relação com o Outro, sendo essa relação marcada por uma assimetria fundamental, na qual o Eu é interpelado a responder pela vulnerabilidade do Outro antes mesmo de compreender sua história ou sua dor, pois a exigência ética nasce de uma alteridade que se impõe pela presença desse Outro que convoca uma responsabilidade.

Sob essa ótica da responsabilidade como medida necessária para o existir do Outro, uma ordem política que seja capaz e eficaz de refletir os interesses da pluralidade humana é fundamental, devendo ser medida que se impõe ao pensar a questão da saúde mental das mulheres encarceradas no cenário brasileiro. Ao se reconhecer a pluralidade humana como sendo primordial para garantir uma vida digna em suas diversas possibilidades, é reconhecer que o sujeito não é um em si para si, mas sua condição de existência é pelo Outro e para o Outro, fora de si, em que o Eu não nasce isolado, sozinho (Martins e Lepargneur, 2014). Pensar em uma filosofia da alteridade é pensar a partir da presença desse Outro singular e diferente.

Nesse sentido, o estigma que recai sobre as mulheres encarceradas, enquanto marca que as exclui da ordem do “normal”, deve ser enfrentado com uma ética que as reinclua na ordem do humano. A saúde mental, nesse horizonte, deixa de ser apenas um direito individual para se tornar uma obrigação coletiva, um imperativo ético que recai sobre todos os sujeitos, enquanto sociedade, enquanto instituições e enquanto sujeitos capazes de reconhecer a dor do Outro e de não lhe ser indiferente.

A situação de vulnerabilidade que as mulheres encarceradas se deparam, condição majorada pelo estigma existente em razão da “quebra” de paradigmas relacionados ao gênero, bem como o abandono familiar, acesso a mantimentos de higiene pessoal e serviços de saúde, são elementos que afetam diretamente esse grupo de mulheres e que deve ser reconhecido como responsabilidade social. Diante disso, o direito à saúde é uma medida que se impõe para além das garantias jurídicas e regulamentadoras, mas também como direito fundamental que convoca todos os sujeitos a responsabilizarem-se quando não há o cumprimento desse preceito, principalmente quando alguns sujeitos são excluídos do acesso.

Portanto, o agir ético, nesse contexto, implica responsabilizar-se pelas condições que afetam a saúde mental das mulheres privadas de liberdade, reconhecendo que o estigma, a violação de direitos, o abandono institucional e a negligência estatal não podem ser naturalizados. Assim, a responsabilidade social, alicerçada na ética da alteridade, exige mais do que políticas públicas formais, requer o compromisso concreto de considerar a singularidade de cada mulher encarcerada, não apenas como número, rótulo ou sentença, mas como o Outro vulnerável que convoca uma responsabilidade ética no agir. Para tanto, implementar uma ideia de responsabilidade perante o “outro”, a partir da noção de fraternidade que, para Lévinas, diversamente do que se pensa, não irá impor-se como sendo uma forma de constatação de semelhança entre os sujeitos, mas uma ideia de responsabilidade infinita pelo Outro na sua diferença e pluralidade.

IV. Considerações finais

Neste estudo, investigou-se a profundidade e a complexidade do estigma associado ao sistema prisional e seu impacto específico sobre a saúde mental das mulheres encarceradas no Brasil, vislumbrando a ética da alteridade como conceito relevante para possibilitar uma responsabilidade social perante esses sujeitos. A análise fundamentou-se na teoria do estigma de Erving Goffman, revelando que o rótulo de “detenta” implica uma série de estereótipos e preconceitos que não apenas exacerbam o estigma enfrentado por essas mulheres, mas também obstaculizam significativamente sua reintegração na sociedade após o período de encarceramento. Este fenômeno destaca a carga desproporcional que o estigma impõe às mulheres, afetando sua dignidade, autoestima e, em última instância, seu bem-estar emocional.

Os resultados da pesquisa confirmam a hipótese inicial de que o estigma vinculado à criminalidade e ao encarceramento impacta de maneira mais acentuada a saúde mental das mulheres encarceradas, em comparação com seus pares masculinos. Este impacto é agravado pela solidão e pelo isolamento social, aspectos intrínsecos ao ambiente prisional, que emergem como fatores preponderantes na deterioração da saúde mental dessas mulheres. Tal situação aponta para a necessidade urgente de políticas públicas e intervenções psicossociais que abordem essas especificidades, bem como, pensar a questão da saúde mental das mulheres encarceradas a partir da ética da alteridade

como medida que se impõe de responsabilidade social, sendo uma alternativa para minimizar os impactos que a estigmatização do cárcere reflete na vida destas mulheres.

Além disso, este estudo ressalta a importância de se avançar na compreensão do estigma como uma barreira para a reintegração social das mulheres após o encarceramento, enfatizando a necessidade de abordagens multidisciplinares que incorporem perspectivas psicológicas, sociais e legais para enfrentar eficazmente os desafios impostos pelo estigma associado ao encarceramento feminino. Dessa forma, é imperativo que as estratégias de intervenção no sistema prisional feminino sejam reavaliadas e reestruturadas, com um foco particular na mitigação do estigma e na promoção da saúde mental.

Sendo assim, a implementação de programas que fomentem a manutenção de vínculos afetivos, a reinserção social e o acesso a serviços de saúde mental adequados podem contribuir significativamente para a recuperação emocional e a redução da reincidência. Sob esse aspecto, observa-se que a saúde vista a partir da ética da alteridade pode ser um mecanismo para efetivar a garantia desse direito fundamental as mulheres em situação de cárcere, de modo que os sujeitos sejam convocados a responsabilizarem-se perante o Outro em sua miséria e vulnerabilidade, como forma de preservar a pluralidade e diferença sem lhes ser indiferente, estando implicados, enquanto sociedade, em conferir o direito à saúde como direito de fato universal.

Diante desse cenário, torna-se imprescindível que o Estado e as instituições públicas desenvolvam políticas que dialoguem diretamente com a ética da alteridade, reconhecendo a singularidade das mulheres encarceradas e a responsabilidade social em razão do seu sofrimento psíquico. Isso implica, por exemplo, a criação de programas de atenção psicossocial nas unidades prisionais, com equipes interdisciplinares capacitadas a escutar e acolher a subjetividade dessas mulheres em sua diferença, bem como a implementação de ações voltadas à preservação e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, como visitas assistidas, iniciativas de cuidado materno e programas de reinserção social sensíveis às trajetórias de exclusão.

Além disso, faz-se necessária a reformulação da arquitetura institucional dos presídios femininos, considerando as necessidades específicas das mulheres, especificamente em contextos de gravidez, maternidade, ciclos menstruais e saúde mental. Essas ações, mais do que medidas técnicas ou administrativas, devem ser compreendidas como imperativos éticos, ou seja, respostas concretas à interpelação que o Outro vulnerável, aqui figurado na mulher encarcerada, faz à sociedade que historicamente a marginalizou.

Por fim, a pesquisa contribui para a literatura existente ao lançar luz sobre as nuances do estigma no contexto prisional feminino brasileiro, fornecendo insights importantes para a formulação de políticas e práticas mais eficazes e humanizadas. Espera-se que este estudo inspire futuras investigações que possam expandir o conhecimento sobre o tema e, por conseguinte, melhorar a qualidade de vida e as perspectivas de reintegração das mulheres encarceradas

Referências

- Almeida, R. O. (2000). *Mulheres que matam*: universo imaginário do crime no feminino. 2000. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Sociologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/36042>.
- Bacila, C. R. (2015). *Criminologia e estigmas*: um estudo sobre preconceitos. 4 ed. São Paulo: Atlas.
- Bertini, L. M. e Barros, J. P. P. (2022). Privação de liberdade e monitoração eletrônica de pessoas: Vivências em torno do cárcere. *Psicologia Social Jurídica*: articulações de práticas de ensino, pesquisa e extensão no Brasil. p. 87-103. Disponível em: <https://site.abrapso.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Livro-Psicologia-Social-Juridica-2022.pdf#page=88>.
- Carvalho, O. F. e Jardimino, J. R. L. (2017). A invisibilidade da mulher no sistema prisional brasileiro: esquecidas no tempo e no espaço. *Revista Educação e Políticas em Debate*, v. 6, n. 2, p. 236-254, maio/ago. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistaeducaopoliticas/article/view/46784>.
- Cunha, E. L. (2011). Educação ou castigo: um estudo sobre mulheres reeducandas. Araraquara/SP. *Tese de Doutorado em Educação Escolar*. Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara. Universidade Estadual Paulista.
- Cury, J. S. e Menegaz, M. L. (2017). *Mulher e o cárcere*: uma história de violência, invisibilidade e desigualdade social. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero--enviar.pdf.
- Dal Forno, M. C. B. e Marcolla, F. A. (2023). A inumanidade na história da loucura e a luta antimanicomial no Brasil: uma análise a partir dos episódios desalmados no hospital colônia de Barbacena/MG. *Salão do Conhecimento*, v. 9, n. 9. Disponível em: <http://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br>.
- Dussel, E. (2000). *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Tradução: Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes.
- Foucault, M. (2001). *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.
- Goffman, E. (2017). *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC.
- Goffman, E. (2015). *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva.
- Karam, M. L. (2009). *A privação da liberdade*: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.
- Kraemer, H. e Sprenger, J. (2021). *Malleus maleficarum*: o martelinho das feiticeiras. 31. ed. Tradução: Paulo Fróes. Rosa dos tempos: Rio de Janeiro.
- Lévinas, E. (1980). *Totalidade e infinito*: ensaio sobre a exterioridade. Lisboa: Edições 70.
- Lévinas, E. (1993). *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes.
- Lévinas, E. (1997). *Entre nós*: ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes.
- Lévinas, E. (2003). *De outro modo que ser o más allá de la esencia*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Marcolla, F. A. e Tridapalli, K. G. (2022). Mulheres invisíveis: desigualdade social no cárcere feminino a partir da dignidade humana. In: Marcolla, F. A. et al (Orgs). *Temas de direito criminal*: reflexão sobre violência de gênero. v. 2. Porto Alegre: Paixão Editores.
- Marconi, M. A. e Lakatos, E. M. (2022). *Metodologia científica*. 8. ed. Barueri: Atlas.
- Martini, S. R. e Sturza, J. M. (2019). *Direitos humanos*: saúde e fraternidade. Porto Alegre: Evangraf.
- Martins, R. J. e Lepargneur, H. (2014). *Introdução a Lévinas*: pensar a ética no século XXI. São Paulo: Paulus.

- Mbembe, A. (2022). *Necropolítica*: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: n-1 edições.
- Messuti, A. (2003). *O tempo como pena*. Tradução: Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Mezzaroba, O. e Monteiro, C. S. (2019). *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva.
- Paiva, P. G. (2019). Mulheres encarceradas: cartas e entrevistas sobre a vida na prisão (2004-2014). *Humanidades em perspectivas*, v. 2, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/revista-humanidades/index.php/revista-humanidades/article/view/27>.
- Queiroz, N. (2016). *Presos que menstruam*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record.
- Reis, C. A. e Zucco, L. P. (2019). Saúde sexual e saúde reprodutiva no cárcere. *Revista Catarinense de História*, n. 33, p. 66-86.
Disponível em: <https://doi.org/10.36661/2238-9717.2019n33.10827>.
- Ribeiro, L. B. (2023). *Efeitos da fragilização dos vínculos afetivos sobre a saúde mental de mulheres encarceradas em Vitória da Conquista-BA*. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/38106>.
- Richards, J. (1993). *Sexo, desvio e danação*: as minorias na Idade Média. Tradução: Marco Antonio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Santos, I. G. et al. (2020). Mulheres no cárcere: Uma revisão de literatura sobre a realidade das mulheres encarceradas. *Geopauta*, v. 4, n. 3, p. 255-273. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5743/574364489017/574364489017.pdf>.
- Santos, M. V. et al. (2017). Saúde mental de mulheres encarceradas em um presídio do estado do Rio de Janeiro. *Texto & Contexto-Enfermagem*, v. 26, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/3dbSzZsVhz6L8kH97Bpf3YM/?lang=pt>.
- Santos, V. (2013). Técnicas da tortura: punições e castigos de escravos no Brasil escravista. *Enciclopédia Biosfera*, v. 9, n. 16. Disponível em: <https://www.conhecer.org.br/enciclop/2013a/humanas/Tecnicas%20da%20Tortura.pdf>.
- SENAPPEN (2023). *Secretaria nacional de políticas penais*. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYTczNWl4M2EtZTAwMS00Y2M2LWVhYmJjYmJmZThlMSJ9>.
- Souza, K. O. J. (2009). A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas. *Psicologia em estudo*, v. 14, n. 4, p. 649-657. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/RWRqYxBVPmN6jjDmKzKrn4R/?format=pdf&lang=pt>.
- Varella, D. (2017). *Prisioneiras*. Disponível em: <https://livrogratuitosja.com/prisioneiras-drauzio-varella/>.
- Zafaroni, E. R. (2016). *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan.
- Zanon, A. (2019). O princípio da alteridade de Lévinas como fundamento para a responsabilidade ética. *Perseitas*, v. 8, p. 75-103. Disponível em: <https://revistas.ucatolicaluisamigo.edu.co/index.php/perseitas/article/view/3489>.
- Wermuth, M. A. D. e Nielsson, J. G. (2019). O habeas corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades. *XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador* – BA. GT: Direito penal, processo penal e constituição II. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/48xcmljs/v2lsULi9o9xjEoa2.pdf>.

La Inteligencia Artificial aplicada a la salud: nuevos desafíos jurídicos

Artificial Intelligence applied to health: new legal challenges

Emiliano Zito¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)09)

Fecha de envío: 30.05.2025

Fecha de aceptación: 30.07.2025

RESUMEN:

El artículo aborda los principales desafíos jurídicos que plantea la inteligencia artificial (IA) aplicada a la salud, presentando su evolución histórica, sus usos actuales en medicina, y finalmente se plantea la necesidad de impulsar un marco normativo adecuado en la República Argentina. Se analiza en profundidad la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea como modelo regulatorio, así como los antecedentes legislativos existentes en nuestro país. Finalmente, se proponen lineamientos regulatorios que garanticen un uso ético seguro y transparente de la IA en el campo sanitario..

ABSTRACT

This article addresses the main legal challenges posed by the application of artificial intelligence (AI) in healthcare. It analyzes the historical development of AI, its current medical uses, and the need for an adequate legal framework. The European Union's Artificial Intelligence Act is discussed in depth as a regulatory model, alongside existing Argentine regulations. Finally, specific regulatory guidelines are proposed to ensure ethical, safe, and transparent AI use in the health field.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial; derecho a la salud; regulación; responsabilidad médica; IA Unión Europea, IA y Salud.

KEY WORDS: artificial intelligence; right to health; regulation; medical liability; European Union IA

¹ Abogado y Procurador por la Universidad Empresarial Siglo 21. Especialista en Abogacía del Estado -Escuela del Cuerpo de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación. Magíster en Defensa Nacional-Universidad Nacional de la Defensa. Profesor Universitario de la Enseñanza Media y Superior - Universidad Nacional de la Defensa. Diplomado en Saneamiento de Titulaciones Dominiales, Género y Gestión Institucional. Curso de Posgrado en Prevención de Lavado de Activos - Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor de Derecho Penal "A" en Universidad Blas Pascal. Profesor en las cátedras Práctica Profesional de Abogacía e Integración Profesional de Martillero Público Universidad Siglo 21. Abogado de la Organización de las Naciones Unidas (UNFICYP). Ocupó distintos cargos en el Estado Nacional, Ejército Argentino, Colegio Militar de la Nación. Ex Director de Administración y Gestión de los Recursos de la Unidad de Información Financiera (UIF). emilianozito@hotmail.com ORCID 0009-0004-1602-2009

I. Introducción

La inteligencia artificial resulta en la actualidad el fenómeno tecnológico por antonomasia que por su naturaleza está causando un gran impacto y un cambio en la forma en la que hoy, la humanidad realiza todo tipo de actividades. Este cambio de paradigma que seguramente marque un antes y un después, no es ajeno a las ciencias médicas ya que en la actualidad el uso de esta herramienta tecnológica está transformando la práctica clínica, implicando un giro copernicano que, desde la óptica jurídica, representa un gran desafío para la totalidad de los operadores jurídicos en el diseño de normas que regulen exhaustivamente su funcionamiento y utilización para el resguardo de los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, este artículo tiene como objetivo presentar la evolución de la Inteligencia Artificial, su definición, los usos que en la actualidad tiene en el campo de la salud, el estado normativo actual de la legislación vigente en la materia, particularmente la impulsada en el seno de la Unión Europea y en la República Argentina, para luego proponer los lineamientos jurídicos que pensamos deben tenerse para garantizar la compatibilidad entre innovación tecnológica y respeto a los derechos fundamentales en nuestro país.

II. La inteligencia artificial. Breves consideraciones de su evolución e historia y su definición.

De forma previa a definir a la inteligencia artificial, muchos autores destacan que este fenómeno resulta una nueva revolución industrial, que genera un gran impacto en la humanidad y que, a la fecha, no conocemos a ciencia cierta, como cualquier avance tecnológico que ha sucedido a lo largo de la historia de la humanidad, el verdadero alcance del impacto, positivo y/o negativo que tendrá en el futuro del desarrollo de nuestra especie.

La incorporación de la Inteligencia Artificial a la vida cotidiana de los seres humanos, se ha caracterizado en el último tiempo por una gran velocidad, ya que no sólo es utilizada en actividades complejas desarrolladas en organizaciones públicas y privadas sino también en nuestras tareas diarias.

Tal como lo destacara Romero (2023), el uso de la inteligencia artificial se encuentra en una constante expansión en su uso por los seres humanos ya que cerca del 80% de las personas en algunos países utilizan inteligencia artificial (IA), incluso sin darse cuenta; siendo sólo la tercera parte está consciente de ello (p.1).

Así llevado el fenómeno al ámbito empresarial, la IA también está transformando la manera en la que el sector privado está transformando la interacción con clientes, los esfuerzos para garantizar una experiencia satisfactoria, analizando su comportamiento, creando nuevos productos y servicios, abriendo nuevos canales de venta utilizando contribuyendo a una gestión de negocio más eficaz, anticipando los principales indicadores financieros mediante la identificación de patrones basados en datos (García, 2023:p.2).

El proceso actual sobre la Inteligencia Artificial, si bien ha presentado una evolución sideral en los últimos años, es un fenómeno de larga data, muchos autores al analizar la génesis consideran que un científico clave en el desarrollo de la IA fue Alan Turing, considerado el padre de la informática moderna quien en sus investigaciones propuso una prueba para medir si una máquina podía pensar como un humano. El test consistía en

un juego de imitación, en el que un interrogador debía averiguar quién era una máquina y quién era una persona solo mediante preguntas escritas. Si el interrogador no podía distinguir a la máquina de la persona, se consideraba que la máquina había pasado el test. Las contribuciones de Turing a la ciencia de la computación sentaron las bases para la investigación moderna en IA.

Maguregui hace una evolución sobre los antecedentes destacando la Conferencia de Dartmouth, donde se acuñó el término inteligencia artificial, se establecieron los objetivos y los métodos de esta disciplina. Desde entonces, la IA ha avanzado mucho gracias al desarrollo de la computación, la programación y el aprendizaje automático (machine learning), que es la capacidad de los sistemas de aprender por sí mismos a partir de entrenamientos con datos masivos y experiencias. Así en 1997, Deep Blue, la supercomputadora de IBM, derrotó al campeón mundial de ajedrez, el ruso Garry Kasparov, utilizando una combinación de altísima capacidad de cómputo y algoritmos de búsqueda para evaluar millones de posiciones por segundo. Aunque algunos argumentan que no fue una verdadera IA, la victoria de Deep Blue marcó un hito importante en la relación entre humanos y máquinas. En 2016, AlphaGo, una inteligencia artificial desarrollada por DeepMind de Google, venció al surcoreano Lee Sedol, uno de los mejores jugadores de go en el mundo. El go es un juego milenario de origen chino que diferencia del ajedrez, tiene un espacio de búsqueda mucho más amplio, lo que hace que la victoria de AlphaGo sea aún más impresionante (Mauregui 2023: p.1).

A partir del perfeccionamiento de los llamados grandes modelos de lenguaje, como el GPT2 y GPT3 hasta llegar al famoso ChatGPT de la empresa tecnológica OpenAI, la inteligencia artificial dio un salto enorme con el desarrollo de una interfaz muy accesible y fácil de usar, y fue acompañado por distintos aportes efectuados en nuestra aldea global, que comenzaron a interesarse por el fenómeno y presentaron una definición sobre lo que se entiende por inteligencia artificial.

Respecto a este proceso, no existe consenso en cuanto a la definición. Por un lado, Real Academia Española la define como una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico (Danesi, 2021: p. 1273).

Por otro lado, la propuesta de regulación de la IA de la Unión Europea, denominada definió a la inteligencia artificial como el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa lógicamente (Danesi, 2021: p. 1274).

Se destaca también la definición efectuada por la UNESCO quien la ha definido como: *“máquinas capaces de imitar ciertas funcionalidades de la inteligencia humana incluyendo la percepción, el aprendizaje, el razonamiento, la resolución de problemas, la interacción del lenguaje e incluso la producción creativa”* (UNESCO, 2021:p.5).

Ahora bien, en este proceso de imitar funcionalidades de la inteligencia humana, sus rasgos más destacables son la autonomía y el autoaprendizaje; lo que significa que la IA toma decisiones absolutamente independientes de su creador o diseñador y, además,

tiene la capacidad de seguir aprendiendo una vez puesta en circulación. Además de todo ello, tiene la habilidad de procesar enormes cantidades de datos convirtiéndola en una valiosa herramienta que se utiliza en las más diversas áreas (Danesi, 2021: p. 1273).

Así en ese proceso de imitación que realiza la Inteligencia Artificial, se nutre de datos, algoritmos y modelos que le permiten tomar ese conocimiento e iniciar con uno de los algoritmos más importantes que es el aprendizaje automático, sin esos datos, el sistema de IA resulta ineficaz para la realización de una determinada tarea independientemente de la complejidad que tenga.

Los distintos procesos que realiza la máquina incluyen las siguientes técnicas de procesamiento de datos que son clasificados de la siguiente manera: Aprendizaje automático (Machine learning), que se refiere a la capacidad de las máquinas para aprender por sí solas y mejorar su rendimiento con el tiempo sin necesidad de una intervención humana basándose en datos, Aprendizaje profundo (Deep learning) este tipo de aprendizaje profundo utiliza redes neuronales multicapa para analizar datos y realizar tareas complejas (Salinas, 2024:p.3).

La diferencia entre ambos es que el sistema automático es más amplio y se refiere a las técnicas generales que permiten a las máquinas aprender por sí mismas, el profundo es un enfoque específico que hace uso de redes neuronales para completar una tarea similar a la humana, como ver, escribir o crear arte), las redes neuronales, o redes neuronales artificiales (RNA), son un componente del aprendizaje profundo que imita el procesamiento de datos del cerebro humano. Una red neuronal está formada por múltiples capas de neuronas artificiales (llamadas nodos), que se utilizan para procesar todos esos datos (Salinas, 2024: p. 3).

Otro de los métodos es el procesamiento del lenguaje natural (PLN), que permite a las máquinas comprender, procesar e imitar el lenguaje humano, la visión artificial que implica que las computadoras que pueden entender datos visuales como fotos y videos para tomar decisiones.

También la IA tiene la capacidad de resolución de problemas y razonamiento, en estas como señala el autor, la máquina simula, y utilizan datos, algoritmos y probabilidades para tomar sus decisiones, en la actualidad el sistema Chat GPT tiene la función de razonar y no solo su actividad se circunscribe únicamente a la búsqueda de datos.

Así, otra de las funciones es la perceptiva donde se utilizan sensores para percibir situaciones del mundo real y comunicar percepciones e información a los humanos.

Finalmente, la función cognitiva donde la IA, imita los procesos del pensamiento humano al utilizar algoritmos y datos, tomar decisiones, hacer predicciones y proporcionar información. Estos sistemas no pueden imitar a la perfección el pensamiento humano, pero están entrenados para entender el contexto además del contenido (Salinas, 2024: p. 4).

Se puede vislumbrar, que en la actualidad y como manifestamos en la génesis de este análisis, se habla de una nueva revolución industrial ya que la Inteligencia Artificial, como proceso tecnológico, resulta ser un avance que, por primera vez en la historia de la humanidad, tiene la capacidad de realizar actividades que, hasta el momento de su crea-

ción, y posterior auge, estaban reservadas únicamente al hombre como especie.

Este avance tecnológico tiene la principal característica de mutar y avanzar a pasos agigantados, semana a semana surge en las noticias un nuevo uso sobre la Inteligencia Artificial, al momento de redactarse este artículo se mencionaban en noticias periodísticas casos de hospitales atendidos por metahumanos en China que presentaban resultados impresionantes en materia de datos estadísticos respecto a consultas médicas diarias atendidas.

No podemos dejar de mencionar, que la velocidad en la incorporación de la IA en todas las actividades que desarrolla la humanidad, no resulta ser la misma en la que se han impulsado las normas necesarias para regular su funcionamiento.

Por ello, la sociedad se encuentra en un momento en que no puede ser ajena a la reflexión y a la toma de decisiones respecto a su regulación y donde los operadores jurídicos tienen el deber de impulsar las regulaciones normativas que regulen exhaustivamente este fenómeno tecnológico.

En la actualidad, los avances normativos en la materia son escasos, encontrándose la Unión Europea a la vanguardia en la regulación jurídica de la IA, ya que cuenta con un marco normativo denominado Ley de Inteligencia Artificial (Reglamento UE 2024/1689) que sienta las bases para la regulación de la IA en la Comunidad y que no obstante de haberse impulsado, tiene una vigencia diferida que se verá materializada en casi su totalidad en el año 2026.

III. La inteligencia artificial aplicada a la medicina.

De forma previa al análisis normativo, se presenta en este acápite los usos de la inteligencia artificial en el campo de la salud. Así Díaz Cantón y Rossi en su libro *Inteligencia artificial y medicina* presentan y explican con meridiana claridad los usos que la IA tiene en el campo médico en la actualidad y también ello ha sido analizado por el Centro de Inteligencia Artificial y Salud para América Latina y el Caribe (CLIAS) destacándose los siguientes:

a. Diagnóstico por imágenes

En el ámbito del diagnóstico por imágenes, la IA puede ser muy útil para mejorar la precisión y la velocidad del diagnóstico, especialmente en enfermedades como el cáncer y las enfermedades cardíacas ya facilita el análisis de grandes conjuntos de datos de imágenes médicas y permite ayudar en la identificación de enfermedades en una etapa temprana. Además, tiene el potencial para mejorar la experiencia del paciente a través de herramientas como los Verificadores de Síntomas (Symptoms Checkers, en inglés), que utilizan algoritmos de IA para ayudar a los pacientes a identificar sus síntomas y ofrecer recomendaciones de tratamiento (CLIAS, 2023: p.18).

b. Diagnóstico histopatológico

La IA también ha penetrado en la anatomía patológica, donde sus algoritmos detectan patrones microscópicos con altísima precisión. Puede clasificar subtipos tumorales, identificar biomarcadores genéticos y transformar datos visuales en vectores clínicos aplicables en decisiones terapéuticas. Por ejemplo, la IA permite diferenciar sarcomas no solo por tipo histológico, sino por grado tumoral, como fue demostrado

en estudios del Royal Marsden Hospital (Reino Unido). Además, su uso en dermatología ha sido validado por una revisión sistemática de 14.000 estudios, que demostró una precisión del 90% en detección de melanomas, superando a equipos humanos en ciertas métricas específicas (Cantón, Rossi, 2025: p.135).

c. Cirugía asistida por IA

En cirugía, la IA aporta desde la planificación preoperatoria hasta la ejecución y el seguimiento. Los sistemas actuales generan reconstrucciones anatómicas tridimensionales que permiten identificar tumores, vasos, nervios y simular resecciones complejas. Esto mejora la seguridad del procedimiento y la toma de decisiones quirúrgicas. Durante la intervención, los robots quirúrgicos inteligentes pueden destacar zonas de riesgo, sugerir trayectorias de resección y prevenir errores anatómicos. La IA, actuando como copiloto, reduce la incertidumbre y permite al cirujano enfocarse en la toma de decisiones críticas, además, los simuladores quirúrgicos con IA permiten a residentes practicar con retroalimentación personalizada, acelerando la curva de aprendizaje y estandarizando competencias. También se explora la cirugía semi-autónoma: por ejemplo, tareas repetitivas como suturar una anastomosis podrían ser delegadas a robots autónomos supervisados por el cirujano (Cantón, Rossi, 2025: p.140).

d. Oncología y tratamientos personalizados

La IA es clave en la oncología moderna. Permite interpretar imágenes, identificar biomarcadores moleculares, y cruzar datos clínicos con bases internacionales para proponer tratamientos a medida. Watson for Oncology, por ejemplo, ha mostrado concordancia diagnóstica y terapéutica superior al 90% frente a comités oncológicos de varios países. Además, la IA anticipa respuestas a la quimioterapia, estima tasas de recurrencia y sugiere ajustes terapéuticos personalizados. La combinación de genómica, datos clínicos e imágenes está permitiendo generar modelos holísticos que potencian la medicina de precisión. En cuanto al seguimiento, la IA permite detectar signos tempranos de recaída, evaluar la eficacia del tratamiento y alertar sobre toxicidades emergentes. Esto permite intervenciones proactivas que incrementan las tasas de remisión y reducen efectos adversos (Cantón, Rossi, 2025: p.149).

e. Medicina crítica y monitoreo intensivo

En terapia intensiva, la IA ha superado su rol meramente instrumental para convertirse en una capa cognitiva de soporte clínico. Los sistemas actuales pueden procesar miles de datos fisiológicos en tiempo real, detectar patrones de deterioro y anticipar complicaciones antes de que se manifiesten clínicamente. Además, la IA se conecta con ventiladores, bombas de infusión y monitores para ajustar parámetros de forma automática. Esto no solo reduce el margen de error humano, sino que mejora la estabilidad del paciente en situaciones críticas. En muchos casos, actúa como un copiloto clínico que sugiere, alerta o interviene ante eventos fisiopatológicos grave (Cantón, Rossi, 2025: p.169).

f. Monitorización remota y dispositivos portátiles

Otra aplicación creciente es la monitorización remota de pacientes crónicos mediante dispositivos inteligentes que registran datos como presión arterial, glucemia, frecuencia cardíaca o patrones de sueño. Estos datos se transmiten en tiempo real a centros de salud, donde algoritmos de IA pueden detectar desviaciones o riesgos de descompensación antes de que ocurran eventos agudos (Cerdá, Frías 2020: p-650-656).

Ahora bien, habiendo presentado los campos de utilización de la Inteligencia Artificial en la salud, no podemos dejar de mencionar el gran avance que implicó el chip elaborado por la empresa NeuroLink que detecta señales eléctricas generadas por los pensamientos motores y las convierte en comandos digitales que se transmiten de forma inalámbrica a dispositivos externos permitiendo interactuar nuevamente con el entorno digital que fue implantado a una persona con una discapacidad motriz y que le permite interactuar con distintos sistemas a través de la Inteligencia Artificial (Arbeláez, 2025: p.1).

IV. La Ley de Inteligencia Artificial Europea. Sus principales lineamientos.

En primer lugar, el Reglamento N° 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, también conocido como la Ley de Inteligencia Artificial, estableció un marco jurídico armonizado para el desarrollo, comercialización y uso de sistemas de inteligencia artificial (IA) en la Unión Europea, siendo su objetivo principal garantizar que la IA se utilice de manera segura y respetuosa con los derechos fundamentales, promoviendo al mismo tiempo la innovación y la competitividad mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, con la finalidad de promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, y, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es importante señalar que, esta normativa respondió a la necesidad de evitar la fragmentación normativa entre los Estados de la Comunidad Europea, estableciendo reglas comunes que aseguren un nivel elevado y coherente de protección jurídica, especialmente en lo relativo a la transparencia, la supervisión y la responsabilidad de los operadores de sistemas de IA.

Esta normativa adopta un enfoque basado en el riesgo, categorizando los sistemas de inteligencia artificial según el nivel de amenaza que puedan representar para los derechos y libertades fundamentales de las personas, prohibiéndose aquellos sistemas que manipulan el comportamiento humano, permiten la categorización biométrica sin base jurídica clara o la puntuación social por parte de autoridades públicas.

Por otro lado también, se regulan de manera estricta los sistemas de alto riesgo, que comprenden aplicaciones en sectores sensibles como la educación, la salud, el empleo, la migración, la seguridad pública y la administración de justicia. Para estos últimos, el reglamento impone obligaciones de registro, evaluación de conformidad, supervisión humana, trazabilidad y transparencia en su funcionamiento.

Las obligaciones determinadas por la norma europea alcanzan tanto a proveedores como a usuarios de sistemas de IA, quienes deben garantizar que dichos sistemas cumplan con los requisitos técnicos, éticos y jurídicos establecidos, exigiéndose la elaboración de documentación técnica detallada, la implementación de sistemas de gestión de riesgos, y la garantía de explicabilidad de los resultados obtenidos por los algoritmos. Además, se refuerzan los mecanismos de supervisión ex ante y ex post mediante autoridades competentes designadas en cada Estado miembro, bajo la coordinación de una nueva Oficina Europea de Inteligencia Artificial.

Asimismo, en la Ley se prevén sanciones proporcionales y disuasorias en caso de incumplimiento, con multas que pueden alcanzar hasta 35 millones de euros o el 7 % del volumen de negocios anual global de la empresa infractora, dependiendo de la gravedad de la infracción y el tipo de obligación vulnerada.

Es importante señalar que, en distintas partes de la Ley de Inteligencia Artificial Europea, se determina que las plataformas de IA deben contar con un sistema de control fidedigno de trazabilidad particularmente en lo que se refiere a cuestiones relacionadas a la opacidad y complejidad exigiendo la norma, transparencia antes de su introducción en el mercado o puesta de servicio de modo que permitan comprender como ese sistema funciona.

El Capítulo VII de la Ley de IA, la creación de un órgano comunitario que se encargará de la supervisión y aplicabilidad de la normativa en todo el ámbito de la Comunidad Europea, creándose una Oficina de IA dentro de la Comisión Europea, que será la autoridad central encargada de coordinar, controlar y garantizar que la ley se aplique de forma uniforme en todos los Estados miembros. Esta oficina pública, que se encuentra en funcionamiento, tiene un rol clave en varios frentes como identificar riesgos en los modelos de IA de propósito general, participar en investigaciones por posibles infracciones, administrar sanciones, y trabajar para fomentar la innovación y el desarrollo de una IA segura y confiable.

En su diseño, está compuesta por distintas unidades especializadas: una unidad de Regulación y Cumplimiento, otra de Seguridad de la IA, una dedicada a la Excelencia en IA y Robótica, otra para promover la IA con fines sociales, y una más orientada a la innovación y coordinación de políticas. Además, apoya la creación de espacios de prueba controlados, colabora con centros de innovación digital, impulsa proyectos y representa a la UE en el escenario internacional.

Independientemente de la existencia de esta Oficina, en el artículo 65, se crea el Consejo Europeo de Inteligencia Artificial, que resulta un organismo clave para coordinar la aplicación de la ley en toda la Unión. En ese sentido, cada Estado miembro debe designar un representante con un mandato de tres años, renovable una vez, que posea las competencias necesarias para contribuir activamente a las tareas del Consejo, como se detalla en el artículo 66. Estos representantes también actuarán como punto de contacto único ante el Consejo y facilitarán la coherencia y coordinación entre las autoridades nacionales competentes de su país. El Consejo será presidido por uno de los representantes de los Estados miembros y contará con el apoyo de la Oficina de IA, que se encargará de la secretaría, convocará las reuniones y preparará el orden del día conforme a las tareas del Consejo y su reglamento interno. Además, los representantes designados aprobarán el reglamento interno del Consejo por mayoría de dos tercios. Esta estructura busca asegurar una aplicación coherente y efectiva de la ley en toda la Unión Europea.

Finalmente, el artículo 70, establece que cada Estado miembro debe designar una o más autoridades nacionales que se encarguen de aplicar la ley a nivel local, y también un punto de contacto único para facilitar la comunicación con la Oficina y con otros países. En resumen, esta estructura busca que la regulación de la inteligencia artificial en Europa sea fuerte, coordinada y adaptada a los desafíos técnicos y éticos que plantea esta tecnología.

Al analizar la norma y como lo presentáramos en líneas anteriores, los sistemas de IA utilizados en medicina son calificados como de alto riesgo que implican que para su puesta en funcionamiento, deben contar con una rigurosa evaluación de conformidad antes de su puesta en marcha, un mecanismo de supervisión humana efectiva durante todo el ciclo de vida, trazabilidad, documentación, capacidad de explicación, la existencia de controles a través de auditorías, prohibiendo la norma sistemas que vulneren derechos fundamentales en su funcionamiento.

Esta normativa impulsada en el seno de la Comunidad Europea resulta un modelo normativo exhaustivo que puede ser utilizado como antecedente para la impulsión de normas en nuestro sistema argentino ya que imponen, entre otras regulaciones, la obligación de la transparencia algorítmica, la responsabilidad a los proveedores de IA, la creación de autoridades regulatorias en donde uno de los mayores desafíos y de mayor regulación debe ser el uso en el ámbito de la salud humana que marca una tendencia clara, pero no es el único camino, ya que para el diseño normativo se requiere actuar con prudencia y flexibilidad porque la IA plantea desafíos que requieren capacidad de adaptación constante, al tiempo que se respetan los contextos locales y los valores éticos y sociales de cada región (CLIAS, 2024, p. 7).

V. La Regulación normativa de la Inteligencia Artificial en nuestro país. Las normas que deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar un marco regulatorio de la IA en el campo de la salud.

Respecto a la evolución normativa de nuestro país respecto a la IA, no existe un cuerpo normativo que la regula de manera exhaustiva tal como se ha realizado en el ámbito de la Unión Europea.

Empero, existen aproximadamente 35 proyectos de ley que fueron presentados en el ámbito del Congreso de la Nación que buscan regular el desarrollo y uso de la inteligencia artificial, abordando diferentes aspectos, como la protección de datos personales, la transparencia en los sistemas de IA y la prevención de riesgos asociados con su uso, pero ninguno ha adquirido estado parlamentario (Congreso de la Nación 2025: p 10).

En este sentido, el diseño normativo relacionado a la Inteligencia Artificial aplicado al campo de la salud, en sus institutos generales, debe ser riguroso ya que los riesgos en este campo son elevados y deben materializarse en una ley que refleje los consensos de las distintas fuerzas partidarias en el ámbito del Congreso de la Nación. No obstante, ello, debe dejarse un amplio campo de acción al Poder Ejecutivo Nacional para que a través de la reglamentación mediante la impulsión de los respectivos Decretos se garantice una amplia versatilidad en la materia para mantenerse al ritmo de los vertiginosos avances tecnológicos, evitando que las regulaciones queden desactualizadas o se tornen demasiado limitantes.

Ahora bien como antecedentes normativos relacionados se destaca, relacionado al campo de la medicina, la Estrategia Nacional de Salud Digital 2018-2024 que si bien no menciona directamente a la IA en sus postulados buscó integrar sistemas de información en salud para mejorar la atención al paciente y la eficiencia del sistema sanitario argentino a través de la interoperabilidad y el uso de tecnologías digitales, destacando que la información constituye la piedra fundamental del funcionamiento del sistema de salud para el diseño de estrategias sanitarias eficientes requiriendo un conocimiento preciso de

las necesidades de la población y de los recursos del sistema de salud.. La estrategia se fundamentó en cuatro principios rectores: disminuir brechas entre jurisdicciones y subsistemas, fortalecer la autonomía de cada entidad en la adopción de sistemas, integrar la información de los pacientes, e integrar los diferentes subsistemas de salud (público, obras sociales y privado) en un único sistema nacional (Ministerio de Salud, 2018: p.1).

La Ley N° 27.506, constituye la única norma impulsada en el Congreso de la Nación que en el marco del Régimen de Promoción de la Economía del Conocimiento reconoció a la inteligencia artificial como una actividad estratégica para el desarrollo económico nacional.

Así las cosas, en el año 2019 se impulsó el Plan Nacional de Inteligencia Artificial que definió líneas prioritarias para su implementación estableciendo las siguientes: formación de talento humano; impulso al desarrollo científico-tecnológico; aplicación de la IA en sectores sociales clave; construcción de un marco ético; y proyección internacional del país como actor en la gobernanza global de la tecnología. La estrategia se enmarca en los principios de explicabilidad algorítmica, control humano significativo, transparencia, equidad y sostenibilidad (Plan Nacional de Inteligencia Artificial, 2019: p. 1).

En el año 2023, se impulsaron distintas regulaciones respecto a la materia, así mediante la Disposición N° 2/2023 de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros se aprobaron las Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable que se destaca por brindar un marco para la adopción tecnológica de la inteligencia artificial centrada en el ciudadano y sus derechos, concibiendo su aspecto social y estratégico, asegurando un óptimo funcionamiento de la prestación de servicios y un enfoque ético buscando ofrecer también herramientas teóricas y prácticas a quienes formen parte del sector público, ya sea liderando proyectos de innovación, desarrollando tecnologías, adoptando tecnologías desarrolladas por otros equipos técnicos/proveedores, formulando las especificaciones técnicas para esas adquisiciones.

La Agencia de Acceso a la Información Pública mediante el dictado de la Resolución N° 161/2023, creó el Programa de transparencia y protección de datos personales en el uso de la Inteligencia Artificial con la finalidad de impulsar procesos de análisis, regulación y fortalecimiento de capacidades estatales necesarias para acompañar el desarrollo y uso de la Inteligencia Artificial (IA), tanto en el sector público como en el ámbito privado, pero no incluye un marco robusto sino que se constituyó en un mapeo de la situación del uso e implementación de la IA.

La Jefatura de Gabinete de Ministerios mediante el dictado de la Decisión Administrativa N° 750/2023, se impulsó una Mesa Interministerial de IA como ámbito transversal para abordar el avance y aplicación de la inteligencia artificial en diversos sectores de la economía y de la sociedad, conforme a un marco ético, de desarrollo sostenible, transformación digital, y con la finalidad de diseñar una estrategia integral que sea aplicada por el PEN. Esta Mesa fue modificada por imperio de la Decisión Administrativa N° 899/24 por la que se estableció como organismo rector a la Secretaría de Innovación, Ciencia y Tecnología, estableciéndose que se encuentra integrada por las siguientes jurisdicciones: la Jefatura de Gabinete, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Economía, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Capital Humano, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Desregulación y Transformación del Estado, y la Secretaría de Asuntos Estratégicos y

la Secretaría de Innovación, Ciencia y Tecnología.

Como desarrollo institucional complementario, entre los meses de septiembre y diciembre del año pasado se convocaron Mesas de Trabajo Público-Privadas que reunieron a empresas tecnológicas, organizaciones civiles y académicos para consensuar principios orientadores de la futura regulación de IA.

En síntesis, nuestro país se encuentra en una etapa donde los avances normativos han sido sumamente escasos, no obstante, pensamos que estos espacios de diálogo resultarán útiles para el diseño de soluciones normativas aplicadas al campo de la regulación de la Inteligencia Artificial.

Particularmente en este proceso de diseño e implementación particularmente de la norma que regula la IA y la salud debe sustentarse en distintos pilares entre los que se encuentran: la adopción de Principios éticos, Definiciones Claras y Precisas para evitar ambigüedades que lleven a interpretaciones erróneas, Prevención del sesgo de datos, Supervisión Humana, Claridad en la asignación de roles y responsabilidades del Uso, Certificación y cumplimiento de estándares y Mecanismos ágiles para la actualización de regulaciones (CLIAS, 2024: p.8-11).

También debe tenerse en cuenta, que, respecto al derecho a la salud, reconocido de forma amplísima, que se encuentra consagrado en nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al artículo 75 Inc. 22, la República Argentina se encuentra obligada a no afectar ni a la autonomía de las personas y las innovaciones tecnológicas no agraven inequidades en la sociedad.

El punto de partida también debe incluir el análisis de distintas leyes que en la actualidad guardan ínfima con el derecho a la salud como ser la protección de datos personales los derechos del paciente, el consentimiento informado y el uso de la receta electrónica.

En primer lugar La Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, regulatoria del Habeas Data reconocido en el artículo 43 de nuestra Carta Magna, esta norma resulta la piedra angular para regular el uso de la IA en salud de nuestro país por tener como objeto la protección integral de los datos personales de las personas, definiendo como datos sensibles a aquellos relacionados con la salud física o mental de las personas, determinando que el tratamiento de los datos personales requieren consentimiento libre, expreso e informado del titular. En el eventual uso de la IA en la salud, el consentimiento del paciente, adquiere vital importancia ya que pensamos que sin un acto voluntario no pueden ser utilizados para nutrir algoritmos o modelos predictivos sin una regulación de estos sistemas.

Otra norma muy relacionada con la salud es la Ley N° 26.529, modificada parcialmente por la Ley N° 26.742 que establece los derechos del paciente determinando como esenciales la asistencia sanitaria, la confidencialidad, la intimidad, el respeto de la voluntad y el acceso a la información sanitaria obligando en su artículo 5 a recabar el consentimiento expreso para cualquier intervención sanitaria y exigiendo que la información brindada sea adecuada.

Por otro lado, la Ley N° 27.553 de Recetas Electrónicas y Plataformas de Tele asistencia impulsada en el año 2020 reconoce validez de las recetas digitales y habilita la prestación

médica a distancia, autorizando el uso de plataformas de tele asistencia siempre que se respeten los derechos del paciente.

Finalmente, es necesario tener en cuenta y analizarse las prescripciones del Código Civil y Comercial de la Nación respecto al régimen de responsabilidad ante los eventuales daños a la salud que se pudieran ocasionar por la utilización de sistemas de inteligencia artificial, y si hoy, el sistema de responsabilidad objetiva según lo normado por los artículos 1722, 1757 y 1758 del C. CyC, resulta suficiente. En este punto, se observa que los avances doctrinarios son escasos en la materia, será un desafío determinar también como puede establecerse un sistema de responsabilidad solidaria entre el médico, el hospital o centro médico donde se utilizó el sistema de IA y el desarrollador del sistema.

VI. Conclusiones.

La regulación de la Inteligencia Artificial en la República Argentina es prácticamente inexistente, los antecedentes regulatorios que se impulsaron dan cuenta de un proceso ineficaz donde no se ha llegado a ningún puerto que implique contar con un sistema normativo adecuado.

Resulta necesario concientizarse sobre la necesidad de promover un marco jurídico integral, robusto, exhaustivo que regule la IA principalmente en el campo de la salud, así la regulación establecida por la Unión Europea debe ser el faro en el diseño normativo porque constituye un cuerpo normativo que determinó que los sistemas de inteligencia artificial aplicados a la salud resultan de alto riesgo por lo que resulta necesario determinar una regulación exhaustiva en cuanto a estándares referidos al consentimiento informado en cuanto se utilicen algoritmos, creándose un registro a nivel nacional de sistemas de IA aplicados a la salud, determinándose auditorias periódicas de estos, definiendo un marco ético en el uso un sistema sancionatorio riguroso ante incumplimientos por parte de los operadores de estos sistemas de Inteligencia Artificial aplicados a la Salud.

La inteligencia artificial avanza en el ámbito de la salud con la velocidad de un monoplaza de Fórmula 1, incorporándose a procesos diagnósticos, terapéuticos y de gestión clínica con una rapidez sin precedentes. Sin embargo, en el contexto argentino, este despliegue tecnológico se produce en un escenario de marcada insuficiencia normativa, sin un marco jurídico específico que regule su implementación, valide sus resultados o garantice los derechos de los pacientes. Esta disociación entre el ritmo del avance tecnológico y la respuesta regulatoria del Estado plantea una necesidad impostergable: diseñar un sistema normativo integral que, desde una perspectiva bioética y de derechos, permita canalizar los beneficios de la inteligencia artificial en salud, reduciendo sus riesgos y asegurando su uso responsable y equitativo.

Referencias bibliográficas

Doctrina.

- Arbeláez, J. (2025). El primer humano con un chip cerebral de Neuralink, la empresa de Elon Musk: así cambió su vida.

- Disponible en: <https://www.infobae.com/tecno/2025/03/26/el-primer-humano-con-un-chip-cerebral-de-neuralink-la-empresa-de-elon-musk-asi-cambio-su-vida/>
- Cerdá Alberich, L., Frías López, J. A.; Pardo García, R. (2020). La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina I: introducción, antecedentes a la IA y robótica. Atención Primaria- Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-la-inteligencia-artificial-sus-aplicaciones-S0212656720301451>
 - CLIAS. (2023). El impacto de la inteligencia artificial en la atención de la salud. Perspectivas y enfoques para América Latina y el Caribe. Documento Técnico 1. Disponible en: <https://clias.iecs.org.ar/publicaciones/impacto-ia-salud-america-latina-caribe/>
 - CLIAS. (2024). Ecosistema regulatorio para la inteligencia artificial en el sector salud. Documento Técnico 7. Disponible en: <https://clias.iecs.org.ar/publicaciones/ecosistema-regulatorio-inteligencia-artificial-sector-salud/>
 - Congreso de la Nación Argentino (2025). Dossier Legislativo-Inteligencia Artificial. Disponible en: <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/Dossier-312-legis-nacional-inteligencia-artificial-abr-2025.pdf>
 - Danesi, C. (2021). Influencia algorítmica e inmutabilidad de los Smart contacts: ¿cómo impactan estas tecnologías en la asimetría contractual? Disponible en: <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/04/54.-Cecilia-CelesteDanesi-1270-1287.pdf>
 - Díaz Cantón, E, Rossi, M., Fernández Sande, J. (2025). Inteligencia artificial y medicina: Transformando el cuidado de la salud con innovación (1.ª ed.). Academia Nacional de Medicina. Disponible en: <https://anm.edu.ar/wp-content/uploads/2025/02/Libro-IA-Avanzada.pdf>
 - García, V. (2023). La Revolución de la Inteligencia Artificial. Disponible en: <https://revistabyte.es/tendencias-tic/inteligencia-artificial-10/>
 - Maguregui, C. (2023). Inteligencia artificial: de la ciencia ficción a la realidad. Disponible en: <https://www.educ.ar/recursos/159014/inteligencia-artificial-de-la-ciencia-ficcion-a-la-realidad>
 - UNESCO. (2021). Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137>.
 - Romero, L. (2023). Cerca del 80 por ciento de las personas utiliza IA sin darse cuenta. Disponible en : <https://www.gaceta.unam.mx/cerca-del-80-por-ciento-de-las-personas-utiliza-ia-sin-darsecuenta/#:~:text=Seg%C3%BAAn%20estudios%2C%20cerca%20del,parte%20est%C3%A1%20consciente%20de%20ello>.
 - Salinas Islas, D. (2024). Cómo funciona la IA: todo lo que necesitas saber. n Disponible en: <https://es.wix.com/blog/como-funciona-la-ia#viewer-wwunq35080>. p.3

Legislación.

- Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de junio de 2024. (2024). Disponible en : <https://artificialintelligenceact.eu/article/113/>
- Ley N° 25.326. Protección de Datos Personales. B.O. 4 de octubre de 2000. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-6499/9/64790/texact.htm>
- Ley N° 26.529. Derechos del Paciente B.O. 21 de octubre de 2009 Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.h>
- Ley N° 27.506. B.O. 22 de mayo de 2019. (2019) Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27506-324101/ac-tualizacion>
- Decisión Administrativa N° 899/24. B.O 20 de septiembre de 2024. (2024) Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/314465/20240924>
- Presidencia de la Nación. (2019). Plan Nacional de Inteligencia Artificial Disponible en: <https://oecd-opsi.org/wp-content/uploads/2021/02/Argentina-National-AI-Strategy.pdf>
- Ministerio de Salud y Desarrollo Social. B.O 30 de octubre de 2018. (2018). Estrategia Nacional de Salud Digital 2018-2024 Resolución N° 189/2018 RESOL-2018-189-APN-SGS#MSYDS.

Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/315832/norma.htm>

• Subsecretaría de Tecnologías de la Información de la Jefatura de Gabinete de Ministros (2023). B.O 01 de Junio de 2023. Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable- Disposición N° 02/23 DI-2023-2-APN-SSTI#JGM. Disponible en:

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/287679/20230602>

• Agencia de Acceso a la Información Pública. (2023). B.O 04 de septiembre de 2023. Resolución 161/2023. Disponible en:

<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-16-1-2023-389231/texto>

A judicialização do home care e os limites da justiça gratuita: reflexões a partir da experiência médica pericial e dos recentes escândalos de fraude no Rio Grande do Sul

The judicialization of home care and the limits of free justice: reflections from the medical expert's experience and the recent fraud scandals in Rio Grande do Sul

Luana Carolina Bonfada¹; Maurice Rodrigues Uebel²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)10](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)10)

Fecha de envío: 30.05.2025

Fecha de aceptación: 11.07.2025

RESUMO:

O direito à saúde é constitucional e internacionalmente reconhecido, seja de forma pública ou privada, todo cidadão merece ter tal direito fundamental assegurado. O tratamento em home care há muito vem sendo concedido com base, principalmente, na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Recentemente no estado do Rio Grande do Sul o Ministério Público desencadeou operações para dismantlar esquemas fraudulentos envolvendo a concessão de tais tratamentos, apontando prejuízos financeiros exorbitantes aos cofres públicos. Com isso, a presente escrita faz análise deste trabalho desenvolvido pelo Parquet mas, sobretudo, da imprescindibilidade da perícia médica minuciosa para a concessão dos referidos pleitos. A partir deste trabalho indispensável a ser realizado pelo perito médico, se esclarece como a justiça gratuita, nos termos propostos atualmente, não tem capacidade financeira para suprir tais custos a longo prazo.

RESUMEN:

El derecho a la salud es constitucional y está reconocido internacionalmente. Ya sea pública o privada, todo ciudadano merece tener garantizado este derecho fundamental. Desde hace tiempo, la atención domiciliar se ha otorgado principalmente con base en la

1 Advogada. Mestra em Desenvolvimento com ênfase em Políticas Públicas. Especialista em Direito Público. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Gestão e Políticas Públicas, Desenvolvimento, Comunicação e Cidadania-GPDeC. lbonfada@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-1195-6177>.

2 Médico pela Universidade Federal de Santa Maria/RS (UFSM). Perito Judicial. Pós graduado em Perícia Médica. mauriceuebel92@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0008-4360-6738>

jurisprudencia de los Tribunales Superiores. Recientemente, en el estado de Rio Grande do Sul, el Ministerio Público inició operaciones para dismantlar esquemas fraudulentos que implicaban la prestación de dichos tratamientos, lo que puso de manifiesto cuantiosas pérdidas económicas para el erario público. Por lo tanto, este trabajo analiza la labor del Ministerio Público, pero sobre todo, la importancia de un examen médico exhaustivo para la concesión de estas solicitudes. Con base en esta indispensable labor del médico forense, se pone de manifiesto cómo la asistencia jurídica gratuita, tal como se propone actualmente, carece de la capacidad financiera para cubrir dichos costos a largo plazo.

ABSTRACT

The right to health is constitutional and internationally recognized. Whether it is public or private, every citizen deserves to have this fundamental right guaranteed. Home care treatment has long been granted primarily based on the case law of the Superior Courts. Recently, in the state of Rio Grande do Sul, the Public Prosecutor's Office launched operations to dismantle fraudulent schemes involving the provision of such treatments, highlighting exorbitant financial losses to the public coffers. Therefore, this paper analyzes the work performed by the Public Prosecutor's Office but, besides this, the essential nature of a thorough medical examination for granting these claims. Based on this indispensable work performed by the medical examiner, it becomes clear how free legal aid, as currently proposed, lacks the financial capacity to cover such costs in the long term.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Home care; Perícia médica; Fraudes; Rio Grande do Sul.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; Asistencia domiciliaria; Pericia médica; Fraude; Rio Grande do Sul.

KEY WORDS: Right to health; Home care; Medical expertise; Fraud; Rio Grande do Sul

I. Introdução

É cediço que o direito à saúde é internacionalmente assegurado a todos. Na Constituição Federal brasileira de 1988 a saúde se encontra como um direito social inerente a todos os cidadãos. Se trata, portanto, de uma condição intrínseca a todos seres humanos e que deve ser ofertada com segurança, qualidade e prioridade, justamente para que a qualidade de vida da população seja efetivada. Ousa-se afirmar, inclusive, que a saúde é o cerne de qualquer outro direito fundamental, uma vez que sem ela as pessoas sequer conseguirão buscar e primar pelos outros direitos constitucionalmente previstos.

Considerando, portanto, que a saúde deve ser a prioridade de qualquer estado, seja a ser concedida de forma pública ou privada, tem-se, no Brasil, que para além das legislações que preveem que tal direito deve ser assegurado na sua plenitude, a jurisprudência tem se encarregado de normatizar tais aspectos. Nesse viés, os entendimentos dos Tribunais Superiores têm tomado cena no aspecto legislativo, inclusive para fins de suprir o que a legislação ainda não é capaz de prever ou o faz de forma totalmente impalpável.

No que tange especificamente ao direito à saúde, especificamente ao tratamento domiciliar, verifica-se que tais entendimentos agregam a legislação positivamente. Isso se dá especialmente diante do fato de que as necessidades da população avançam de manei-

ra frenética e deliberada, de modo que se torna impossível a consonância, na mesma celeridade, entre demandas e previsibilidades tão somente legais. E, nesse viés, é o que ocorre com o home care, tratamento que vem sendo significativamente pleiteado pela população, singularmente através de processos judiciais.

Considerando que o tratamento domiciliar é, sucintamente, o fornecimento de todo o aparato, seja pessoal ou instrumental, que o paciente necessita para o tratamento ser realizado, mas em sua residência, é presumido o alto custo que tal modalidade demanda. No mesmo aspecto, tem-se que inúmeras pessoas que buscam o referido tratamento através de demandas judiciais são desprovidas de condições financeiras capazes de suportar sequer o ajuizamento e a tramitação do processo judicial, de modo que, assim sendo, quem suportará o processo e também o tratamento, é o estado.

Tendo em vista, então, a tamanha responsabilidade que recai sobre este, bem como o alto custo que tais tratamentos demandam, questiona-se: a justiça gratuita possui capacidade financeira de sustentar o direito à saúde a todos cidadãos, de forma equânime, a longo prazo? Qual o valor probatório da perícia médica para a concessão de tais pleitos, especialmente em sede liminar?

É exatamente o que o presente estudo visa: em um primeiro tópico evidenciar os conceitos, a legislação e a jurisprudência que norteiam o direito à saúde e o tratamento domiciliar na atualidade brasileira e, posteriormente demonstrar a imprescindibilidade da perícia médica minuciosa a ser realizada previamente à concessão de tais pedidos. Por fim, se traz a conclusão do estudo revelando que a justiça gratuita, acaso não conte com exame técnico específico a ser realizado por profissional médico, pode onerar sobremaneira o estado, de modo que se torne insustentável assegurar o direito fundamental da saúde a todos, inclusive às futuras gerações.

Com base em dados recentemente trazidos por notícias publicadas pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul a partir de operações concretizadas e iniciadas em diversas regiões do estado no ano de 2024 a respeito dos significativos prejuízos causados aos cofres públicos diante de concessões de tratamento home care a pessoas físicas e empresas que prestavam contas fraudulentas ao estado, parte-se da hipótese de que para além dos prejuízos ao erário público quem, sobremaneira se afeta, é toda a população. Em consonância, parte-se da premissa de que a perícia médica detalhada de acordo com a literatura, a ser realizada por profissional idóneo é a prova técnica substancial a se prevenir novos rombos nos cofres públicos e a garantir o tratamento em home care àqueles realmente necessitados.

II. O direito à saúde e o home care: conceitos, legislação e jurisprudência

Previamente à redação do direito à saúde no âmbito jurídico brasileiro, indaga-se: o que é saúde? Nem as constituições anteriores, tampouco a atual trazem o conceito exato de saúde. Já o preâmbulo do documento de constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS, 1948) preconiza que é *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de afecções e enfermidades”*, concepção que, segundo Lauro Ribeiro (2019), se aproxima do sentido original da palavra “saúde”, do latim salute, que significa salvação, conservação da vida, cura, bem-estar.

Na Constituição Federal brasileira o direito à saúde se encontra no título referente à ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. Assim sendo, no

seu artigo 6º estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Em seguida, o artigo 196 elenca que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não bastasse, o artigo 197 também da Carta Magna prevê que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Com base nestes dispositivos o que se percebe é que a saúde deixa de ter um conceito restritivo, passando a englobar, inclusive, a obrigatoriedade de sua oferta por todos os entes federativos e, da mesma forma, possibilitando que pessoas jurídicas privadas desempenhem tal função.

Nesse sentido preconiza Elisângela Santos de Moura (2013: 01):

A proteção constitucional à saúde seguiu a trilha do Direito Internacional, abrangendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, impondo ao Estado o dever de tornar possível e acessível à população o tratamento que garanta senão a cura da doença, ao menos, uma melhor qualidade de vida. O conceito de saúde evoluiu, hoje não mais é considerada como ausência de doença, mas como o completo bem-estar físico, mental e social do homem. Contudo, o debate sobre o direito à saúde ainda segue no sentido do combate às enfermidades e consequentemente ao acesso aos medicamentos.

Em um estudo mais direcionado Fernando Mussa Abujamra Aith (2015) ao considerar que o direito à saúde demanda de democracia sanitária, também indica que é preciso a participação dos cidadãos na definição dos contornos do direito à saúde e das garantias concretas que serão oferecidas a este direito. Enfatizando, diz que a democracia sanitária, por sua vez, pressupõe que o Estado, para dar conta de seu dever constitucional de proteção do direito à saúde, crie, incentive e desenvolva um ambiente de ampla participação democrática da sociedade na tomada de decisões estatais em saúde.

Da mesma forma Aith (2015: 86) aponta que a complexidade de efetivação do direito à saúde decorre de múltiplos fatores, sendo um dos principais deles o fato de que o próprio conceito de saúde é amplo e sujeito a interpretações diversas:

A imprecisão conceitual sobre o que é a saúde produz efeitos jurídicos importantes. Afinal, quais exatamente são os deveres do Estado no que se refere à proteção do direito à saúde? Considerando-se que os serviços de saúde consomem quantias consideráveis do orçamento público estatal, e também que os conhecimentos científicos sobre saúde individual e coletiva podem ser bastante controversos, a decisão estatal sobre quais serviços e produtos serão oferecidos à população brasileira por meio do SUS é extremamente estratégica, já que define os contornos reais do direito à saúde no país.

Em síntese, para o referido autor os contornos do significado da expressão direito à saúde em nosso país dependem concretamente de decisões estatais estratégicas, tomadas por agentes públicos que ocupam cargos nos três poderes do Estado. Em linhas gerais, ao Poder Legislativo compete produzir leis que orientem e organizem o sistema de saúde brasileiro, público e privado; ao Poder Executivo compete executar as referidas leis e colocar em prática políticas econômicas e sociais que respondam às necessidades de saúde no Brasil de acordo com os princípios constitucionais; e ao Poder Judiciário compete julgar, em última instância, os conflitos que tenham como base a defesa do direito à saúde.

Ocorre que, como em momento seguinte se trará, atualmente, no Brasil, o Poder Judiciário faz além do que julgar, em última instância, lides envolvendo a defesa do direito à saúde. Enquanto a legislação ordinária não supre todas as regulamentações necessárias, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, com apreço ou não, vem norteadando significativamente os deslindes das demandas judiciais de saúde.

Sob outro viés, Mapelli Jr. (2013: 457) refere que “No preâmbulo da Constituição da OMS, cujos dizeres indicam que estamos diante de um direito fundamental que deve ser implementado da forma mais ampla possível pelos Estados mediante a adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas, firmou-se o consagrado conceito internacional de saúde”. Considerando este conceito, o que se percebe é que a saúde está condicionada ao agir positivo do Estado e, no caso brasileiro, seja de forma pública ou privada, desde que seja eficaz e satisfaça as precisões de toda a população. Verifica-se, assim, que a eficiência de políticas públicas é primordial para que a saúde de todos ocorra na prática.

Lauro Ribeiro (2019) afirma, nesse viés, que a ideia de saúde não está restrita à mera cura ou tratamento de doenças, mas que ao seu conceito interagem outros elementos independentes, como a alimentação, o meio ambiente, o saneamento básico, o transporte, o lazer (art. 3º da Lei 8.080/1990- Lei Orgânica da Saúde- LOS) e deve se desenvolver por meio de políticas públicas voltadas ao cuidado primário da população, conforme preconiza a Declaração de Alma-Ata (1978), formulada por ocasião da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reunida naquela localidade, na República do Cazaquistão (ex-República Socialista Soviética).

O que se percebe, portanto, é que o conceito de saúde e, propriamente, o direito à saúde sob uma perspectiva de democracia sanitária envolve uma série de direitos fundamentais e sociais do ser humano que, em conjunto, significam nada mais, nada menos, que o agir positivo e pleno do estado, nas suas diversas formas, mas em atenção, sobretudo, à participação cidadã. Em que pese ser cediço tais fatores, o que se verifica é que, com base, por exemplo, na extrema burocratização na prestação destes serviços que ocorre ainda em vias administrativas e no alto custo dos medicamentos e tratamentos demandados, consequentemente se dá o inchaço do Poder Judiciário, que dentre outras naturezas processuais, é assolado com a massificação de ações que visam a concessão de direitos sociais básicos, tais como a saúde.

Corroborar tal fator o estudo realizado por Aith (2015), quando naquele ano, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) haviam 392 mil ações judiciais de saúde no país³. Em recente publicação realizada pelo mesmo conselho, datada de 12 de maio

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

do presente ano, tem-se que estão pendentes de julgamento no Brasil mais de 860 mil processos sobre saúde, além de que, só em 2023 foram ajuizadas 640 mil novas ações⁴. Isso significa que cerca de dez anos após os primeiros dados, os números de ações envolvendo saúde no país superam o índice de duplicação.

E é também diante disso que o conceito de direito à saúde retroage a ser sinônimo de, apenas, condição de sobrevivência em muitos casos. Conforme preconiza Ribeiro (2019) a concepção de saúde prevista na OMS e também na Constituição Federal brasileira de 1988 traz o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e também o equilíbrio do ser humano com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) e guarda relação com o fato de que o indivíduo é um ser social, um ser gregário por excelência.

Ainda,

(...) como já definia Aristóteles, vive na "pólis" e como tal deve haver uma preocupação com sua "saúde social", que se traduz na alegria de viver, em seu bem-estar físico, mental, econômico, relacionado ao meio em que vive, à sua família. É dizer: este "mínimo existencial" não pode ser confundido ou reduzido a um "mínimo vital", responsável apenas pela sobrevivência do indivíduo; ao contrário, deve ser capaz de garantir uma vida saudável, uma vida que valha a pena ser vivida. (Ribeiro, 2019: 763)

Consequência disso, é que o estado desempenha a função de protagonista na concretização dos direitos humanos, aqui referente à saúde. Independentemente de como se dará a atuação positiva do ente estatal, o que se nota é que tanto as políticas públicas de atenção básica à saúde, quanto à possibilidade de privatização de tais serviços deve se dar de forma proba e em atenção à primazia do princípio da supremacia do interesse público.

Nesse sentido, utilizando-se de Ingo Sarlet (2002), afirma ele que é o Legislador federal, estadual e municipal, a depender da competência legislativa prevista na própria Constituição, quem irá concretizar o direito à saúde, devendo o Poder Judiciário, quando acionado, interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem. Com a indefinição do que seria o objeto do direito à saúde, o legislador foi incumbido do dever de elaborar normas em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Complementa Moura (2013), neste viés, que a aplicação da norma constitucional depende intrinsecamente de procedimentos a serem executados pelo Estado, bem como criação de estruturas organizacionais para o cumprimento do escopo constitucional de promover, preservar e recuperar a saúde e a própria vida humana. Há, portanto, um claro dever do Estado de criar e fomentar a criação de órgãos aptos a atuarem na tutela dos direitos e procedimentos adequados à proteção e promoção dos direitos.

Tendo por referência, portanto, a imprescindível atuação do Estado no que tange à promoção de práticas que efetivem o acesso à saúde, da mesma forma se verifica com a demanda para legalizar pleitos que surgem na medida das novas necessidades da sociedade. Pontua Robert Alexy (2019), nessa acepção, que "as normas de organização e

4 Conselho Nacional de Justiça: <https://www.cnj.jus.br/link-cnj-celebra-15-anos-do-fonajus-e-debate-sobre-judicializacao-da-saude/>. Acesso em 07 de julho 2025.

procedimento devem ser criadas de forma que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme os direitos fundamentais.” Do mesmo modo, orienta Ingo Sarlet (2002): “Se os direitos fundamentais são, sempre e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais.”

Ou seja, verifica-se que o tratamento domiciliar no Brasil surgiu a partir de construções jurisprudenciais e que foram necessárias a partir das novas carências da população. Tal direito se põe à sociedade como uma nova prática de efetivação do direito à saúde, mas que deve ser amplamente norteador por prova técnica, a fim de que o estado consiga suprir as necessidades reais que batem à sua porta.

Segundo o Senado Federal brasileiro, o programa de atenção domiciliar é o conjunto de atividades desenvolvidas na casa do paciente em função da complexidade assistencial e avaliação socioambiental realizado por equipe multiprofissional de saúde. São ações de saúde, tratamento de doenças e reabilitação desenvolvidas fora do ambiente hospitalar e adequadas às necessidades do beneficiário. O programa de atenção domiciliar pode ocorrer em quatro modalidades: cuidador, assistência de enfermagem sem internação domiciliar, oxigenoterapia e internação domiciliar (home care).

Ainda, de acordo com as normas administrativas do Senado Federal, a Instrução Normativa do Conselho de Supervisão do SIS (Sistema Integrado de Saúde) n.º 16 de 2021⁵, no seu artigo 1º, parágrafo 2º prevê que o Programa de Atenção Domiciliar poderá englobar assistência multidisciplinar, a saber: fisioterapia, nutrição, enfermagem, fonoaudiologia, terapia ocupacional, psicologia e outras assistências profissionais de saúde, cujas necessidades serão avaliadas e definidas pela perícia do SIS. Em complemento, o artigo 12 da mesma instrução prevê que considera-se elegível para internação domiciliar (home care) o portador de enfermidade clínica ativa, hemodinamicamente estável, de alta ou média complexidade, que demande atenção médica ou multidisciplinar continuada, e cuja permanência em internação hospitalar não seja necessária ou recomendada.

O parágrafo único do mesmo artigo complementa que a internação domiciliar (home care) dependerá de prévia autorização do SIS, devendo ser satisfeitos os critérios de elegibilidade descritos no anexo I. Cabe à perícia decidir sobre o pedido, definindo os procedimentos, materiais, serviços, equipamentos e medicamentos autorizados de forma a melhor atender as necessidades do beneficiário.

Partindo de tal conceito e sendo de conhecimento que o acesso ao direito à saúde no Brasil e, neste caso, mais especificamente no Rio Grande do Sul, ainda caminha a passos ínfimos de se atingir a plenitude e a paridade, tem-se que as pessoas encontram no Poder Judiciário a possibilidade de ver tais direitos efetivados. Diante disso, o número de ações judiciais que visam a concessão de tratamentos médicos e medicamentosos é infundável. Nota-se assim, que para além de os entendimentos dos Tribunais Superiores complementarem e suprirem a legislação, o judiciário é ídolo da população que deman-

5 <https://adm.senado.leg.br/normas/ui/pub/normaConsultada?0&idNorma=14378884>. Acesso em 07 de julho de 2025.

da, na maioria dos casos, de maneira urgente, de tratamentos de saúde.

De forma diversa não ocorre com a precisão de tratamentos domiciliares, de maneira que a jurisprudência vem prevendo, de forma cada vez mais minuciosa, as diretrizes para nortear tais ações. Em que pese ser de conhecimento a existência de instruções normativas regulamentando a matéria, verifica-se que os entendimentos dos tribunais superiores ainda servem de significativo respaldo para fundamentar tais pleitos. Nesse sentido, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, decidiu que é vedado ao plano de saúde reduzir o atendimento hospitalar em domicílio, conhecido como home care, sem indicação médica. Para o colegiado, a repentina e significativa redução da assistência à saúde durante tratamento de doença grave e contrariando a indicação médica viola os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚM. 282/STF. REDUÇÃO DO TEMPO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE EM REGIME DE HOME CARE CONTRARIANDO INDICAÇÃO DO MÉDICO ASSISTENTE. BENEFICIÁRIA EM TRATAMENTO DE DOENÇA GRAVE. INTERNAÇÃO DOMICILIAR COMO ALTERNATIVA À INTERNAÇÃO HOSPITALAR. CONDUITA DA OPERADORA QUE CARACTERIZA NEGATIVA INDEVIDA DE COBERTURA. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. Ação de obrigação de fazer c/c compensação por dano moral ajuizada em 15/04/2016, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2021 e concluso ao gabinete em 26/09/2023. 2. O propósito recursal é decidir sobre a nulidade do acórdão recorrido, por inobservância da regra do art. 942 do CPC/2015, e sobre a possibilidade de a operadora reduzir o regime de home care em que se encontra a beneficiária, de 24h para 12h por dia. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial (súmula 282/STF). 4. É abusiva a cláusula contratual que veda a internação domiciliar (home care) como alternativa à internação hospitalar, por não configurar procedimento, evento ou medicamento diverso daqueles já previstos pela agência. Precedentes. 5. Ainda que não tenha havido a suspensão total do atendimento pelo regime de home care, a arbitrária, abrupta e significativa redução da assistência à saúde até então recebida pela beneficiária, no curso do tratamento de doença grave e contrariando a indicação do médico assistente, é conduta que também deve ser considerada manifestamente abusiva, por violação dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana. 6. “A prestação deficiente do serviço de home care ou a sua interrupção sem prévia aprovação ou recomendação médica, ou, ainda, sem a disponibilização da reinternação em hospital, gera dano moral, visto que submete o usuário em condições precárias de saúde à situação de grande aflição psicológica e tormento interior, que ultrapassa o mero dissabor, sendo inidônea a alegação de mera liberalidade em seu fornecimento” (REsp 1.537.301/RJ, Terceira Turma, julgado em 18/8/2015, DJe de 23/10/2015). 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. Brasília, 17 de outubro de 2023 (data do julgamento).

No mesmo teor o STJ decidiu, através de decisão proferida pela Terceira Turma que os planos de saúde devem custear os insumos indispensáveis para o tratamento na modalidade home care, conforme a prescrição médica, sendo o valor do atendimento domiciliar limitado ao custo diário em hospital:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. INTERNAÇÃO DOMICILIAR SUBSTITUTIVA DA INTERNAÇÃO HOSPITALAR. INSUMOS NECESSÁRIOS AO TRATAMENTO DE SAÚDE. COBERTURA OBRIGATÓRIA. CUSTO DO ATENDIMENTO DOMICILIAR LIMITADO AO CUSTO DIÁRIO EM HOSPITAL. 1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 23/01/2020, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 25/04/2022 e concluso ao gabinete em 10/08/2022. 2. O propósito recursal é decidir sobre a obrigação de a operadora do plano de saúde custear os insumos necessários ao tratamento médico da usuária, na modalidade de home care (internação domiciliar). 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, *é abusiva a cláusula contratual que veda a internação domiciliar (home care) como alternativa à internação hospitalar. Precedentes.* 4. *A cobertura de internação domiciliar, em substituição à internação hospitalar, deve abranger os insumos necessários para garantir a efetiva assistência médica ao beneficiário; ou seja, aqueles insumos a que ele faria jus acaso estivesse internado no hospital, sob pena de desvirtuamento da finalidade do atendimento em domicílio, de comprometimento de seus benefícios, e da sua subutilização enquanto tratamento de saúde substitutivo à permanência em hospital.* 5. *O atendimento domiciliar deficiente levará, ao fim e ao cabo, a novas internações hospitalares, as quais obrigarão a operadora, inevitavelmente, ao custeio integral de todos os procedimentos e eventos delas decorrentes.* 6. *Hipótese em que deve a recorrida custear os insumos indispensáveis ao tratamento de saúde da recorrente – idosa, acometida de tetraplegia, apresentando grave quadro clínico, com dependência de tratamento domiciliar especializado – na modalidade de home care, conforme a prescrição feita pelo médico assistente, limitado o custo do atendimento domiciliar por dia ao custo diário em hospital.* 7. Recurso especial conhecido e provido. Brasília, 14 de fevereiro de 2023 (data do julgamento).

Portanto, o que se verifica é que os entendimentos das cortes superiores brasileiras tem se aperfeiçoado com o passar dos anos, de modo a proporcionar balizas significativas aos processos judiciais que visam o tratamento domiciliar. O que se conclui a partir de tais ementas, é que o estado, seja através de políticas públicas, seja através de planos privados, é compelido à prestação de tais serviços que visam concretizar o direito social à saúde dos cidadãos.

Por outro lado, quando se trata de fornecimento de tais tratamentos por planos de saúde públicos, tal como ocorre pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (IPERGS), no estado do Rio Grande do Sul, alguns alertas surgem. Especificamente o IPE Saúde é o atual responsável pela assistência à saúde dos servidores públicos e seus dependentes. Nessa perspectiva, é de se ponderar que, senão unanimemente, a maioria dos processos ajuizados por pessoas beneficiárias de tais planos, tramitam sob o crivo do benefício da justiça gratuita. Tal previsão é assegurada constitucionalmente, no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV que assim preveem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...) LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

No Código de Processo Civil se encontra no artigo 99, caput e parágrafo 3º: O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural. Em recente voto proferido pelo Ministro Edson Fachin diante do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 80 do Distrito Federal, elencou que a proteção constitucional ao acesso à justiça e à gratuidade do serviços judiciários encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, componente do “direito a ter direitos”, ou seja, da possibilidade de efetivo acesso às liberdades e demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Acrescentou ainda, que é preciso reconhecer, ainda, a conexão relevante entre a gratuidade da Justiça e o princípio da igualdade. A desigualdade decorrente da inexistência de acesso isonômico à educação, ao mercado de trabalho, à saúde, dentre outros direitos de cunho econômico, social e cultural, impõe seja reforçado o âmbito de proteção de um direito que viabiliza a busca por outros direitos. Amparam a gratuidade da Justiça como direito fundamental outros princípios e fundamentos da Constituição de 1988, dentre os quais aqueles que visam a conformar e concretizar os fundamentos da República relacionados à cidadania (art. 1º, II, da CRFB), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), bem como os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB), erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CRFB).

Tal fundamentação foi utilizada para nortear o entendimento do Senhor Ministro no sentido de que a declaração de pobreza basta para a gratuidade na Justiça do Trabalho, considerando especificamente o enredo da referida ADC. O julgamento da ação restou, da mesma forma, recentemente suspenso, diante de pedido de vista de outro ministro da Corte. Em que pese ainda não finalizado, tem-se o aspecto vinculante da decisão que sobrevirá, de modo a ser observada por todos juízes e tribunais brasileiros.

A partir de tais menções, indispensáveis para se falar da gratuidade judiciária, conclui-se que: em que pese ainda não se ter a decisão da referida ação que provavelmente será emblemática para os próximos pedidos do benefício, verifica-se que o voto de Fachin contraria o próprio texto constitucional, uma vez que aquele prevê que a assistência jurídica integral e gratuita será prestada pelo Estado àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos. Apesar de a legislação ordinária, tal como previsto no Código de Processo Civil prever que tal hipossuficiência é presumida, tem-se que a supremacia da Constituição deve ser observada, uma vez que a generalidade de presunção de incapacidade econômica pode elevar significativamente os números, em um primeiro momento trazidos, também das ações que dizem respeito à saúde.

Hodiernamente, no que tange à fixação dos honorários periciais sob o crivo da justiça gratuita no Tribunal de Justiça gaúcho, tais valores são regulamentados pelo Ato 038-2025-P, de 08 de maio de 2025, que passou prever o valor de R\$ 823,91 para perícias médicas. Outrossim, em casos extremamente excepcionais, senão raros, a partir do preenchimento de inúmeros critérios, com base na Resolução n. 1359/2021- COMAG, é

possível a majoração destes honorários até cinco vezes o valor da tabela. Nestes casos, o perito apenas perceberá o valor após o trânsito em julgado da ação.

Ou seja, tem-se que em que pese o Tribunal de Justiça gaúcho dispor de regulamentação acerca da majoração dos honorários periciais que serão arcados pelo Estado, portanto, em casos de partes que são beneficiárias da justiça gratuita, tal deferimento é extremamente burocrático de modo a dificultar que os profissionais persistam na busca pela elevação dos honorários. Isso se dá a exemplo de que o recebimento se dará somente após o trânsito em julgado da ação, que poderá demandar significativos anos.

Validando a hipótese de inúmeros processos judiciais sendo ajuizados sob o crivo da justiça gratuita que visam o Home Care, traz-se que recentemente o Ministério Público estadual do Rio Grande do Sul realizou operações que apontaram fraudes e desvios de recursos públicos que seriam destinados aos tratamentos de home care.

Segundo noticiado no site institucional, o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS), por meio do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), deflagrou no dia 9 de abril de 2025, a “Operação Home Cash” em Santo Ângelo e Giruá, nas Missões, e em Passo Fundo, no Norte do Estado. O objetivo foi o de combater fraudes e desvios de recursos públicos obtidos via judicial para o chamado sistema de home care, que é um tratamento especial a partir de uma estrutura médica montada na residência de pacientes.

Consta ainda, que a fraude ocorria da seguinte forma: pais e responsáveis de pacientes, geralmente crianças ou adolescentes que necessitam de home care, ingressam com pedidos judiciais e indicam empresas especializadas neste tipo de atendimento. Como estes pedidos são deferidos liminarmente e, em razão da impossibilidade de cumprimento imediato da decisão, o Estado precisa licitar a prestação de serviço. Para garantir que os pacientes não fiquem sem tratamento, a Justiça determina o repasse de valores, na verdade, um bloqueio das contas do Estado, destinando os recursos para custear estas contratações diretas das empresas especializadas.

No aguardo da licitação e com liminar deferida, as empresas indicadas pelos investigados passam a atuar temporariamente, mas, na verdade, simulam ou prestam serviço inferior ao que havia sido solicitado judicialmente. Depois disso, com apoio de advogados, prestam contas falsas à Justiça para que os recursos públicos recebidos sejam desviados para finalidades distintas a dos tratamentos domiciliares. No entanto, quando o Estado finaliza a licitação da prestação do serviço solicitado ao Poder Judiciário e uma empresa idônea vence o certame, os investigados fazem de tudo para perpetuar o esquema criminoso.

Atualmente, com base em informações também oriundas do site institucional do Ministério Público verifica-se que a Operação Home Cash encontra-se, segundo noticiado em 09 de abril do presente ano, em fase investigativa. Já a partir da Operação Gollum deflagrada em Passo Fundo/RS, em notícia publicada em 13 de maio deste ano, 23 (vinte e três) pessoas já foram denunciadas.

Assim, considerando o exposto acerca da legislação, jurisprudência e recentes ações realizadas pelo Parquet do Rio Grande do Sul, logra-se em concretizar a hipótese apresentada inicialmente: tendo em vista que se estima em mais de 35 (trinta e cinco) milhões o

valor bloqueado judicialmente dos cofres públicos para custear as contratações diretas de home care é inquestionável o prejuízo suportado por toda a população gaúcha, inclusive daquelas pessoas que, porventura necessitem dos referidos tratamentos.

Dessa forma, também é patente que a justiça gratuita, por mais que um instituto facilitador do acesso à justiça e, conseqüentemente de todos os direitos fundamentais e sociais constitucionalmente assegurados, dificilmente terá condições de suportar os custos judiciais de tais demandas, quiçá às futuras gerações. Outrossim, verifica-se que lamentavelmente a população que mais necessita, usa, sem pudor, de tal instituto para fraudar a aplicabilidade de direitos fundamentais, visando, demasiadamente, o enriquecimento ilícito às custas dos cofres públicos.

Por conseguinte, em complementação a tais considerações, tem-se que a perícia médica a ser realizada em tais processos judiciais pode ser a ferramenta primordial para que os tratamentos domiciliares sejam fornecidos apenas aos realmente necessitados.

III. A perícia médica como imprescindível ferramenta para a concessão de tratamentos domiciliares

Ao longo de aproximados dois anos de atuação enquanto perito judicial, inclusive realizando perícias em processos que demandam de tratamento home care, o que se pode constatar é que tal prova é fundamental à análise de tais pedidos pelos operadores do direito. Enquanto juízes, promotores de justiça, defensores públicos e auxiliares da justiça se dedicam à formalização da busca pela concretização do direito à saúde através da legislação e jurisprudência, o perito médico judicial desempenha o trabalho técnico de averiguar se o caso clínico de determinado paciente se amolda ao que é pleiteado, seja quanto ao pedido de disponibilidade de profissionais aptos ou de instrumentos e/ou medicamentos nos parâmetros de home care.

A partir do que amplamente tem se verificado em perícias médicas judiciais já realizadas em processos que tramitam, neste caso, em busca do tratamento domiciliar, perante a justiça estadual do Rio Grande do Sul, é possível se estabelecer, no mínimo, até então, dois perfis de procura: primeiro, famílias com algum ente portador de doenças graves e, até mesmo, raras ou sequelas destas necessitando unicamente de cuidadores; sob outra perspectiva, pessoas com doenças leves e comumente encontradas na população em geral ajuizando a busca pelo home care como forma de solucionar todos os percalços da vida, dispondo toda expectativa sobre o resultado da perícia, inclusive com o intuito de, no futuro, pleitear benefício previdenciário assistencial.

Em que pese, portanto, ser de conhecimento que a função de cuidador se encontra no conceito de previsibilidade do tratamento domiciliar, cria-se aqui um significativo alerta: a extrema pertinência de reavaliação periódica, através de perícias médicas, para fins de se acompanhar a evolução do quadro clínico do paciente. Não é salubre aos cofres públicos, tampouco à população em geral crer em pleitos de home care eternos, uma vez que a situação que inicialmente o ensejou pode se alterar com o decurso do tempo. No mais, tal periodicidade teria o condão de averiguar o tanto que os familiares se aperfeiçoaram nos cuidados para com seu ente, justamente a ponto de eles mesmos conseguirem desempenhar tal papel, de forma, inclusive, a desonerar o Estado.

Nesse sentido, é evidente que a prova médica pericial é imprescindível para o deslin-

de de tais casos processuais. Lucas Pedroso Fernandes Ferreira Leal e Antonio Milagres (2012: 82-90) assim destacam em trabalho publicado acerca da importância do laudo pericial médico na formação do entendimento do juízo:

A importância da perícia médica reside no sentido de estender o olhar dos magistrados, permitindo a justiça social, para muito mais além do que um desfecho desfavorável. A prestação de serviços de saúde se dá de forma complexa, sem compromisso de resultado, envolvendo, muitas vezes, vários médicos, de especialidades distintas, e outros profissionais da área. Há que se considerar toda uma constelação de fatores, numa complexa interação, que envolve o restabelecimento da saúde: fatores endógenos, psicológicos, próprios da doença, dentre os mais variados, podem contribuir para um evento indesejado, independentemente das medidas usuais e dos meios empregados, de acordo com a particularidade de cada indivíduo. [...] Ademais, a imperfeição da ciência é uma realidade com a qual se convive. O julgamento justo - consistente em provas, incluindo, especialmente, a de natureza técnica, além de argumentos concisos - finda quando resta evidenciado ter havido má prática médica, ou não, do modo devido.

E, apesar de ser sabido que a prova técnica pericial não vincula a do juízo, da mesma forma se sabe que são raras as decisões judiciais que desconsideram o constatado em laudos periciais. Assim também acrescentam os autores Leal e Milagres:

Sabe-se que a opinião do perito não vincula a do juiz. A autoridade judicial não fica adstrita ao laudo médico, podendo discordar, no todo ou em parte, das suas conclusões, e determinar a realização de nova perícia, se assim julgar conveniente. Pode haver casos, embora mais raros, em que o juiz, analisando a perícia junto às demais provas constantes do processo, decida em sentido oposto ao laudo pericial. Assim prevê a legislação. Mas como se pode constatar, apesar de a convicção do magistrado não estar total nem absolutamente vinculada ao resultado da perícia médica, sua influência na formação do convencimento do juiz é substancial. (2012: 82-90).

Por fim, digno ponderar que considerando o teor do noticiado pelo Ministério Público gaúcho a respeito de fraudes constatadas no sistema de concessão de tratamentos de home care, verifica-se que tal prejuízo se deu, neste caso, em decisões que eram proferidas em sede liminar. Há grande probabilidade- uma vez que impossível o acesso aos autos de tais processos- que previamente a tais concessões não se realizava a perícia médica, ou se assim se fazia, era realizada por algum integrante do grupo criminoso.

Com isso, tem-se o reforço da imprescindibilidade de tal prova técnica, inclusive nos primórdios do ajuizamento de tais ações. Talvez com isso se evite futuros rombos aos cofres públicos, como no caso em comento, e se conceda o direito à saúde com tratamentos excessivamente onerosos aos pacientes que realmente demandem, considerando, sobretudo, os aspectos clínicos do caso levado ao Poder Judiciário.

IV. Considerações finais

Concluindo o presente estudo, verifica-se que em que pese a saúde, até hoje, não contar com um conceito concretamente definido, tem-se que o direito à saúde deve ser amplamente ofertado e corresponder muito além do que o simples direito à sobrevivência. O direito à saúde é previsto internacionalmente e tem como escopo a promoção, acima

de tudo, de uma vida digna, de consonância entre corpo e mente, ser humano e meio ambiente.

Para tanto, no Brasil a jurisprudência se encarrega de trazer nortes ao que a legislação ainda não supre, inclusive servindo de parâmetro de decisões judiciais importantes e de grande impacto social. É o que ocorre com relação ao tratamento domiciliar, que atualmente é amplamente e na sua integralidade assegurado pelos entendimentos dos Tribunais Superiores. O STJ é enfático ao estabelecer a cobertura do home care pelos planos de saúde, vedando, inclusive, que decisões judiciais sejam abruptas em reduzir o sugerido pelos médicos assistentes.

A partir do estudo, vê-se dois cenários: por um lado, a concretização de direitos sociais através da jurisprudência que é amplamente validativa e por outro, o lamentável agir do ser humano que utiliza do aparato estatal para fraudá-lo. O constatado em operações recentemente realizadas pelo Ministério Público gaúcho evidencia que o homem não possui limites e que há uma verdadeira inversão de valores, uma vez que o objetivo de lucro fácil através do enriquecimento ilícito se sobrepõe, inclusive, aos direitos dos filhos crianças e adolescentes.

Finalmente, o que se percebe é que as perícias médico judiciais possuem valor probatório de extrema relevância para a concessão ou não de tratamentos médicos de alto custo através de processos judiciais. A função do perito médico, nestes casos, vai muito além do que nortear a convicção do juízo. É o real meio de se prevenir tais tipos de ações criminosas e de se garantir o direito social à saúde de maneira proporcional a estas e, quiçá, às futuras gerações.

Referências

- Aith, F. M. A. (2015). *Direito à saúde e democracia sanitária: experiências brasileiras*. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rdisan/article/view/97328/96340>. Acesso em 07 jul. 2025.
- Alexy, R. (2008). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
- Andrade, A., Masson, C., & Andrade, L. (2017). *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Forense.
- Brasil. (1990). Ministério da Saúde. Lei n. 8080 de 19 de setembro de 1990: dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=134238>
- Brasil. (1988). *Constituição Federal de 1988*. Planalto.gov.br. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
- Brasil. (2015). Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 07 de julho de 2025.
- De Moura, E. S. (2013). *O direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. Âmbito Jurídico, XVI, 114. Disponível em: [https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivo-sUpload/17657/material/O direito à saúde na Constituição Federal de 1988 - Constituio-](https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivo-sUpload/17657/material/O%20direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20na%20Constitu%C3%ADo%C3%A3o%20Federal%20de%201988%20-%20Constitu%C3%ADo)

nal - Âmbito Jurídico.pdf

- Leal, L. P. F. F., & Milagres, A. (2012). *A importância do laudo pericial médico na formação do entendimento do juízo: análise de casos de suposta má prática médica em cirurgia geral*. *Saúde Ética & Justiça*, 17(2), 82-90.
- Mapelli Jr, R. (2017). *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. Rio de Janeiro: Ateneu.
- Ministério Público do Rio Grande do Sul. (2025, Abril). *Operação Home Cash: GAECO/MPRS investiga fraude e desvio de recursos para tratamentos de home care nas Missões e no Norte do Estado*. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/gaeco/62385/>
- Organização Mundial da Saúde. (1948). *Sobre a OMS*. Disponível em: <https://www.who.int/pt/about>
- Organização Mundial da Saúde. (1978). *Declaração Alma-Ata sobre cuidados primários de saúde*. Disponível em: <https://www.who.int/publications/alma-ata-declaration>.
- Ribeiro, L. (2019). Direitos da pessoa com deficiência. A. Andrade et al. *Interesses difusos e coletivos*, 483-562.
- Sarlet, I. W. (2002). *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. *Direito e Democracia*, 3(2). Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433>
- Senado Federal. (nd). *Assistência domiciliar (home care)*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/sis/servicos/assistencia-domiciliar>
- Supremo Tribunal Federal. (2023). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 80 – DF (ADC 80, Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 29 de junho de 2023)*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1922131457/inteiro-teor-1922131463>
- Superior Tribunal de Justiça. (2023). *Recurso especial nº 2.096.898 – PE*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2369793&tipo=0&nreg=202303328647&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20231023&formato=PDF&salvar=false>
- Superior Tribunal de Justiça. (2023). *Recurso Especial nº 2.017.759 – MS*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2256042&num_registro=202202416603&data=20230216&formato=PDF
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (2025). *Ato nº 038-2025-P, de 8 de maio de 2025*. Estabelece valores para perícias médicas judiciais no âmbito da Justiça Gratuita. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - COMAG. (2021, Agosto). *Resolução nº 1.359/2021-COMAG*. Dispõe sobre a majoração de honorários periciais no âmbito do Sistema AJ. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>

Del paradigma tutelar al enfoque de derechos humanos: análisis de alineación entre las leyes estatales de salud mental y la Ley General de Salud de México en torno al consentimiento, el internamiento y la voluntad anticipada

From the tutelary paradigm to the human rights approach: analysis of the alignment between state mental health laws and the General Health Law of Mexico regarding consent, confinement, and advance directives

Guillermo Ramírez Zavala¹; César Augusto García Avitia²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)11](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)11)

Fecha de envío: 30.05.2025

Fecha de aceptación: 11.07.2025

RESUMEN:

La reforma de 2022 a la Ley General de Salud [LGS] en México consolidó un nuevo paradigma en salud mental, centrado en derechos humanos, desinstitucionalización, enfoque comunitario y respeto a la autonomía. En tal contexto, el presente estudio tuvo como objetivo realizar un análisis de alineación de leyes de salud mental estatales existentes en el país con la mencionada reforma, centrada en 3 aspectos: consentimiento informa-

1 Licenciado en Psicología por la Universidad del valle de Atemajac, Maestro en Psicología Clínica por el Instituto Superior de Estudios de Occidente, Maestro en Psicología Jurídica y Forense por el Instituto de Posgrado en Psicoterapia Cognitivo Conductual, Maestro en Género en proceso de titulación por el Centro de Estudios de Posgrado, Estudiante de la Maestría en Bioética por la Universidad de Colima. Miembro del comité dictaminador de la reparación del daño de la Comisión Ejecutiva Estatal de Atención a Víctimas Colima. Presidente de la Comisión de Honor y Justicia del Colegio Oficial de Psicólogos del Estado de Colima. Correo electrónico: HYPERLINK "mailto:gramirez@uocol.mx"gramirez@uocol.mx ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4179-8303>

2 Licenciado en Psicología, Maestro en Psicología Aplicada y Maestro en Bioética por la Universidad de Colima (U de C). Doctor en Psicología por la Universidad de Guadalajara. Profesor e Investigador de Tiempo Completo en la Facultad de Psicología de la U de C. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (México). Autor de diversos capítulos para libros académicos y artículos publicados en revistas científicas arbitradas e indexadas. Correo electrónico: HYPERLINK "mailto:garciaavitia@uocol.mx"garciaavitia@uocol.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1841-3033>

do, internamiento voluntario y voluntad anticipada. El estudio fue de tipo documental con una metodología cualitativa de análisis de contenido, basada en la revisión de las 21 leyes de salud mental existentes hasta la fecha en el país para contrastarlas con la LGS. Como resultados, se identificaron avances en las leyes de estados como Puebla, Hidalgo y Jalisco, aunque persisten modelos tutelares y vacíos normativos la mayoría de las leyes. Se recomienda fortalecer las reformas legislativas, establecer mecanismos de supervisión y participación social, y promover cambios que garanticen derechos y autonomía.

ABSTRACT

The 2022 reform of Mexico's General Health Law [LGS] consolidated a new paradigm in mental health, centered on human rights, deinstitutionalization, a community-based approach, and respect for individual autonomy. Within this context, the present study aimed to conduct an alignment analysis of existing state mental health laws in relation to the aforementioned reform, focusing on three key aspects: informed consent, voluntary admission, and advance directives. The study employed a documentary design with a qualitative content analysis methodology, based on a review of the 21 mental health laws in force nationwide at the time, in order to contrast them with the LGS. The findings identified progress in states such as Puebla, Hidalgo, and Jalisco; however, tutelary models and regulatory gaps persist in most laws. It is recommended to strengthen legislative reforms, establish oversight and social participation mechanisms, and promote structural changes that guarantee rights and autonomy.

PALABRAS CLAVE: Salud mental, derechos humanos, consentimiento informado, capacidad jurídica, legislación comparada.

KEY WORDS: Mental health, human rights, informed consent, legal capacity, comparative legislation.

I. Introducción

La reforma de mayo de 2022 al Capítulo VII de la Ley General de Salud [LGS] (1984) marcó un nuevo paradigma para la salud mental en México, estableciendo principios de derechos humanos, atención comunitaria y respeto a la autonomía de las personas. En ella se consagra que toda persona tiene derecho al más alto nivel posible de salud mental sin discriminación, y que la atención debe brindarse con un enfoque comunitario, de recuperación y con respeto a los derechos humanos (García-Avitia, 2025). Se promueven además la inclusión de la perspectiva de género, la interculturalidad e interdisciplinariedad en los servicios, y se enfatiza la prevención y la reducción del estigma.

Como es notorio, los cambios son diversos, pero el presente estudio se centró específicamente al internamiento, el consentimiento y la voluntad anticipada. Al respecto, la reforma de la LGS establece que el internamiento debe ser un último recurso terapéutico, realizándose únicamente de manera voluntaria, por el tiempo estrictamente necesario y en hospitales generales cercanos al domicilio de la persona (Artículo 75). Prohíbe expresamente su uso para atender problemas sociales, familiares o de vivienda. Asimismo, determina que los prestadores de servicios deben proporcionar información accesible sobre los objetivos, beneficios, riesgos y alternativas de los tratamientos, garantizando su comprensión (Artículo 75 bis.). Se presume la capacidad jurídica de las personas usua-

rias, por lo que se deben ofrecer apoyos para la toma de decisiones. En el caso de menores de edad, se deben privilegiar alternativas comunitarias y, cuando sea necesario, considerar su opinión. También introduce la figura de la voluntad anticipada (Artículo 75 ter.), un documento legal mediante el cual la persona puede decidir con antelación qué tratamientos aceptar o rechazar, en consonancia con el principio de autonomía personal.

Esta reforma refleja compromisos internacionales, pues México ha ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [CDPD] (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2006) y sus observaciones (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, 2014), que exigen el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica y la eliminación de medidas coercitivas. Organismos como la Organización Mundial de la Salud [OMS] (2021) y la Organización Panamericana de la Salud [OPS] (2023), respaldan la eliminación de acciones coercitivas como la contención o el internamiento forzoso, sustituyéndolas por apoyos para la autonomía y el tratamiento comunitario. Igualmente, ambas organizaciones subrayan la importancia del consentimiento informado y de los planes o voluntades anticipadas como mecanismos de autodeterminación. Asimismo, enfatizan que los instrumentos de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH] (ONU, 1948) y la CDPD (ONU, 2006; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, 2014), protegen a las personas con problemas de salud mental, garantizando su igualdad ante la ley, capacidad de tomar decisiones y el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias ni tratamientos inhumanos (Méndez, 2013).

La adopción del modelo social de la discapacidad (Oliver, 1996) ha sido clave en este giro paradigmático. Este enfoque desplaza el foco del déficit individual hacia las barreras sociales e institucionales que restringen la participación plena de las personas con discapacidad, incluidas las que viven con discapacidad psicosocial. Desde esta perspectiva, la categoría de capacidad jurídica no puede analizarse de forma aislada: se entrelaza con las categorías de consentimiento informado, internamiento voluntario y voluntad anticipada. Como subrayan Flynn y Arstein-Kerslake (2014), la provisión de apoyos para la toma de decisiones es una condición para el ejercicio efectivo de la autonomía, la cual a su vez está modulada por el diseño de estos marcos normativos y procedimentales.

Por otro lado, desde una perspectiva bioética (Beauchamp y Childress, 2019), también se subraya que el respeto a la autonomía no puede entenderse meramente como un acto formal, sino que exige condiciones materiales y procedimentales que garanticen la comprensión, la ausencia de coacción y la capacidad efectiva de decidir. Por ello, también es importante comprender la noción de determinantes sociales de la autonomía (Marmot y Wilkinson, 2006), considerando que factores estructurales como la pobreza, la discriminación o el acceso desigual a recursos condicionan profundamente la posibilidad real de ejercer derechos en el ámbito de la salud mental de forma autónoma.

Desde una perspectiva crítica, Foucault (1972) considera que las instituciones psiquiátricas, en torno a las cuales ha girado la atención a la salud mental, han funcionado históricamente como tecnologías de control que medicalizan la diferencia y gestionan cuerpos considerados anormales. Minkowitz (2007) profundiza esta crítica al denunciar que las prácticas coercitivas en salud mental constituyen formas contemporáneas de violencia estructural que niegan derechos fundamentales. Es precisamente en este contexto que el énfasis en el consentimiento informado, el no internamiento involuntario

y de la voluntad anticipada en la reforma de la LGS representa una respuesta directa a estas críticas.

Actualmente, 21 de las 32 entidades federativas de México cuentan con leyes estatales de salud mental, estas son: Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chihuahua, Ciudad de México, Coahuila, Durango, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas. Los 11 estados que no cuentan con ley específica sobre esta materia son: Baja California Sur, Chiapas, Colima, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Nayarit, Oaxaca, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz. Cabe resaltar que estos últimos incluyen el tema de salud mental en sus leyes estatales de salud, tal como es el caso del ámbito federal que lo incluye en la LGS y no tiene una ley específica.

El objetivo de la presente investigación fue realizar un análisis de alineación de las leyes de salud mental estatales vigentes en México con la reforma del Capítulo VII de la Ley General de Salud de 2022, enfocándose en tres aspectos clave: consentimiento informado, internamiento voluntario y voluntad anticipada. Este estudio cobra relevancia en un contexto en el que la reforma busca consolidar un modelo de atención en salud mental basado en derechos humanos, promoviendo la autonomía y la inclusión social de las personas usuarias de servicios de salud mental.

A pesar de los avances normativos a nivel federal, persisten disparidades significativas en la implementación de estos principios a nivel estatal. Analizar la congruencia entre las leyes locales y la reforma permite identificar tanto los avances como las áreas de oportunidad en la armonización normativa, esencial para garantizar la efectividad del modelo de atención integral y centrado en la persona. Este estudio contribuye al entendimiento de las brechas legales existentes y proporciona una base para la mejora de las políticas públicas en salud mental, alineándolas con los estándares internacionales de derechos humanos.

II. Método

El diseño de esta investigación fue de tipo cualitativo, documental y comparativo, orientado a examinar críticamente la alineación normativa de las leyes estatales de salud mental existentes en México y la reforma de la Ley General de Salud en materia de salud mental de 2022. El análisis se centra en la evaluación de tres aspectos considerados estructurantes para la transición del modelo biomédico-tutelar hacia un paradigma de derechos humanos: el consentimiento informado, el internamiento voluntario y la voluntad anticipada.

La elección de un enfoque crítico responde a la necesidad de superar un mero examen descriptivo de las disposiciones legales, para avanzar hacia una comprensión más profunda de las tensiones, contradicciones y avances en la alineación de los marcos estatales con la LGS y los estándares internacionales vinculantes. Los marcos legales no son neutros, sino que reflejan relaciones de poder, lógicas institucionales y herencias históricas que inciden directamente en la configuración de los derechos y en su efectividad real (Foucault, 1972). Como señala Gooding (2020), el tránsito hacia un modelo de salud mental basado en derechos no es solo un desafío normativo, sino un cambio epistemológico y cultural profundo, que exige revisar de manera integral las estructuras legales, institucionales y prácticas profesionales en el campo.

La estrategia analítica se desarrolló en varias fases encadenadas. En primer lugar, se identificaron todas las leyes estatales de salud mental existentes hasta junio de 2025. Posteriormente se clasificaron las leyes estatales en aquellas creadas antes y después de la reforma de la LGS, así como aquellas creadas antes pero con actualizaciones posteriores a la reforma. Posteriormente, se procedió a la extracción y análisis de contenido normativo específico en torno a las categorías ya mencionadas. Después, se compararon los contenidos de las leyes estatales con los de la LGS para identificar su alineación. Finalmente, se emiten juicios críticos sobre los hallazgos con respecto a las carencias, contradicciones y avances de las leyes.

III. Resultados

1. Clasificación de las leyes estatales de salud mental

Las 21 leyes estatales de salud mental existentes pueden categorizarse en tres grupos: a) aquellas publicadas antes de la reforma de la Ley General de Salud en materia de salud mental de 2022 y no han sido reformadas, b) aquellas publicadas antes de la reforma pero con actualizaciones tras ella, y c) aquellas publicadas posteriormente a la reforma mencionada. Estas categorías se muestran en la Tabla 1, que incluye sus nombres oficiales, años de publicación y de reforma (cuando aplica).

Tabla 1. Clasificación de las leyes estatales de salud mental en México según su momento de publicación o actualización con relación a la reforma de la LGS en materia de salud mental de 2022.

Previas a la reforma sin actualizaciones posteriores a la reforma a la LGS (año de publicación)	Previas a la reforma con actualizaciones posteriores (año de publicación/año de última reforma)	Posteriores a la reforma (año de publicación)
(2011) Ley de Salud Mental del Distrito Federal (ahora Ciudad de México)	(2011/2024) Ley de Salud Mental del Estado de Morelos	(2022) Ley de Salud Mental para el Estado de Durango
(2013) Ley de Salud Mental del Estado de Sonora	(2017/2023) Ley de Salud Mental del Estado de Sinaloa	(2023) Ley de Salud Mental y del Comportamiento Adictivo del Estado de Tlaxcala
(2014) Ley de Salud Mental del Estado de Michoacán de Ocampo	(2018/2023) Ley de Salud Mental para el Estado de Nuevo León	(2024) Ley de Salud Mental para el Estado de Campeche
(2017) Ley de Salud Mental del Estado de Querétaro	(2018/2024) Ley de Salud Mental del Estado de Chihuahua	(2024) Ley de Salud Mental y Adicciones del Estado de Jalisco*
(2018) Ley de Salud Mental del Estado de Baja California	(2018/2024) Ley de Salud Mental del Estado de Yucatán	(2024) Ley de Salud Mental y Adicciones para el Estado de Puebla*
(2018) Ley de Salud Mental del Estado de Zacatecas	(2018/2024) Ley de Salud Mental del Estado de San Luis Potosí	(2024) Ley de Salud Mental y Prevención del Suicidio del Estado de Hidalgo

(2020) Ley de Salud Mental y Bienestar de las Personas con Trastornos Mentales para el Estado de Coahuila de Zaragoza		(2024) Ley de Salud Mental del Estado de Aguascalientes
(2020) Ley de Salud Mental del Estado de Quintana Roo		

Nota: Las leyes se presentan en orden cronológico por fecha de publicación. *Estados que ya contaban con al menos una ley en materia de salud mental previa pero que sustituyeron por una más reciente.

2. Leyes previas a la reforma de la LGS sin actualizaciones

Con respecto al análisis de contenido de las leyes estatales de salud mental, primeramente se hablará de la capacidad de consentimiento. La CDPD (ONU, 2006) establece con claridad que los países firmantes deben garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás (Artículo 12) y proporcionar los apoyos necesarios para la toma de decisiones, desplazando modelos sustitutorios como la tutela, curatela o interdicción. No obstante, aún es común que las leyes estatales mantengan referencias explícitas o implícitas a la incapacidad jurídica de las personas con trastornos mentales, así como la posibilidad de nombrar representantes legales que sustituyan su voluntad. Por ejemplo, la Ley de Salud Mental y Bienestar de las Personas con Trastornos Mentales para el Estado de Coahuila de Zaragoza (2020) que en su Artículo 38 menciona que “el consentimiento informado sustitutorio solo se podrá otorgar cuando el paciente carezca de capacidad necesaria de discernir para otorgarlo o el paciente se encuentre en el supuesto de incapacidad legal” (p:17).

En su caso la ley de Baja California (2018), menciona que las personas usuarias de los servicios de salud mental tienen derecho la “toma de decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento” (Artículo 7 fracción II), pero no menciona algo sobre el consentimiento informado o el ejercicio de voluntad ante el internamiento. Este modelo se replica en otras leyes como la de Zacatecas (2018), que remite al Código Civil para definir la capacidad de las personas con trastornos mentales; o la de Sonora (2013), que admite la sustitución de la voluntad mediante representantes en los casos en que se considere que la persona no puede decidir por sí misma. Otras leyes como las de Michoacán (2014) reproducen patrones similares, entrando en contradicción con la LGS y su artículo 75 Bis. que menciona que la persona que presente trastornos mentales “es quien ostenta el derecho a consentir o denegar el permiso para cualquier tratamiento o internamiento, por lo que deberá presumirse que todos los pacientes tienen capacidad de discernir”. Esta ley, que fue reformada en 2022 pero no en función de la reforma de la LGS, deja a la familia la responsabilidad de asegurar la continuidad del tratamiento “especialmente si el paciente no está en condiciones de hacerlo solo” (Artículo 5 fracción II). En esa ley también se mantiene la posibilidad del internamiento involuntario cuando “el profesional entrenado en salud mental realiza una evaluación y determina la inviabilidad de tratamiento ambulatorio” (Artículo 56).

Las disposiciones de las leyes estatales antes mencionadas perpetúan un enfoque médico-paternalista y legalista que contraviene el modelo social de discapacidad considerado por la CDPD como restrictivo de los derechos a la igualdad ante la ley y a la autonomía personal. Desde la perspectiva bioética, este enfoque vulnera el principio fundamental

de autonomía y autodeterminación (Beauchamp y Childress, 2019), subordinando la voluntad del usuario al juicio de terceros bajo el argumento de protección.

Sin embargo, cabe reconocer algunos avances parciales. Por ejemplo, la ya mencionada ley del estado de Coahuila de Zaragoza (2020), también considera la autodeterminación del paciente y exige consentimiento informado previo a cualquier tratamiento, limitando la sustitución de voluntad a circunstancias excepcionales. . Así, aunque muchas leyes estatales han adoptado la idea de reconocimiento de capacidad jurídica, en la práctica subsiste un marco heterónimo donde las figuras de tutela, patria potestad o representación legal se imponen sobre la autodeterminación de las personas. La mayoría de las leyes revisadas continúan operando bajo un paradigma que admite la sustitución de la voluntad del usuario en contextos de discapacidad psicosocial con respecto al internamiento, contradiciendo los postulados de la LGS y, por ende, de la CDPD. Por ejemplo, la Ley de Salud Mental de Sonora (2013) en su Artículo 46 que es posible un internamiento involuntario con la indicación de un médico psiquiatra y la autorización y consentimiento informado de un familiar hasta en segundo grado o tutor. Por su parte, la Ley de la Ciudad de México (2011) regula procedimientos de internamiento involuntario por orden de autoridad. Coahuila (2020), que igualmente contempla escenarios en que el consentimiento puede ser otorgado por un representante en su Artículo 9, y la fracción IX, menciona la posibilidad de internamiento involuntario “cuando se trate de un caso urgente o cuando se compruebe que el tratamiento es el más indicado para atender las necesidades del paciente”.

Incluso leyes más recientes, como Querétaro (2017), Zacatecas (2018) y Quintana Roo (2020), si bien reconocen formalmente derechos de autonomía y consentimiento informado, mantienen excepciones para sustitución de la voluntad en contextos de internamiento involuntario o bajo declaración de incapacidad. En Querétaro se establece que puede haber internamiento involuntario incluso sin consentimiento de un representante (Artículo 7 fracción 5), en Zacatecas se establece que puede haber internamiento por solicitud de un familiar o representante legal, considerándolo como voluntario (Artículo 20), y en Quintana Roo se menciona que los familiares o personas responsables pueden “otorgar su consentimiento ante el responsable médico o ante la autoridad judicial, sobre las decisiones del internamiento y tratamiento involuntarios” (Artículo 8, fracción IV). Desde una perspectiva bioética y de derechos humanos, esta arquitectura normativa sigue privilegiando un enfoque tutelar que vulnera la autonomía personal (Beauchamp y Childress, 2019) y contradice las recomendaciones de la OMS para servicios comunitarios basados en derechos (OMS, 2021). Finalmente, cabe resaltar que ninguna de las ocho leyes de salud mental creadas antes de la reforma a la LGS y que no han sido reformadas menciona la voluntad anticipada.

3. Leyes previas a la reforma de la LGS con actualizaciones

Las leyes estatales de salud mental que fueron creadas antes de la reforma de la LGS de 2022 y que han sido reformadas posteriormente, continúan evidenciando una distancia estructural respecto a las obligaciones establecidas en la ley general y en los lineamientos internacionales. Por ejemplo, la Ley de Salud Mental del Estado de Sinaloa (2017), reformada en 2023, define el consentimiento informado como principio y derecho fundamental (Artículo 8 fracción X), pero también contempla la posibilidad del internamiento involuntario “cuando se trate de un caso urgente o cuando se compruebe que el tratamiento es el más indicado para atender las necesidades del paciente” (Artículo 9

fracción III). Asimismo, la Ley de Salud Mental del Estado de Chihuahua (2018), reformada en 2024, reproduce esta limitación: aunque regula el consentimiento en tratamientos (Artículo 6 fracción X), continúa admitiendo internamientos en ciertos casos sin una clara referencia a la autodeterminación del usuario (Artículo 9 fracción III).

Por su parte, la Ley de Salud Mental de San Luis Potosí (2018), reformada en 2024, muestra avances parciales, al establecer que el internamiento debe ser un “recurso terapéutico de última instancia” y además “debe ser lo más breve posible” (Artículo 3º fracción VI), sin embargo puede existir el internamiento involuntario en varias condiciones (Artículo 20). En el caso de Yucatán (2018), cuya ley fue reformada en 2024, también se regula el consentimiento informado de manera avanzada (Artículos 7, 56, 77, 88, 89), la capacidad jurídica sigue sujeta a la existencia de familiares o tutores que autorizan intervenciones en caso de personas que no pueden expresar su consentimiento (Artículo 77), lo que preserva un enfoque tutelar.

Otras leyes, como la de Nuevo León (2018), reformada en 2023 y la de Morelos, replican este patrón. Aunque reconocen derechos a la información y a la participación en decisiones (Nuevo León Artículo 5 fracciones XIII y XIV; Morelos: Artículo 8 inciso i), no desarrollan mecanismos de apoyo para la toma de decisiones ni desplazan la tradicional dependencia de representantes legales en situaciones de presunta incapacidad y con respecto al internamiento involuntario (Nuevo León: Artículo 5 fracción 8; Morelos: Artículo 47). Finalmente, al igual que en las leyes estatales creadas antes de la reforma a la LGS y que no han sido reformadas, tampoco las seis que sí han sido reformadas mencionan la voluntad anticipada.

4. Leyes posteriores a la reforma de la LGS con actualizaciones

Con respecto a las leyes más recientes, creadas posteriormente a la reforma de la LGS, se observan importantes diferencias con las categorías anteriores. La Ley de Salud Mental y Prevención del Suicidio del Estado de Hidalgo (2024) evidencia un esfuerzo claro por respetar la capacidad jurídica, al reconocer expresamente el consentimiento informado y la voluntad anticipada (Artículo 5 fracciones III, IV y V; Artículo 19 y Artículo 20), y enfatizar el respeto a los derechos humanos y a la autonomía de las personas. Sin embargo, se mantiene la posibilidad del internamiento involuntario de personas con trastornos mentales severos que requieran atención urgente y se cuente con la indicación médica y el consentimiento informado por escrito de quien legalmente pueda otorgarlo (Artículo 20 fracción I).

También en la Ley de Salud Mental y Adicciones del Estado de Jalisco (2024), el consentimiento informado se conceptualiza como una expresión de la autonomía del usuario y se establece como requisito para las intervenciones en salud mental (Artículo 3 fracción V, Artículo 12 fracción III, Artículo 15 fracciones II y III, y Artículo 30). Esta ley, la tercera creada en el ámbito de la salud mental en esa entidad, también establece la voluntad anticipada (Artículo 15 fracción II) pero mantiene la posibilidad del internamiento involuntario, aunque solo en condiciones de urgencia o de tipo obligatorio promovido por una autoridad legal.

Por otro lado, leyes como las de Durango (2022) contemplan una definición avanzada del consentimiento informado (Artículo 4 fracción VI) y consideran que el internamiento solo podrá llevarse a cabo de manera voluntaria (Artículo 96), pero no desarrollan mecanismos específicos de apoyo a la toma de decisiones ni integran de manera explícita la figura de la voluntad anticipada. En el caso de Aguascalientes (2024), el consentimiento informado se encuentra implícito en el marco de los derechos de los usuarios (Artículo 7 fracción III),

pero tampoco se articulan apoyos para garantizar el ejercicio pleno de la capacidad jurídica en contextos de discapacidad psicosocial. Un aspecto de relevancia de la ley de Aguascalientes es que ya no se habla de algún tipo de internamiento, lo cual puede verse tanto como un avance o como un vacío legal, y tampoco se menciona la voluntad anticipada. La ley de Tlaxcala (2023) presenta algunas disposiciones en torno al consentimiento informado (Artículo 4 fracción III y Artículo 55 fracción I), pero sigue considerando modalidades de internamiento involuntario como en casos de emergencia, con aval de un familiar o representante legal, o de extrema urgencia, en ambos casos prescritos por un médico psiquiatra (Artículo 37). La ley de Tlaxcala no menciona la voluntad anticipada. La ley de Puebla (2024) constituye un avance normativo notable. También incorpora una mención expresa a la capacidad jurídica, aunque sigue admitiendo la figura del representante en determinados supuestos. Integra en su articulado el derecho al consentimiento informado (Artículo 5 fracción VI, Artículo 7 fracción III), menciona que el internamiento solo podrá ser voluntario (Artículo 40), pero no reconoce la voluntad anticipada.

Finalmente, la Ley de Salud Mental para el estado de Campeche (2024) mantiene un enfoque normativo que reproduce esquemas tutelares en materia de capacidad jurídica. Aunque el texto refiere principios como el respeto a los derechos humanos y el consentimiento informado (Artículo 4, incisos a e i), establece múltiples supuestos en los que la voluntad de la persona usuaria puede ser sustituida por familiares, representantes legales o autoridades en contextos de internamiento involuntario o por orden judicial (Artículo 7, Artículo 48 fracción II y IV, y Artículo 51). La ley no incorpora mecanismos de apoyo a la toma de decisiones, ni prevé la obligación de realizar ajustes razonables, lo que revela la persistencia de un modelo legal heterónomo y médico-paternalista. Esta ley tampoco menciona a la voluntad anticipada.

5. panorama general de alineación de las leyes estatales con la LGS

La Tabla 2 que a continuación se presenta, incluye una matriz comparativa sobre el grado de alineación normativa de las leyes estatales de salud mental en torno al consentimiento informado, el internamiento voluntario y la voluntad anticipada de acuerdo a los tres grupos antes clasificados en función de la reforma de 2022 a la LGS.

Tabla 2. Grado de alineación normativa de las leyes estatales de salud mental en torno al consentimiento informado, el internamiento y la voluntad anticipada con la reforma de 2022 a la LGS.

	Alineación de las leyes previas a la reforma sin actualizaciones	Alineación de las leyes previas a la reforma con actualizaciones posteriores	Alineación de las leyes estatales posteriores a la reforma
Consentimiento Informado	Parcial bajo Todas las leyes lo reconocen de manera básica, aunque sin ajustes razonables.	Parcial medio Mayor precisión, con leyes que lo detallan en mayor medida.	Parcial alto La mayoría regula el consentimiento informado, aunque no siempre se desarrolla como derecho autónomo. Destacan Hidalgo y Puebla por su regulación robusta.

Internamiento voluntario	Parcial bajo Todas las leyes consideran que puede ser involuntario. Algunas lo explicitan como último recurso terapéutico.	Parcial medio Mejor alineado en Yucatán y San Luis Potosí pero parcialmente alineado en el resto. En todas se sigue considerando el internamiento involuntario	Parcial medio Solo algunas leyes lo regulan explícitamente como ingreso voluntario con garantías. Solo en Puebla se plantea exclusivamente voluntario. Otras lo omiten (Aguascalientes) o tratan vagamente.
Voluntad Anticipada	Nulo Ausente en todas las leyes analizadas.	Nulo Ausente en todas las leyes analizadas.	Parcial bajo Solo Hidalgo y Jalisco lo establecen de forma explícita.

Este análisis revela que, pese a las reformas recientes, las leyes estatales en cuestión siguen ancladas en un modelo tutelar que perpetúa la sustitución de la voluntad, en contravención de la LGS, la CDPD y de las recomendaciones de la OMS para servicios de salud mental basados en derechos (OMS, 2021). La falta de incorporación de apoyos para la toma de decisiones y de ajustes razonables continúa vulnerando la autonomía de las personas con discapacidad psicosocial y consolidando prácticas jurídicas y clínicas que reproducen desigualdades estructurales (Arstein-Kerslake y Flynn, 2016). En este contexto, resultaba esperable que las leyes estatales creadas posteriormente a la reforma de la LGS de 2022 reflejaran un alineamiento más robusto con dicho principio. Sin embargo, el análisis comparativo revela un panorama heterogéneo y aún insuficiente. En la Tabla 3 se presenta un análisis para cada ley estatal.

Tabla 3. *Alineación normativa de leyes estatales en salud mental: consentimiento informado, internamiento voluntario y voluntad anticipada (pre y post reforma de la LGS en 2022).*

	Consentimiento Informado	Internamiento voluntario	Voluntad Anticipada
LGS (1984/2022)	Artículos 51 Bis, 74 Ter, 75 Bis y Ter	Artículos 75 y 75 Bis	Artículos 75 Ter y 74 Ter fracción II
Leyes estatales creadas antes de la reforma sin actualizaciones posteriores			
Ciudad de México (2011)	Artículo 6 fracción II y XIII, 32, 50, 53, 55 (internamiento). Parcialmente alineada: Reconoce el consentimiento informado, pero no integra ajustes razonables.	Artículos 47 a 56. Parcialmente alineada: Establece procedimientos y restricciones, pero no define el internamiento como "último recurso".	No identificado. No alineada.
Sonora (2013)	Artículos 7 fracción I BIS, 8 fracción IX, 35, Artículo 46 fracción II (parcialmente) Parcialmente alineada: Define consentimiento informado pero no prevé ajustes razonables.	Artículo 46, 46 Bis, 49 Parcialmente alineada: Contempla modalidades de internamiento, pero no enfatiza con claridad internamiento como "último recurso terapéutico".	No identificado. No alineada.

Michoacán (2014)	Artículo 27, 60 I y II, 67, 68, 69. Parcialmente alineada: Reconoce consentimiento y autorización, pero sin mención explícita de ajustes razonables.	Artículo 56–72 Parcialmente alineada: Detalla modalidades de ingreso (voluntario, emergencia, judicial), pero no menciona que el internamiento sea "último recurso".	No identificado. No alineada.
Querétaro (2017)	Artículo 5 (principio), Artículo 7 (derecho), Artículo 32 (información previa al tratamiento) Parcialmente alineada: Reconoce el consentimiento informado, pero no desarrolla mecanismos específicos.	Artículo 43-49. Parcialmente alineada: Se regula detalladamente, pero no como "último recurso" ni con enfoque de desinstitucionalización.	No identificado. No alineada.
Baja California (2018)	Artículo 7 II, 7 VI–VIII Parcialmente alineada: Reconoce el derecho a decidir, recibir información y consentimiento en tratamientos, pero sin incluir ajustes razonables.	No desarrollado de forma específica. No alineada: La ley no detalla modalidades de internamiento ni lo reconoce como último recurso terapéutico, ni establece condiciones éticas específicas.	No identificado. No alineada.
Zacatecas (2018)	Artículo 10 fracción II, Artículo 20, Artículo 22 I-II. Parcialmente alineada: Regula consentimiento y autorización para internamiento.	Artículo 20, 22, 23 Parcialmente alineada: Regula modalidades, pero no destaca el principio de "última opción terapéutica".	No identificado. No alineada.
Coahuila de Zaragoza (2020)	Artículo 7, Artículo 38, Artículo 54, Artículo 59. Parcialmente alineada: Se reconoce el consentimiento informado, pero no se regula de forma exhaustiva.	Artículo 51–62 Parcialmente alineada: Se reconocen tres modalidades de internamiento, pero no se especifica el principio de "último recurso".	No identificado. No alineada.
Quintana Roo (2020)	Artículo 6 fracción III, Artículo 12, Artículo 20, Artículo 22. Parcialmente alineada: Requiere consentimiento informado para tratamiento.	Artículo 6 fracción IX, Artículo 12, 20, 22. Parcialmente alineada: Define procedimientos y derechos, pero no enfatiza claramente que es "último recurso terapéutico".	No identificado. No alineada.

Leyes estatales previas a la reforma con actualizaciones posteriores			
Morelos (2011/2024)	Artículo 8 incisos h e i, Artículo 10 fracción VI, VII, Artículo 36. Parcialmente alineada: Se garantiza consentimiento informado y participación en la toma de decisiones, aunque no se prevén apoyos para la toma de decisiones.	Artículo 8 incisos j, l, m y n, Artículo 44-51 Bis. Limitadamente alineada: Regula internamiento con referencia a consentimiento y revisión periódica, pero mantiene internamiento involuntario por orden de autoridad, con criterios no plenamente compatibles con la CDPD.	No identificado. No alineada.
Sinaloa (2017/2023)	Artículo 8 fracción X, Artículo 9 fracción III, Artículo 37. Parcialmente alineada: Define consentimiento informado pero no prevé ajustes razonables.	Artículo 56 al 60. Parcialmente alineada: Establece modalidades y principios de internamiento, sin reforzar internamiento como último recurso.	No identificado. No alineada.
Nuevo León (2018/2023)	Artículo 5 fracción XIII, XIV, Artículo 52, 67, 74 y 75. Parcialmente alineada: contempla el consentimiento informado, pero sin énfasis suficiente en ajustes razonables.	Artículo 74, 75 fracción I, II, III, Artículo 88. Parcialmente alineada: define internamientos, requiere consentimiento, pero aún no como último recurso explícitamente.	No identificado. No alineada.
Chihuahua (2018/2024)	Artículo 6 fracción X, Artículo 9 fracción III, Artículo 10, Artículo 20. Parcialmente alineada: Contempla consentimiento informado en tratamientos e internamientos.	Artículo 7, 7 Bis, 8, 9, 10, 13, 14. Parcialmente alineada: Define modalidades y derechos, pero no como "último recurso", ni se garantiza opción ambulatoria como preferente.	No identificado. No alineada.
Yucatán (2018/2024)	Artículo 7, 56, 57, 77, 80, 81. Alineada: Regula el consentimiento informado tanto para menores como para internamientos voluntarios e involuntarios.	Artículo 57, 76-79. Alineada: Regula claramente el internamiento voluntario, involuntario y por orden de autoridad.	No identificado. No alineada.
San Luis Potosí (2018/2024)	Artículo 4 fracción VI, Artículo 23-III (tratamiento y consentimiento), Artículo 20-I (internamiento voluntario). Parcialmente alineada: Se establece el derecho a información y consentimiento, pero no contempla ajustes razonables.	Artículo 20-I (voluntario), II (involuntario), III (judicial/obligatorio), Artículo 21. Bien alineada: Se establece claramente como último recurso terapéutico, bajo prescripción y consentimiento informado.	No identificado. No alineada.

Leyes estatales posteriores a la reforma			
Durango (2022)	Artículo 4 fracción VI, Artículo 72, 87, 98-100. Alineada: Se contempla explícitamente y detalla la forma, condiciones y obligatoriedad del consentimiento informado.	Artículo 95-97, 100. Alineada: Claramente regulado, enfatizando que debe ser voluntario, breve y terapéuticamente necesario.	No identificado. No alineada.
Tlaxcala (2023)	Artículo 4 fracción III, Artículo 55 fracción I a, Artículo 64. Alineada: Se establece la obligatoriedad del consentimiento informado, sus componentes y procedimientos.	Artículo 34-37. Alineada: Claramente regulado, con distinción entre ingreso voluntario, de emergencia y por orden de autoridad.	No identificado. No alineada.
Campeche (2024)	Artículo 4 inciso i, Artículo 6 III, IV, V, Artículo 38, Artículo 49 VII c y e. Altamente alineada: Se regula el consentimiento informado de manera amplia, incluyendo consentimiento para internamiento y para tratamientos específicos.	Artículo 4 j, I, Artículo 7, Artículo 45-55, Artículo 49 VII. Altamente alineada: Regula internamiento voluntario e involuntario con garantías, criterios claros, revisión periódica y límites al uso de medidas restrictivas.	No identificado. No alineada.
Jalisco (2024)	Artículo 3.V, 12.III, 15.II y III, 30: Requiere consentimiento informado escrito y respetuoso de la autonomía. Totalmente alineada.	Artículo 27-32: Internamiento como último recurso, requiere consentimiento, regulación clara para urgencias. Totalmente alineada	Artículo 15. II, 21 Parcialmente alineada
Puebla (2024)	Artículo 5 fracción VI, Artículo 7 fracción III, Artículo 41 y 43. Totalmente Alineada: Define, regula y vincula con la voluntad del usuario y familiares.	Artículo 38-45. Totalmente Alineada: Internamiento como último recurso, con condiciones, consentimiento y supervisión.	No identificado. No alineada.
Hidalgo (2024)	Artículo 5 fracción III, IV, V, Artículo 7, Artículo 19, 20 Totalmente alineada: Regula de forma clara el consentimiento informado, respetando la capacidad jurídica y autonomía de decisión.	Artículo 19-26. Alineada: Regula ingreso voluntario y por orden judicial, incluyendo requisitos éticos, médicos y respeto a derechos humanos.	Artículo 5 fracción V. Alineada: Reconoce la voluntad anticipada en los términos establecidos por la ley en materia de salud, con condiciones claras para su ejercicio.
Aguascalientes (2024)	Artículo 7, fracción III, Artículo 27. Parcialmente alineada: Implícito en decisiones sobre tratamientos, carece de descripción extensa y explícita sobre su procedimiento.	No especificado explícitamente. No alineada: Carece de definición explícita sobre internamiento voluntario en la ley estatal.	No identificado. No alineada.

IV. Discusión

Los resultados obtenidos en este análisis revelan con claridad una tensión normativa persistente en la transición desde un paradigma tutelar hacia un modelo basado en los derechos humanos en materia de salud mental en México, particularmente tras la reforma de 2022 a la Ley General de Salud. Este hallazgo es consistente con investigaciones y documentos de organismos internacionales (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, 2014; Flynn y Arstein-Kerslake, 2014; Minkowitz, 2007; OMS, 2021), los cuales han subrayado los desafíos estructurales y conceptuales que enfrentan los sistemas jurídicos y de salud para incorporar plenamente el principio de autonomía y capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial.

En primer término, la persistencia de figuras como la tutela o el consentimiento sustitutorio, claramente identificadas en los marcos normativos de entidades federativas como Coahuila, Nuevo León, Baja California, Sonora, Zacatecas, Michoacán, entre otras, evidencia que el cambio paradigmático impulsado desde los estándares internacionales e integrados a la reforma de la LGS de 2022 aún se enfrenta a barreras culturales e institucionales profundas. En concordancia con la visión crítica de Foucault (1972), estas figuras pueden interpretarse como dispositivos institucionales históricamente arraigados, orientados a gestionar la diferencia psíquica mediante la subordinación de la autonomía individual al juicio externo, bajo una lógica tradicionalmente médica y protectora. Tal perspectiva no implica atribuir intenciones negativas a actores específicos, sino que invita a comprender cómo estas prácticas forman parte de estructuras institucionalizadas de poder, cuya transformación requiere esfuerzos integrales y coordinados.

En segundo término, resulta relevante enfatizar el limitado desarrollo normativo de figuras clave como la voluntad anticipada y los apoyos para la toma de decisiones, cuya implementación efectiva es esencial para cumplir con el artículo 12 de la CDPD. Este análisis muestra que, aunque algunas leyes recientes como las de Hidalgo y Jalisco, ambas publicadas en 2024, avanzan en reconocer explícitamente estos derechos, en la mayoría de los casos subsisten vacíos y carencias en la regulación procedimental de tales figuras. Esta situación sugiere que la incorporación sustantiva del modelo social de discapacidad aún se encuentra en una etapa temprana y fragmentaria. La ausencia de estos dispositivos normativos puede interpretarse no únicamente como una limitación técnica o jurídica, sino como expresión de resistencias estructurales más profundas a la plena aceptación del nuevo paradigma, que exige reconocer a las personas con discapacidad psicosocial no solo como sujetos formales de derechos, sino como agentes activos con capacidad plena para tomar decisiones sobre sus vidas.

Este análisis también revela una importante heterogeneidad entre los estados federativos respecto al grado de alineación normativa con la LGS y los estándares internacionales en los que esta se basa. Tal diversidad se traduce en desigualdades sustantivas en el acceso efectivo a derechos fundamentales, lo que pone de manifiesto una problemática adicional relacionada con el modelo federal mexicano. Mientras entidades como Hidalgo, Puebla y Jalisco han hecho esfuerzos explícitos y tangibles por ajustar sus legislaciones locales al nuevo marco de derechos humanos, otras entidades aún mantienen estructuras jurídicas predominantemente tutelares. Tal heterogeneidad genera importantes interrogantes sobre la equidad en el acceso a derechos en salud mental en función de la entidad federativa en que residen las personas. Esto plantea la necesidad de mecanismos federales más robustos de armonización, supervisión y seguimiento que garanticen

el cumplimiento efectivo y homogéneo de los derechos en todo el territorio nacional.

Por otro lado, la discusión crítica de estos hallazgos invita a considerar que la sola modificación de textos legislativos no resulta suficiente para garantizar un cambio efectivo y sostenible hacia un modelo basado en derechos. La transformación real requiere ajustes profundos en las prácticas clínicas, administrativas y culturales en los contextos de atención a la salud mental. En este sentido, resulta crucial considerar los procesos formativos del personal médico, administrativo y jurídico, la creación de protocolos claros y accesibles, así como mecanismos efectivos para la revisión independiente de decisiones sobre tratamientos involuntarios.

Sin tales cambios complementarios, los avances normativos podrían permanecer limitados a un nivel discursivo y no traducirse en la práctica clínica ni en la experiencia cotidiana de las personas usuarias. Esto no implica descalificar o subestimar los esfuerzos normativos recientes, sino reconocer que la armonización sustantiva, tanto de las leyes estatales como de la LGS con la CDPD es un proceso gradual que demanda esfuerzos sostenidos, inversiones significativas, participación directa de las personas usuarias y ajustes institucionales profundos. La evidencia presentada, lejos de sugerir un juicio definitivo, permite delinear claramente un conjunto de desafíos pendientes y trazar líneas estratégicas para avanzar hacia un modelo verdaderamente respetuoso de la autonomía y de la capacidad jurídica de todas las personas usuarias de los servicios de salud mental.

V. Conclusiones

A pesar de avances normativos en ciertos estados como Hidalgo, Jalisco o Puebla, la mayoría de los marcos estatales continúan anclados en paradigmas tutelares que reproducen prácticas de sustitución de la voluntad, contradiciendo directamente a la LGS, así como a la CDPD y su Observación General núm. 1 (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, 2014). Este diagnóstico es coherente con los hallazgos de los Relatores Especiales sobre la tortura y sobre el derecho a la salud mental. Informes como los de Méndez (2013; 2014) han documentado cómo prácticas de internamiento involuntario, sustitución de voluntad y tratamientos forzados en contextos de salud mental pueden constituir violaciones graves a la autonomía e incluso alcanzar el umbral de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De manera convergente, se destaca que el consentimiento informado no es solo un requisito formal de la práctica médica, sino un componente esencial de la garantía de autonomía personal, dignidad y autodeterminación de las personas usuarias de servicios de salud mental.

Asimismo, las personas con discapacidad psicosocial tienen derecho a que se respete su voluntad, preferencias y autonomía. Sin embargo, existen riesgos de prácticas como la medicalización excesiva, el internamiento arbitrario y los tratamientos forzados, que constituyen violaciones de derechos humanos. Además, el enfoque epistemológico de esta reforma a la LGS no puede dissociarse de un cambio de paradigma más amplio: el tránsito desde un modelo biomédico-coercitivo hacia un modelo psicosocial y de ciudadanía (Gooding, 2020, Foucault, 1972), sustentado en la premisa de que las personas con discapacidad psicosocial son sujetos plenos de derechos y no objetos de tutela o exclusión institucional. Este viraje es coherente con el modelo social de la discapacidad (Oliver, 1996) y con la construcción de servicios de salud mental basados en la comunidad y en el respeto irrestricto de la voluntad y preferencias de las personas, tal como establece la OMS (2023) en su marco actualizado de acción.

El reconocimiento formal de derechos en las leyes es solo un primer paso. El desafío central reside en la armonización sustantiva de los marcos estatales con la CDPD y en la transformación profunda de las prácticas clínicas y administrativas para garantizar efectivamente el ejercicio de la capacidad jurídica y de la autonomía terapéutica en todos los niveles del sistema. Según los hallazgos presentados, el panorama actual en México es heterogéneo y todavía insuficiente, sin tomar en cuenta que, además, 11 estados de la república aun no cuentan con una ley específica sobre salud mental. La persistencia de disposiciones tutelares, la ausencia de apoyos normativamente garantizados para la toma de decisiones, la falta de incorporación sistemática de la voluntad anticipada y las lagunas en los mecanismos de supervisión y rendición de cuentas revelan que la armonización normativa y operativa con los estándares internacionales es un desafío urgente y pendiente para consolidar un sistema de salud mental verdaderamente respetuoso de los derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

- Arstein-Kerslake, A. y Flynn, E. (2016). The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A roadmap for equality before the law. *The International Journal of Human Rights*, 20 (4), 471–490. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13642987.2015.1107052>
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (2011, 23 de febrero). Ley de Salud Mental del Distrito Federal. <https://www.transparencia.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/LEY/SAL/UDM/LEYSALUDMENTALDF.pdf>
- Beauchamp, T. L., y Childress, J. F. (2019). *Principles of Biomedical Ethics* (8.ª ed.). Oxford University Press. <https://shmu.ac.ir/file/download/page/1736664204-6783648c92a6f-5.pdf>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas. (2014). *Observación General núm. 1 sobre el artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley*. CRPD/C/GC/1. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- Congreso del Estado de Aguascalientes. (2024, 28 de agosto). Ley de Salud Mental del Estado de Aguascalientes. <https://eservicios2.aguascalientes.gob.mx/NormatecaAdministrador/archivos/5045.docx>
- Congreso del Estado de Baja California. (2018, 23 de febrero). Ley de Salud Mental para el Estado de Baja California. https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_VI/20240209_LEYSALMENTAL.PDF
- Congreso del Estado de Campeche. (2024, 9 de abril). Ley de Salud Mental para el Estado de Campeche. <https://legislacion.congresocam.gob.mx/index.php/etiquetas-x-materia/389-ley-de-salud-mental-para-el-estado-de-campeche>
- Congreso del Estado de Chihuahua. (2018, 13 de junio). Ley de Salud Mental para el Estado de Chihuahua. <https://www.congresochihuahua2.gob.mx/biblioteca/leyes/archivosLeyes/1428.pdf>
- Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza. (2020, 18 de diciembre). Ley de Salud Mental para el Estado de Coahuila de Zaragoza. https://www.congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes_Coahuila/coa281.pdf
- Congreso del Estado de Durango. (2022, 7 de julio). Ley de Salud Mental para el Es-

- tado de Durango. <https://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/LEY%20DE%20SALUD%20MENTAL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20DURANGO.pdf>
- Congreso del Estado de Hidalgo. (2024, 20 de agosto). Ley de Salud Mental y Prevención del Suicidio del Estado de Hidalgo. https://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/leyes_cintillo/Ley%20de%20Salud%20Mental%20y%20Prevencion%20del%20Suicidio%20para%20el%20Estado%20de%20Hidalgo.pdf
 - Congreso del Estado de Jalisco. (2024, 13 de julio). Ley de Salud Mental y Adicciones del Estado de Jalisco. https://congresoweb.congresoal.gob.mx/bibliotecavirtual/legislacion/Leyes/Documentos_PDF-Leyes/Ley%20de%20Salud%20Mental%20y%20Adicciones%20del%20Estado%20de%20Jalisco-190724.pdf
 - Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo. (2014, 12 de septiembre). Ley de Salud Mental del Estado de Michoacán de Ocampo. <https://docs.mexico.justia.com/static/pdf-js/web/index.html?file=/estatales/michoacan/leyes/ley-de-salud-mental-del-estado-de-michoacan-de-ocampo.pdf>
 - Congreso del Estado de Morelos. (2011, 12 de octubre). Ley de Salud Mental del Estado de Morelos. <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/leyes/pdf/LMENTALEM.pdf>
 - Congreso del Estado de Nuevo León. (2018, 9 de mayo). Ley de Salud Mental para el Estado de Nuevo León. https://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/LEY%20DE%20SALUD%20MENTAL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf?2023-12-%208
 - Congreso del Estado de Puebla. (2024, 15 de agosto). Ley de Salud Mental y Adicciones para el Estado de Puebla. https://ojp.puebla.gob.mx/media/k2/attachments/Ley_de_Salud_Mental_y_Adicciones_para_el_Estado_de_Puebla_T4_15082024.pdf
 - Congreso del Estado de Querétaro. (2017, 22 de septiembre). Ley de Salud Mental para el Estado de Querétaro. http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/2016/01/LEY126_59_18.pdf
 - Congreso del Estado de Quintana Roo. (2020, 21 de diciembre). Ley de Salud Mental del Estado de Quintana Roo. <https://documentos.congresoqroo.gob.mx/leyes/L222-XVI-20201221-L1620201221064-SM.pdf>
 - Congreso del Estado de San Luis Potosí. (2018, 30 de agosto). Ley de Salud Mental del Estado de San Luis Potosí. https://congresosanluis.gob.mx/sites/default/files/unpload/legislacion/leyes/2024/09/Ley_de_Salud_Mental_de_Estado_y_Municipios_24_Sept_2024.pdf
 - Congreso del Estado de Sinaloa. (2017, 27 de diciembre). Ley de Salud Mental del Estado de Sinaloa. <https://saludsinaloa.gob.mx/wp-content/uploads/2024/01/Ley-de-Salud-Mental-del-Estado-de-Sinaloa.pdf>
 - Congreso del Estado de Sonora. (2013, 16 de diciembre). Ley de Salud Mental del Estado de Sonora. <https://transparencia.heroicanogales.gob.mx/storage/laws/Gkb9S2ceseV8b-6f4lx47C1LN9ocKAYrERh9FWBgD.pdf>
 - Congreso del Estado de Tlaxcala. (2023, 16 de noviembre). Ley de Salud Mental y del Comportamiento Adictivo del Estado de Tlaxcala. <https://docs.mexico.justia.com/static/pdf-js/web/index.html?file=/estatales/tlaxcala/leyes/ley-de-salud-mental-y-del-comportamiento-adictivo-del-estado-de-tlaxcala.pdf>
 - Congreso del Estado de Yucatán. (2018, 27 de agosto). Ley de Salud Mental del Estado de Yucatán. https://www.congresoyucatan.gob.mx/storage/legislacion/leyes/dedd95f35278e2513b34254ed04344a4_2024-08-16.pdf
 - Congreso del Estado de Zacatecas. (2018, 7 de julio). Ley de Salud Mental para el Estado de Zacatecas. <https://www.congresozac.gob.mx/65/ley&cual=230>
 - Foucault, M. (1972). *Historia de la locura en la época clásica*. (2a. Ed.) Fondo de Cultura Económica. <https://patriciolepe.wordpress.com/wp-content/uploads/2007/06/foucault->

Michel-historia-de-la-locura.pdf

- Flynn, E., y Arstein-Kerslake, A. (2014). Legislating personhood: Realising the right to support in exercising legal capacity. *International Journal of Law in Context*, 10(1), 81–104. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779376
- García-Avitia, C. A. (2025). Análisis de la Reforma de la Ley General de Salud en Materia de Salud Mental en México y su Relación con el Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013- 2030 de la OMS. *DE JURE*, (1), 236-274. <https://revistasacademicas.uco.mx/index.php/dejure/article/view/2412>
- Gooding, P. (2020). *A new era for mental health law and policy: Supported decision-making and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Cambridge University Press. https://www.researchgate.net/publication/325583134_A_new_era_for_mental_health_law_and_policy_Supported_decision-making_and_the_un_convention_on_the_rights_of_persons_with_disabilities
- Ley General de Salud. Diario Oficial de la Federación 7 de febrero de 1984. (México). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf>
- Marmot, M., y Wilkinson, R. (2006). *Social Determinants of Health*. Oxford University Press. https://www.researchgate.net/publication/6938831_Social_Determinants_of_Health_2nd_Edition_M_Marmot_and_R_Wilkinson_ed
- Méndez, J. E. (2013). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/HRC/22/53)*. Organización de las Naciones Unidas. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g13/105/80/pdf/g1310580.pdf?OpenElement>
- Méndez, J. E. (2014). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/HRC/28/68)*. Organización de las Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/A/HRC/28/68>
- Minkowitz, T. (2007). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the right to be free from non-consensual psychiatric interventions. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34(2), 405–428. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1481512
- Oliver, M. (1996). *Understanding Disability: From Theory to Practice* (Chapter 3, pp. 30-42). St. Martin's Press. <https://doi.org/10.1007/978-1-349-24269-6>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (2021). *Guidance on community mental health services: Promoting person-centred and rights-based approaches*. <https://iris.who.int/handle/10665/341648>
- Organización Mundial de la Salud. (2023). *World Mental Health Report: Transforming mental health for all*. <https://www.who.int/publications/i/item/9789240049338>
- Organización Panamericana de la Salud. (2023). *Protección y Promoción de Derechos Humanos en Salud Mental*. <https://www.paho.org/es/documentos/folleto-proteccion-promocion-derechos-humanos-salud-mental>

2. Comentarios *Jurisprudenciales*

Irracionalidad o misterio: cuantificación del daño moral provocado por las vulneraciones de los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos

Irrationality or mystery: quantification of non-pecuniary damages caused by violations of the rights set forth in the European Convention on Human Rights and its Protocols

Marc Suñer Pernaleté¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)12](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)12)

Comentario a

Pindo Mulla v. España

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala)

Acceso al Fallo

RESUMEN:

Después de que la Testigo de Jehová, Rosa Edelmira Pindo Mulla, manifestase en numerosas ocasiones su rechazo a que se le practicasen transfusiones de sangre, siguiendo todos los mecanismos dispuestos en la legislación española, los médicos del hospital de La Paz la sometieron a diversas transfusiones de sangre durante una cirugía para extraerle un mioma uterino. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentenció una vulneración de su derecho a la vida privada establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y cuantificó el daño moral en 12.000 euros. Sin embargo, el Tribunal no explica las razones de esta cuantificación, que por lo general obedece a criterios opacos y no accesibles para los justiciables, lo cual merma su credibilidad. Empleando los criterios que un sector doctrinal ha identificado mediante un análisis de la jurisprudencia del Tribunal, hemos pretendido poner de manifiesto esta falta de transparencia (que no ha recibido la merecida atención de la doctrina) y examinar la aplicación de dichos criterios en este caso.

1 Abogado penalista en González Franco. Correo electrónico: marcsunyer97@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5786-8041>.

ABSTRACT

After the Jehovah's Witness, Rosa Edelmira Pindo Mulla, had on numerous occasions expressed her refusal to undergo blood transfusions, following all the mechanisms provided for in Spanish law, doctors at La Paz hospital subjected her to several blood transfusions during surgery to remove a uterine myoma. The European Court of Human Rights ruled a violation of her right to private life under Article 8 of the European Convention on Human Rights and quantified these non-pecuniary damages at 15,000 euros. However, the Court did not explain the reasons for this quantification, which is generally based on opaque criteria that are not accessible to the parties, undermining its credibility. Using the principles that a doctrinal sector has identified through an analysis of the Court's case law, we have sought to highlight this lack of transparency (which has not received the deserved attention of the doctrine) and to examine the application of these criteria to this case.

PALABRAS CLAVE: Daño moral, cuantificación, transparencia, satisfacción equitativa, autonomía personal.

KEYWORDS: Moral damage, quantification, transparency, equitable satisfaction, personal autonomy.

I. Introducción:

El derecho al consentimiento informado sobre las intervenciones médicas es uno de los principales derechos que asisten a los pacientes. Expresión de la autonomía de la voluntad, implica que únicamente podrán practicarse intervenciones médicas sobre quien las consienta habiendo sido previamente informado acerca del contenido de éstas y sus implicaciones. Los Testigos de Jehová, dado su conocido rechazo a las transfusiones de sangre, suelen hacer uso de este derecho, sabiendo que con ello ponen en peligro su vida.

Este es el caso de Rosa Edelmira Pinda Mulla, quien a pesar de haber manifestado su rechazo a que se le practicasen transfusiones de sangre, después de una desafortunada secuencia de negligencias, los médicos del hospital público madrileño de La Paz le practicaron una transfusión de sangre en contra de su voluntad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que el Reino de España vulneró su derecho a la vida privada (que incluye la libertad para decidir sobre las intervenciones médicas) y lo condenó a resarcirla con 12.000 EUR, más costas.

La decisión del Tribunal es impecable, dado que la vulneración es patente. Por esta razón, poco estaríamos aportando si dedicásemos nuestro comentario a aplaudir una sentencia obvia o a explicar lo evidente. Hemos querido, por tanto, dedicar nuestro comentario al único aspecto opaco de la sentencia: la cuantificación del daño. Nuestra investigación pone de manifiesto que el Tribunal es especialmente poco transparente en esta labor, especialmente cuando se trata de un daño moral.

II. Hechos

En mayo de 2017, al ser diagnosticada con un mioma uterino, la Testigo de Jehová, Rosa Edelmira Pindo Mulla ya tenía claro que no se sometería a una transfusión de sangre en ningún caso, ni aunque fuese la única alternativa para salvar su vida. Así se lo comunicó a los médicos del hospital público Santa Bárbara, en Soria, mediante documento de

instrucciones previas, previsto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, "Ley de Autonomía del Paciente"). Rosa Edelmira también designó a dos representantes para que, en sus palabras "garantice el cumplimiento de las manifestaciones contenidas en el presente documento de instrucciones previas, y para que decida sobre aquellas cuestiones que no se contradigan con lo dispuesto en éste (documento de instrucciones previas)".

El documento fue depositado en el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León, después de que tres testigos acreditaran que lo había firmado. A partir de este momento, el documento era accesible para todo el personal sanitario de Castilla y León, incluidos los del hospital de Soria. Sin embargo, por razones desconocidas, no se incluyó una copia física en el archivo médico de la mujer en el hospital de Soria. También redactó, en términos similares, una declaración de voluntades anticipadas.

El 6 de junio de 2018, Rosa Edelmira acudió al hospital de Soria con dolores abdominales y sangrado vaginal. El ginecólogo que la atendía le sugirió una transfusión de sangre, a lo que la mujer se negó por escrito, en un documento de consentimiento informado que fue firmado por ella y por el ginecólogo, que se incorporó a su archivo médico.

Al día siguiente, el hematólogo notó que su nivel de hemoglobina había descendido a niveles extremadamente bajos. En el informe, el médico apuntó que *"la paciente no desea someterse a transfusiones de sangre por razones religiosas (Testigo de Jehová). Le he informado de que su estado de salud es grave y de que su vida corre peligro, y de forma consciente ha rechazado la transfusión"*.

El hospital de La Paz, situado en una comunidad autónoma distinta, es conocido por proveer tratamientos médicos alternativos a las transfusiones de sangre. Por esta razón, a las 11 de la mañana del 7 de junio, la mujer accedió a ser trasladada en ambulancia a ese hospital, que quedaba a 240 km del hospital de Soria, lo cual tuvo lugar sobre las 12:12 pm. En el traslado también se incluyó su historial médico (aunque se desconocen sus contenidos).

El médico que acompañaba a Rosa Edelmira en el traslado comunicó al hospital de La Paz sobre la grave situación de la mujer, advirtiéndole que posiblemente llegaría en estado de paralización respiratoria o cardíaca. La mujer, que en todo momento se mantuvo consciente, orientada y cooperativa, volvió a manifestar al médico su rechazo a las transfusiones de sangre.

A las 12:36 pm, los médicos del hospital de La Paz enviaron un fax al Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid, en el que decían: "Somos anesestesiólogos del hospital de La Paz, en Madrid, y hoy, 7 de junio de 2018, se nos ha informado de que una paciente Testigo de Jehová será transferida desde el hospital de Soria. La paciente presenta sangrado activo como consecuencia de un mioma uterino y cuenta con unos niveles de hemoglobina de 4 gr/dl. La paciente en Soria ha expresado su rechazo a todo tipo de tratamientos. La paciente está en camino y quisiéramos saber cómo proceder, dado que su condición será delicada cuando llegue. Por favor, responded rápido".

El Juez de Instrucción consultó al médico forense del Juzgado, quien dijo que si bien no

sabía si la paciente tenía capacidad suficiente para consentir o rechazar los tratamientos médicos que se le ofrecían, sus niveles de hemoglobina y hemorragia podrían presentar un riesgo para su vida. Por su parte, el Ministerio Fiscal señaló que no había evidencia del rechazo de la paciente a recibir tratamiento médico, por lo que no se oponía a que se le sometiera a cualquier tipo de tratamiento médico que pudiese preservar su salud y su vida. Mediante auto, el Juez de Instrucción hizo suyos los argumentos del forense y del fiscal y autorizó a que se pudiera someter a Rosa Edelmira al tratamiento médico necesario.

Aproximadamente a las 14:30, la mujer fue admitida en el hospital de La Paz, con el mayor nivel de consciencia posible según la escala de coma de Glasgow. Los médicos consideraron que su vida estaba en inminente peligro por sus niveles de sangrado y que requería de una intervención quirúrgica inminente. Por tratarse de una emergencia, no solicitaron el consentimiento informado de Rosa Edelmira, quien tampoco comunicó su rechazo a las transfusiones de sangre ni la existencia de un documento de instrucciones previas, el que, por cierto, no obraba tampoco en su historia clínica. Los médicos del hospital de La Paz tampoco consultaron el Registro nacional de instrucciones previas.

A las 15:00, la paciente fue ingresada en un quirófano para ser sometida a una histerectomía y una salpingectomía doble. Debido a una gran hemorragia que tuvo lugar durante la operación, los médicos le practicaron tres (3) transfusiones de sangre. Al día siguiente, cuando pusieron en su conocimiento el hecho de las transfusiones de sangre, la paciente dijo que lo sentía como una violación a su persona, “algo asqueroso...muy, muy malo”.

La paciente interpuso un recurso de reforma y subsidiario de apelación frente al auto que autorizó a que se le sometiera a cualquier tipo de tratamiento, esgrimiendo que se había dictado sin consultarle, que se habían distorsionado los hechos en el sentido de que se dijo que había rechazado todo tipo de tratamiento médico cuando esto no era cierto (únicamente había rechazado las transfusiones de sangre). Además, puso de manifiesto la existencia de un documento de instrucciones previas e incluso poderes notariales en el mismo sentido, que nunca fueron consultados.

El recurso de reforma (resuelto por el mismo órgano que dictó la resolución impugnada) fue desestimado bajo el argumento de que la negativa de la paciente a someterse a cualquier tipo de tratamiento médico, en atención a su grave estado de salud, ponía en grave peligro su vida. Además, si bien había manifestado sus deseos de forma verbal, no había constancia escrita de ello. En cuanto al documento de instrucciones previas, que la paciente adjuntó al recurso, el Juzgado observó que se había redactado hacía casi más de un año, y que no quedaba claro de quién era la firma.

La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso subsidiario de apelación, señalando que el rechazo a cualquier tipo de tratamiento médico debía hacerse por escrito. Consideró que sus instrucciones previas no eran válidas porque, al momento del tratamiento, la paciente podía haber decidido libremente no someterse a transfusiones de sangre; y, además, únicamente tenía la firma del médico, pero no la de la paciente. Por lo tanto, la decisión del Juzgado había sido conforme a derecho en atención al grave estado de salud de la paciente.

Contra la desestimación del recurso de apelación, Rosa Edelmira interpuso un recurso de

amparo, que el Tribunal Constitucional inadmitió porque apreciaba claramente que no había tenido lugar una vulneración de sus derechos fundamentales.

La inadmisión fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya resolución fue dictada por la Gran Sala en atención a la gravedad del caso y sus posibles consecuencias sobre la interpretación de los derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (el "CEDH").

II. Regulación española sobre el consentimiento médico

La legislación aplicable al caso se compone, en primer lugar, por el artículo 15 ("Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral") y el artículo 16 ("Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley") de la Constitución Española.

En segundo lugar, la Ley de Autonomía del Paciente; la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud (la "Ley Regional"); el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal (el "Real Decreto del Registro de Instrucciones Previas") y la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo SCO/2823/2007, de 14 de septiembre, por la que se amplía la Orden de 21 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo y se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Registro nacional de instrucciones previas (la "Orden Ministerial").

1. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La Ley de Autonomía del Paciente señala "la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad" como principios rectores de la información clínica (artículo 2). En efecto, al paciente le asiste un derecho a que se le proporcione toda la información disponible sobre la finalidad, naturaleza, riesgos, consecuencias y contraindicaciones de la intervención clínica (artículos 4 y 10). Cuando el paciente no tenga la capacidad suficiente para entender la información que se le proporciona, ésta se podrá en conocimiento de sus personas vinculadas (artículo 4). El derecho a recibir información se ve limitado por necesidades terapéuticas, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar gravemente su salud (artículo 5).

Una vez que el paciente ha comprendido esa información, también le asiste el derecho a consentir o rechazar la intervención clínica. Su derecho a rechazarla está limitado en dos circunstancias: (i) cuando el rechazo a la intervención clínica provoque un riesgo para la salud pública; y (ii) cuando exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente y no sea posible conseguir su autorización o consultar con sus familiares o personas vinculadas (artículo 9).

Para garantizar el máximo respeto a la autonomía del paciente, este puede manifestar anticipadamente su voluntad, con objeto de que se cumpla cuando no sea capaz de expresarlos personalmente. Por medio de este documento puede designarse un representante para que sirva como su interlocutor con el equipo sanitario (artículo 11).

2. Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

La Ley Regional será de aplicación únicamente a los centros, servicios o establecimientos ubicados en el territorio de Castilla y León en los que se realicen actuaciones sanitarias (artículo 2). Como complemento a lo establecido en la Ley de Autonomía del Paciente, la Ley Regional señala que la información sobre la intervención clínica deberá facilitarse al paciente con la antelación suficiente para que pueda reflexionar y elegir libremente sobre ésta (artículo 17).

3. Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

La facultad de inscribir las instrucciones previas en Registro nacional de instrucciones previas tiene como fin el asegurar la eficacia y posibilitar el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos de acuerdo con las leyes de las comunidades autónomas (artículo 2). Una vez registrado el correspondiente documento de instrucciones previas, si la información mínima fuese incompleta o si se apreciase algún defecto subsanable, se procederá a la inscripción provisional y se requerirá para su subsanación en un plazo no superior a 15 días (artículo 3).

Para facilitar el conocimiento de la existencia y localización de las inscripciones de los documentos de instrucciones previas en todo el territorio nacional, el Ministerio de Sanidad y Consumo, mediante orden ministerial, creará el fichero automatizado de datos de carácter personal, denominado Registro nacional de instrucciones previas (artículo 5).

4. Orden SCO/2823/2007, de 14 de septiembre, por la que se amplía la Orden de 21 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo y se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Registro nacional de instrucciones previas.

La Orden Ministerial señala que la finalidad del fichero será posibilitar el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos que hayan sido formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las comunidades autónomas.

Se encuentran facultadas para acceder al Registro las siguientes personas: (i) los otorgantes; (ii) los representantes legales de los otorgantes, en caso de que hubiesen sido autorizados para ello; (iii) los responsables acreditados de los registros autonómicos; y (iv) las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente.

III. Apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH") consideró que el conjunto de decisiones tomadas por los profesionales sanitarios, que empezó con la comunicación enviada al Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid y culminó con la práctica de la transfusión de sangre a la paciente, vulneró su derecho a la vida privada establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "CEDH"), en conexión con el artículo 9, que garantiza la libertad de religión.

Para el TEDH, la intervención médica se hizo siguiendo un propósito lícito, que es el de

salvaguardar la vida de la paciente ante situaciones de emergencia. En este punto, dice que no puede sustituir el juicio médico realizado *in situ* por los profesionales sanitarios para concluir que no se trataba de una situación de emergencia.

El TEDH apreció que la legislación nacional de España tiene como eje central el respeto a la autonomía del paciente a la hora de consentir sobre las intervenciones clínicas, con ciertas limitaciones. La forma que este consentimiento debe adoptar, así como el procedimiento que debe seguirse para tomar la decisión, entra dentro del margen de apreciación de los Estados Miembros, si bien debe garantizarse a la persona afectada un alto grado de participación en la decisión.

El núcleo del debate jurídico se centra en cómo debe conjugarse el derecho del paciente a consentir sobre la aplicación de un tratamiento médico y el deber de los Estados Miembros de proteger la vida de sus ciudadanos, especialmente cuando hay dudas sobre la autenticidad de las manifestaciones del paciente. El debate es especialmente complejo, porque el derecho a la vida es uno de los valores básicos de las sociedades democráticas. En abstracto, un marco regulatorio respetuoso con el CEDH y con el Convenio de Oviedo debe asegurar que, en situaciones de emergencia para la vida del paciente, su decisión de rechazar un tratamiento médico sea libre, clara e informada. Si en una situación de emergencia existen indicios de que la decisión del paciente no cumple con estas características (esto es, que no es libre, clara e informada), entonces podrá no ser tenida en cuenta, siendo posible entonces la aplicación del tratamiento médico para garantizar su derecho a la vida.

En estas circunstancias, el informe explicativo del Convenio de Oviedo señala que los profesionales de la salud deben llevar a cabo todas las averiguaciones razonables que sean posibles en función de las circunstancias, para determinar su verdadera voluntad. Si son infructuosas, deberá practicarse el tratamiento médico para garantizar su derecho a la vida.

Ni el CEDH ni el Convenio de Oviedo señalan que las instrucciones médicas previas deban ser obedecidas en todo caso (el artículo 9 del Convenio de Oviedo dice únicamente que “deberán ser tenidas en cuenta”). La eficacia jurídica y los requisitos formales de las instrucciones previas caen dentro del margen de apreciación de los Estados Miembros. Sin embargo, el Reino de España, haciendo uso de ese margen de apreciación, le ha conferido eficacia vinculante a las instrucciones previas y ha desarrollado un sistema de registro dedicado a garantizar su conocimiento.

El problema principal reside en la comunicación que los médicos del hospital de La Paz hacen al Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid, en tanto que contenía información inveraz (que la paciente había rechazado todo tipo de tratamiento, y que dicho rechazo había sido realizado verbalmente) y omitía información relevante, como que la noche anterior Rosa Edelmira había manifestado por escrito a uno de los médicos del hospital de Soria su rechazo expreso a que se le practicaran transfusiones de sangre.

Esta falta de información veraz fue determinante en la decisión del Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid de autorizar a que se le practicasen las intervenciones médicas necesarias para salvar su vida. Sin embargo, el juez en ningún momento dio importancia al estado de consciencia de la paciente, y simplemente asumió que se encontraba inconsciente. La comunicación de los médicos del hospital de La Paz nada decía al respecto. De

hecho, el médico forense consultado por el Juez apuntó que “no se sabe si la paciente está en posición de consentir o rechazar el tratamiento médico”.

Una vez recibida la autorización del Juzgado, todo apunta a que los médicos del hospital de La Paz procedieron a tratar médicamente a la paciente sin recabar su consentimiento, a pesar de que los propios médicos considerasen que se encontraba totalmente consciente. Pero, aunque la paciente no se encontrase consciente, la Ley de Autonomía del Paciente prevé el consentimiento por representación, precisamente para estos casos (artículo 9.3.a). Sin embargo, en ningún momento se consultó o se informó a las personas asociadas con la accionante.

Al recurrir la decisión del Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid, los órganos jurisdiccionales españoles resolvieron los recursos de forma arbitraria, irracional y contradictoria. En primer lugar, la Audiencia Provincial de Madrid aceptó el hecho de que la paciente se encontraba consciente al momento de llegar al hospital de La Paz, lo cual tendría que haber obligado a los médicos a recabar su consentimiento sobre el tratamiento médico a aplicarle. En segundo lugar, la Audiencia Provincial sostuvo que el documento en el que la paciente rechazaba las transfusiones de sangre el día anterior a los hechos no se encontraba firmado, a pesar de sí estarlo.

El TEDH concluye que el conjunto de decisiones que comenzó con la comunicación al Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid y concluyó con la práctica de transfusiones de sangre a Rosa Edelmira no tuvo en cuenta su autonomía privada garantizada por el artículo 8 del CEDH, que se vio efectivamente vulnerada.

En cuanto al daño, el TEDH recuerda que dentro de sus labores no se encuentra la concesión de sumas de dinero como compensación por las lesiones sufridas por las víctimas. Únicamente reconocerá el derecho a recibir sumas de dinero con el fin de garantizar el cumplimiento del CEDH por parte de las Partes Contratantes. Por esta razón, de los EUR 45.000 solicitados por Rosa Edelmira, le concede EUR 12.000, más EUR 14.000 en concepto de honorarios profesionales de abogados.

IV. Valoración crítica

En términos generales, la valoración del TEDH es razonable y adecuada. Las decisiones más difíciles de comentar son aquellas en las que ambas partes defienden intereses jurídicamente protegidos de importancia similar (de forma que inclinarse por uno de ellos no resulte obvio) o aquellas en las que la actuación de ambas partes ha sido conforme a derecho, precavida y de buena fe. Este caso no entra dentro de ninguna de estas categorías.

Es cierto que no ha sido posible dar con un causante único de la vulneración del derecho a la autonomía personal de Rosa Edelmira, ya que casi todas las partes involucradas (a excepción de ella misma) se comportaron de forma contraria a derecho. Desde los médicos que no consultaron el Registro nacional de instrucciones previas; o el Juzgado de Instrucción que autorizó la intervención médica sin tener conocimiento de las capacidades de la paciente para consentir o rechazar el tratamiento; o los médicos que, habiendo reportado que la paciente se encontraba totalmente consciente al momento de llegar al hospital de La Paz, omitieron recabar su consentimiento sobre los tratamientos que iban a practicarle (y con plenos conocimientos de que la paciente era Testigo de Jehová); hasta

la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió disparatadamente la apelación. El régimen jurídico español sobre el consentimiento informado es claro y ha sido objeto de profusa atención doctrinal, por lo que nada estaríamos aportando si dedicamos nuestro comentario a explicar su funcionamiento en este caso. Del mismo modo, un comentario dirigido a aplaudir una decisión obvia tampoco aportaría nada al debate jurídico y sería una pérdida de tiempo para los lectores. Por lo tanto, el objeto del comentario estará dirigido al único aspecto opaco de la decisión del TEDH: el reconocimiento de EUR 12.000 a la paciente por el daño moral sufrido.

1. El modelo restitutivo del CEDH

El artículo 41 del CEDH señala que cuando “ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

La satisfacción equitativa es, por tanto, la respuesta del TEDH frente a una violación del Convenio o de sus Protocolos. La satisfacción equitativa busca compensar a la víctima por el daño sufrido (Fikfak, 2019: 1103). En virtud de la naturaleza compensatoria de la reparación, el TEDH ha señalado la satisfacción equitativa no tiene naturaleza simbólica, punitiva o ejemplarizante. Por esta razón, puede que el mero reconocimiento de la vulneración de sus derechos constituya por sí mismo una satisfacción equitativa.

Esto no transformaría a la respuesta del TEDH en simbólica, sino que es posible que, a la vista de las circunstancias del caso, el mero reconocimiento de la vulneración compense adecuadamente al demandante por la vulneración sufrida. En este sentido, el TEDH ha señalado que “el reconocimiento de importes dinerarios como satisfacción equitativa no forma parte de los cometidos principales del Tribunal, sino que es una consecuencia casual de la aplicación del artículo 19 del Convenio” (TEDH, Nagmetov v. Rusia, no. 35589/08, §64).

2. El daño moral.

Toda vulneración del Convenio o de sus Protocolos se materializa a través de un daño, que puede ser de naturaleza pecuniaria o no pecuniaria (Altwickler-Hámori et al., 2015: 7). Los daños pecuniarios implican un descenso en el patrimonio de una persona y pueden ser calculados de acuerdo con los precios del mercado. Los daños morales son aquellos que no pueden cuantificarse por tratarse de elementos inmateriales como el sufrimiento mental o físico.

Para calcular el daño moral, las directrices del TEDH señalan que deberá hacerse una valoración equitativa, flexible y objetiva sobre lo que es justo y razonable en atención a las circunstancias del caso, la gravedad de la vulneración, su duración y efectos en el tiempo, así como la posible contribución de la víctima en la producción del daño (TEDH, 2022: 3). No toda vulneración de los derechos reconocidos por el Convenio implica necesariamente un daño moral a la víctima. Para el TEDH, únicamente “cuando el demandante ha sufrido un trauma evidente, ya sea físico o psicológico, dolor y sufrimiento, angustia, ansiedad frustración, sentimientos de injusticia o humillación, incertidumbre prolongada, perturbaciones en su vida o pérdidas tangibles de oportunidades” podrá justificarse una compensación adicional al mero reconocimiento de la vulneración, ya sea monetaria o no (TEDH, Varnava y otros v. Turquía, no. 16064, §224).

Sin embargo, estos criterios poca certeza aportan sobre el método de cuantificación del daño moral, y el sentimiento generalizado es que el TEDH los cuantifica de forma arbitraria y no transparente, muchas veces sin considerar casos similares (Fikfak, 2019: 1103). Esta falta de transparencia merma la reputación y la credibilidad del TEDH (Ichim, 2014: 22).

Tan poco transparentes son los criterios del TEDH a la hora de cuantificar el daño moral que Pinto de Albuquerque, juez del TEDH desde 2011 a 2020, señaló que “el Tribunal reconoce daños punitivos de forma implícita” (Pinto de Albuquerque, 2016: 2), a pesar de que el propio Tribunal haya negado explícitamente esta naturaleza punitiva (TEDH, 2022: 1).

De acuerdo Pinto de Albuquerque, el TEDH reconoce daños punitivos (i) cuando las vulneraciones del CEDH son flagrantes o cuando hay múltiples vulneraciones simultáneamente; (ii) cuando las vulneraciones son dolosas o prolongadas en el tiempo; (iii) cuando el Estado lesiona o amenaza los derechos de la víctima con el propósito de impedir o entorpecer que acuda al TEDH.

Esta falta de transparencia la acentúa el hecho de que el TEDH no requiere que la víctima aporte pruebas sobre la realidad del daño moral (TEDH, Gridin v. Rusia, no. 4171/04, §19), sino que se basa en una presunción *iuris tantum* de que la vulneración de los derechos de la víctima le ha causado un daño moral (Altwickler-Hámori et al., 2015: 12). La doctrina citada, no obstante, mediante un análisis empírico de la jurisprudencia, ha determinado que el TEDH se rige por una serie de criterios a la hora de cuantificar el daño moral, los cuales expondremos a continuación, para determinar si han sido observados con respecto a Rosa Edelmira.

A. La gravedad de la vulneración

La gravedad viene determinada por la intensidad, las consecuencias y la duración de la vulneración (Altwickler-Hámori et al., 2015: 12). La intensidad se refiere a la importancia del precepto vulnerado, dado que no todos los derechos tienen el mismo valor. Por ejemplo, no son equivalentes la vulneración de derechos procesales a la lesión del derecho a la vida. Esta jerarquía no viene determinada en el CEDH, sino que es producto de una interpretación doctrinal y de la jurisprudencia del TEDH. Por ejemplo, el TEDH ha señalado que “el derecho establecido en el Artículo 1 del Protocolo n.º 13 de no ser sujeto a la pena de muerte, que no puede ser derogado y es aplicable en todo caso, tiene el mismo valor que los derechos establecidos en los Artículos 2 y 3, englobando uno de los valores básicos de las sociedades democráticas” (TEDH, Al-Saadoon y Mufdhi v. Reino Unido, no. 61498/08, §118), por lo que sí existe alguna suerte de jerarquía.

Las consecuencias van referidas al daño o al sufrimiento de la víctima. En una ocasión, el TEDH consideró que la muerte de un detenido en manos de la policía, a causa de una severa golpiza, le ocasionó un sufrimiento considerable, valorado en 50.000 EUR (TEDH, Dimitrov et al v. Bulgaria, no. 77938/08, §174).

B. Las circunstancias de la víctima

En algunas ocasiones, el TEDH ha valorado las especiales circunstancias de la víctima a la hora de reconocer el daño moral. Por ejemplo, el TEDH tuvo en cuenta la edad de la víctima, que sufrió dilaciones procesales durante 21 años hasta los 83 años, para reconocerle 1.600 EUR de daño moral (Kostovska v. La Antigua República Yugoslava

de Macedonia, no. 44353/02, §60).

C. El contexto económico

La doctrina ha identificado este criterio con el panorama económico del Estado de la víctima, de modo que, para una vulneración de los derechos del Convenio, con iguales circunstancias, el TEDH reconocerá un importe monetario inferior si esta ha tenido lugar en Bulgaria a si ha tenido lugar en Dinamarca (Altwickler-Hámori et al., 2015: 19).

V. Conclusiones

Como hemos visto, el TEDH se basa en criterios poco transparentes a la hora de cuantificar el daño moral que ha sufrido una víctima como consecuencia de la vulneración de sus derechos del Convenio. Sin embargo, mediante un análisis empírico de las resoluciones del TEDH, la doctrina ha conseguido descubrir los principios o lineamientos que el TEDH sigue a la hora de cuantificar el daño moral.

Estos criterios son: (i) la posibilidad de establecer daños punitivos cuando la vulneración de los derechos reconocidos por el Convenio sea flagrante, dolosa, prolongada en el tiempo o cuando el Estado haya obrado para dificultar el acceso de la víctima al TEDH; (ii) la mayor o menor gravedad de la vulneración; (iii) las circunstancias personales de la víctima; y (iv) el panorama económico del Estado de la víctima.

Si subsumimos los hechos del caso en los criterios mencionados, llegamos a la conclusión de que el TEDH ha cuantificado el daño moral de forma adecuada. Para llegar a esta conclusión, hemos partido de los siguientes argumentos.

En primer lugar, el caso no ameritaba daños punitivos, dado que la vulneración no fue flagrante, dolosa o prolongada en el tiempo. Aceptamos discrepancias sobre este punto (y sobre todos los demás, naturalmente), porque podría entenderse como vulneración flagrante el hecho de que la paciente estaba consciente al llegar al hospital de La Paz, por lo que se le pudo haber consultado e informado sobre el tratamiento a recibir. Esta conducta es verdaderamente inexcusable y es la que dota a la vulneración de mayor gravedad, máxime cuando los médicos sabían que la paciente era testigo de Jehová (porque lo mencionan en la comunicación dirigida al Juzgado). Nuestra opinión es que este es uno de los hechos que incrementó la cuantificación del daño moral.

Además, si bien la vulneración fue puntual, el sufrimiento de Rosa Edelmira sí ha sido prolongado en el tiempo, ya que es irreparable e insubsanable. No hay manera de revertir la transgresión de sus creencias religiosas manifestadas a través de un ejercicio legítimo de su derecho a la autonomía privada.

No obstante, el Reino de España en ningún caso ha dificultado el acceso de la paciente al TEDH, ni la víctima tenía características personales particulares que agravasen la vulneración. La vulneración tampoco se prolongó en el tiempo, aunque sí ha provocado un sufrimiento. Por esta razón, y teniendo en cuenta que la cuantificación promedio por daños morales es de 4.053 EUR (Altwickler-Hámori et al., 2015: 50) podemos concluir que, en este caso, la cuantificación dispuesta emplea racionalmente los criterios en los que el TEDH se ha basado en anteriores cuantificaciones.

Referencias bibliográficas

- Altwicker-Hámori, S., Christenson, G., & Kälin, W. (2015). Measuring violations of human rights: An empirical analysis of awards in respect of non-pecuniary damage under the European Convention on Human Rights. *Heidelberg Journal of International Law*, 76, 1–51.
- Fikfak, V. (2019). Changing state behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, 19(4), 1091–1125.
- Ichim, O. (2014). *Just satisfaction under the European Convention on Human Rights*. Cambridge: University Printing House.
- Pinto de Albuquerque, P., & van Aaken, A. (2016). *Punitive damages in Strasbourg* (University of St. Gallen Law School Law and Economics Research Paper Series). St. Gallen: University of St. Gallen.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2019). *Practice directions: Just satisfaction claims (Directrices prácticas)*. Estrasburgo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/pd_satisfaction_claims_eng

«Razones imperiosas de salud pública» en la «normalidad constitucional»: La habilitación de restricción y suspensión de derechos fundamentales del artículo 43 de la Constitución Española

«Overriding Public Health Reasons» in «Constitutional Normality»: The Habilitation Clause for Restriction and Suspension of Fundamental Rights in the 43rd Article of Spanish Constitution

Adrián Hidalgo Alcañas¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)13](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)13)

Comentario a

STC 136/2024, del 5 de noviembre
Tribunal Constitucional de España

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En la continua jurisprudencia constitucional española sobre conflictos competenciales y, en otro orden de cosas, afecciones de derechos fundamentales, una nueva sentencia del Tribunal Constitucional resuelve. Reitera la aplicación de los criterios de distribución de competencias del sistema de fuentes y decide, en un cambio de doctrina, la posibilidad de restricción de derechos fundamentales en contextos de crisis sanitarias que precisen medidas preventivas. El límite ya no es el criterio del alcance de la injerencia, sino el régimen jurídico de la restricción de derechos fundamentales.

¹ Estudiante de quinto curso del doble grado en Derecho y Ciencia política y Administración pública, Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Mail: adrian.hidalgo@estudiante.uam.es. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-1229-7037>.

ABSTRACT

In the Spanish constitutional jurisprudence on competence's conflicts and, in another order of things, affectations of fundamental rights, a new ruling of the Constitutional Court resolves. It reiterates the application of the criteria for the system of sources' distribution of competences and decides, in a change of doctrine, the possibility of restricting fundamental rights in contexts of health crises that require preventive measures. The limit is no longer the criterion of the scope of interference, but the restriction of fundamental rights' legal regime.

PALABRAS CLAVE: Reserva ley orgánica; competencias; restricción de derechos fundamentales; cambio de doctrina; inconstitucionalidad.

KEYWORDS: Organic Law's reservation; competences; fundamental rights' restriction; doctrine change; unconstitutionality.

I. Introducción

La pandemia de Covid-19 supuso en el ámbito jurídico-constitucional el surgimiento de problemáticas hasta el momento inéditas, en la mayoría de los casos concernientes a derechos fundamentales. Una de las más debatidas en España fue el criterio diferenciador de afección limitación-suspensión y sus consecuencias en el sistema de fuentes.

En la presente sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante «STC») 136/2024, la litis era otra. Los recurrentes impugnaron una ley autonómica por infracción del régimen de injerencia en derechos fundamentales, de la reserva de ley orgánica del art. 81.1 de la Constitución Española (en adelante «CE»), de su falta de competencia en la materia, y la reproducción inconstitucional de legislación orgánica.

En la sentencia, deliberada y votada el día 5 de noviembre de 2024, el TC resolvió, entre las restantes cuestiones, el cambio de la doctrina de la STC 148/2021 relativa a la delimitación restricción-suspensión de derechos fundamentales. Consideró que estaba «superada». En contexto de crisis sanitaria, sin perjuicio y sin obligación de declarar estado excepcional (art. 116 CE), se podrá «restringir» cualquier derecho fundamental por «razones imperiosas de salud pública»² en la «normalidad constitucional»³.

II. Objeto, partes y problemática jurídico-constitucional.

El 10 de mayo de 2021 se registró en el Tribunal Constitucional (en adelante «TC») escrito por el que cincuenta diputados del Grupo Parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados interponían recurso de inconstitucionalidad (art. 32. 1. c de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en adelante «LOTCC») contra el artículo único, apartado 5 de la Ley del Parlamento de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, (en adelante «Ley 8/2021») que modificó la redacción del art. 38 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia (en adelante «Ley 8/2008»).

2 STC 136/2024, FJ. 4º. B, c), i).

3 STC 83/2016, FJ. 7º. El término empleado es el contrario: «anormalidad constitucional» para referirse a los estados de alarma, excepción o sitio. «Normalidad constitucional» supone atribuir la facultad de restringir o suspender derechos fundamentales sin obligación de declaración de tales estados de excepcionalidad.

1. Los recurrentes y su *petitum*.

A. Infracción del régimen de limitación y suspensión de derechos fundamentales.

En primer lugar, los recurrentes destacan el carácter de legislación ordinaria de la nueva regulación que establece supuestos de injerencia en derechos fundamentales por razones de salud pública. En estos casos, sería de aplicación preferente la legislación ordinaria autonómica, según los recurrentes, y no la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Con esta regulación, se habilitaría a las autoridades de la Xunta de Galicia para dictaminar medidas de intervención en los derechos fundamentales sin necesidad de haberse declarado estado de alarma, excepción o sitio. Por tanto, sin necesidad de declaración (transitoria) de excepcionalidad, que supone cierta uniformidad en todo el territorio del Estado español.

B. Infracción de reserva de ley orgánica y de la distribución de competencias.

Prosiguen considerando que la regulación no tiene amparo en el pretendido fundamento al que se refiere, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (en adelante «Ley Orgánica 3/1986»). Esta no remite a su ulterior desarrollo en legislación autonómica y, su caso, excedería su carácter complementario en tanto que positiviza medidas no enunciadas, lo que supondría la vulneración de la reserva de ley orgánica del art. 81. 1 CE.

Además, la «colaboración internormativa» no tendría fundamento en la distribución de competencias. Son las Cortes Generales las únicas competentes, «competencia exclusiva» (Muñoz Machado, 2011a: 473), en materia de «bases y coordinación general de la sanidad» (art. 149. 1. 16.^a CE) y «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos» (art. 149. 1. 1.^a CE).

C. Vicio de inconstitucionalidad en la reiteración de preceptos de la Ley Orgánica 3/1986.

En tercer lugar, los recurrentes argumentan que los apartados a) y b) inciso primero del art. 38. 2 de la Ley 8/2008 son reproducción literal de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986. La inconstitucionalidad no sería por el contenido, sino por la falta de competencia para regular, por vulneración de la distribución de competencias – o ausencia de «título competencial»-.

D. Intervenciones inconstitucionales en derechos fundamentales.

Por último, asocian las habilitaciones de los diversos apartados del art. 38. 2. b) de la Ley 8/2008 con limitaciones, suspensiones o vulneraciones de derechos fundamentales. Así, los subapartados 1, 3 y 6 vulnerarían el art. 17 CE (imposibilidad de privación de libertad) porque faculta para confinar, en aislamiento o cuarentena, sin aplicación de los arts. 55. 1 CE y 116 CE. El subapartado 6 i) y ii) permite la derogación de los derechos de libre circulación y elección de residencia (art. 19 CE) con la restricción de la circulación, entrada y salida de zonas determinadas. La restricción a la agrupación de personas del subapartado 6 iii) supondría la derogación de los derechos fundamentales de los arts. 21, 10 y 17 CE porque la prohibición de acceder a o salir de zonas de la vía pública imposibilita reunirse, en público o privado, y manifestarse, que son expresiones de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Por último,

los subapartados 2, 4, 5 y 6 iv) facultan para someter a vacunación forzosa, lo que afecta a la integridad física (art. 15 CE), a la libertad (art. 17 CE) y a la intimidad (art. 18 CE) personales.

También alegan, en este punto, que el art. 38. 2. b), 7 de la Ley 8/2008 es una «cláusula de cierre» que facultaría a las autoridades de la Comunidad Autónoma de Galicia para establecer cualquier medida, lo que supondría vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

2. Las otras partes en el proceso.

A propuesta de la Sala Tercera del TC, el Pleno acordó en Providencia (art. 86. 1 LOTC) de 23 de junio de 2021 admitir el recurso de inconstitucionalidad a trámite (recurso de inconstitucionalidad núm. 2901/2021) y dar traslado de la demanda y los documentos al Congreso de los Diputados y al Senado, a través de sus presidentes, al Gobierno de España a través del Ministerio de Justicia, a la Xunta y Parlamento de Galicia (art. 34. 1 LOTC). Se personaron en el procedimiento todos los notificados. Solo los letrados de la Xunta y el Parlamento de Galicia presentaron escrito de alegaciones.

A. Alegaciones del letrado de la Xunta de Galicia.

En su escrito de alegaciones, el letrado de la Xunta de Galicia argumentó que la Ley 8/2021 del Parlamento de Galicia, que modificaba la Ley 8/2008, complementa la Ley Orgánica 3/1986 -«no extensa en su articulado»- en lo que no está desarrollado, pero en todo caso «implícito» y «claramente autorizado». De hecho, dota de mayor seguridad jurídica con la positivización de la facultad de imponer medidas concretas y sujetas a mayor control: de proporcionalidad (art. 38 ter. 3 Ley 8/2008), limitación temporal (art. 38 ter. 4) y control judicial (art. 38 ter). Incluso la cláusula de cierre del art. 38. 2. b), 7 de la Ley 8/2008, reproducción de una «del mismo tipo» de la Ley Orgánica 3/1986, se somete a estas limitaciones.

En segundo lugar, aseguraba que las medidas del art. 38. 2 de la Ley 8/2008 no suspenden derechos fundamentales. No son de «intensidad y afectación» comparables a las del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, del Gobierno de España por el que decretó el primer estado de alarma, ni afectarían a todo el territorio nacional, sino a zonas concretas de Galicia. Tampoco, a su juicio, los recurrentes fundamentan «suficientemente» por qué las medidas comprendidas en la regulación gallega «no tendrían amparo suficiente» en la legislación orgánica cuando muchas son concreción de facultades más o menos genéricas establecidas en la Ley Orgánica 3/1986.

Respecto a la reserva de ley orgánica, el escrito defendía que la nueva regulación es ejercicio de las competencias en materia de salud de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 33 del Estatuto de Autonomía para Galicia, en adelante «EAG») que se complementa con la regulación de la Ley Orgánica 3/1986 en cuanto a las «medidas preventivas» de obligada adopción conforme con el art. 43 CE. La legislación autonómica solo completaría su ejercicio mediante un régimen jurídico específico para Galicia. Además, solo cabe apreciar infracción respecto del «estricto marco» de la reserva, y no imposibilita el ejercicio competencial autonómico en la materia respecto del contenido de la regulación.

También crítica la falta de concreción de los recurrentes en su vulneración alegada de

los arts. 149. 1. 1ª y 16ª CE. Máxime cuando invocan una vulneración sin transgresión determinada, no muestran contravención entre preceptos de la legislación gallega y la legislación orgánica. A su juicio, no hay antinomia, sino «absoluta fidelidad a la normativa básica estatal».

Por último, reseña que no toda reproducción es inconstitucional, sino que lo es potencialmente. Se exceptiona si la reiteración en la legislación autonómica de legislación orgánica mejora la comprensión de los preceptos. Y, a su juicio, concurre en el presente caso.

B. Alegaciones del letrado del Parlamento de Galicia.

Las alegaciones presentadas por el letrado del Parlamento de Galicia son más sucintas.

Considera, primero, que la legislación autonómica tiene amparo en la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de sanidad (art. 33. 1 del EAG) como desarrollo de las bases y coordinación general en la ordenación competencial del art. 149. 1. 16ª CE. Tampoco entiende contravenido el art. 149. 1. 1ª CE en tanto que no existe relación directa con derecho o derechos afectados, debiendo entender que la «igualdad en el ejercicio de los derechos» no establece cómo debe ejercerse la competencia autonómica y sus resultados.

Respecto de la regulación de los supuestos del art. 38. 2 de la Ley 8/2008, estima que ni desarrolla ni restringe derechos fundamentales, son «modulaciones provisionales y limitadas». Es una afección comprendida en el art. 43 CE y en los términos de la Ley Orgánica 3/1986.

Por último, coincide implícitamente con la posición expuesta por el letrado de la Xunta en cuanto a la complementación de las legislaciones orgánica y autonómica. De un lado, la primera establece las bases de la materia. Del otro, el ejercicio de competencia autonómica de desarrollo que aporta mayor «predictibilidad» y seguridad jurídica.

3. Problemática jurídico-constitucional.

La litis del proceso es, en esencia, una problemática de competencias concurrentes (Muñoz Machado, 2011b: 476-477) y exclusiva entre la legislación orgánica, ergo «competencias exclusivas» de las Cortes Generales, y la legislación autonómica de desarrollo, del Parlamento de la Comunidad Autónoma de Galicia. El conflicto se plantea respecto de dos cuestiones: suspensión y limitación de derechos fundamentales, y técnica de reproducción parcial de la legislación orgánica.

III. Análisis de la sentencia.

En la sentencia se plantea un orden de enjuiciamiento de las impugnaciones (FJ. 3º) que se resuelve en los sucesivos fundamentos jurídicos (4º, 5º y 6º). El voto particular sugiere la pertinencia de establecer otro orden -uno «estrictamente metodológico»- con otro resultado parcial, pero trascendental como se verá en el apartado específico del voto particular.

El orden seguido es el primero, el de la sentencia, porque el propuesto en el voto particular complicaría la comprensión del comentario. En el presente apartado se analizan sucesivamente los fundamentos tercero a sexto en este orden.

1. Orden de enjuiciamiento de las cuestiones.

El FJ. 3º establece que el «orden lógico» de «tratamiento de las impugnaciones» es el siguiente: (a) si el art. 38. 2. b) de la Ley 8/2008 configura un régimen que habilita la suspensión de derechos fundamentales o (b) infringe la reserva de ley orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales, (c) si el art. 38. 2. a) reproduce inconstitucionalmente la Ley Orgánica 3/1986 y (d) si el apartado 7 del art. 38. 2. b), incluido como cláusula de cierre, infringe el principio de seguridad jurídica del art. 9. 3 CE.

2. La potencial habilitación de suspensión de derechos fundamentales del art. 38. 2. b).

El «orden metodológico» que plantean los formuladores del voto particular exigiría invertir el «orden lógico» del presente apartado con el siguiente, correspondientes a los fundamentos jurídicos cuarto y quinto respectivamente. Así, la cuestión de la reserva de ley orgánica (FJ. 5º) debería ser anterior, en tanto que problemática de sistema de fuentes, a la potencial vulneración de derechos fundamentales (FJ. 4º), en cuanto aplicación del sistema de fuentes. Las consecuencias no son menores, como después se verá (vid. infra. especialmente voto particular).

A. Doctrina de la STC 148/2021, de 14 de julio, de la diferenciación entre restricción y suspensión de derechos fundamentales y «evolución de la doctrina en contexto de crisis sanitaria»: SSTC 61/2023, de 24 de mayo, y 38/2023, de 20 de abril.

En la STC 148/2021 se estableció la jurisprudencia, vigente hasta la presente sentencia (STC 136/2024), en materia de injerencia en derechos fundamentales. En concreto, diferenciaba restricción de suspensión en función de la «intensidad de la injerencia», «atendiendo a la gravedad del resultado limitativo producido». El análisis de la medida «obliga a determinar ex ante y en abstracto» si es restricción o suspensión y, aplicando el sistema de fuentes, la inconstitucionalidad de «intromisiones de altísima intensidad» o suspensiones mediante decreto de estado de alarma, reservadas al estado de excepción o sitio.

En la presente sentencia, los magistrados firmantes interpretan como «evolución posterior de la doctrina constitucional en relación con las restricciones de derechos fundamentales en contextos de crisis sanitaria»⁴ las SSTC 61/2023, respecto del derecho de reunión (art. 21 CE), y 38/2023, sobre el derecho a la integridad física (art. 15 CE). En la unificación de la interpretación realizada, consideran que dichas restricciones no se limitan, ergo no se deben limitar según su razonamiento, a los derechos fundamentales del art. 55. 1 CE. Por tanto, la nueva jurisprudencia habilita la "restricción" respecto de cualquier derecho fundamental, "en contexto de crisis sanitaria", y no solo los comprendidos en el art. 55. 1 CE.

La STC 61/2023, doctrina reiterada en sentencias posteriores, concluyó que el derecho fundamental de reunión podrá ser objeto de restricciones «especialmente intensas por motivos preventivos de salud pública (art. 43)»⁵ siempre que cumplan estrictamente el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

La STC 38/2023, doctrina reiterada en sentencias posteriores, ponderó los «intereses públicos» de la obligación de vacunación con la injerencia que supone en el derecho

4 FJ. 4º. B, b).

5 STC 136/2024, FJ. 4º. B, b).

a la integridad física (art. 15 CE). Concluyó que el art. 43. 2 CE habilitaba «el desarrollo de políticas públicas de favorecimiento de la vacunación».

B. Conclusiones «doctrinales» o «superación de doctrina» de la STC 148/2021.

Estas sentencias mostrarían la «falta de operatividad real» de la diferenciación restricción-suspensión de derechos fundamentales en función del grado de injerencia. Es posible restringirlos, incluso con medidas de «altísima intensidad», por «razones de salud pública» y sin amparo del art. 55. 1 CE. Según las «necesidades», el «legislador sanitario» podrá establecer medidas «de intensidad muy variable» en tutela de «la salud pública» (art. 43 CE), minimizando la injerencia y «circunscribiéndola a lo estrictamente necesario según las exigencias del contexto»⁶.

Los límites de la restricción también son comunes: el «régimen de garantías» del art. 53. 1 CE (norma con rango de ley y «respeto del contenido esencial»), certidumbre o previsibilidad en la delimitación del supuesto de hecho y sus consecuencias, y el principio de proporcionalidad. Se somete «imperativamente al régimen de garantías» de la restricción de derechos fundamentales, pero en concurrencia de «normalidad constitucional»⁷. Sin posibilidad (nominativa) de suspensión.

Si bien, y como se deduce de la nueva doctrina, esta se entiende sin perjuicio de las injerencias en derechos fundamentales que pudieran imponerse con la declaración de estado de alarma -restricción-, excepción o sitio -suspensión-. Cuando proceda, será de aplicación el art. 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981.

En definitiva, la presente sentencia (136/2024), considera «superada la doctrina fijada en al [la] STC 148/2021». No es, para el TC, un «criterio determinante» de la diferenciación restricción-suspensión la «intensidad de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental», «no pueden distinguirse abstractamente» sino que habrá de atenderse a los «requisitos constitucionales necesarios» (art. 53. 1 CE, previsibilidad de la delimitación y sus consecuencias, y principio de proporcionalidad).

C. Resolución del argumento de inconstitucionalidad.

La argumentación de los recurrentes respecto de la inconstitucionalidad del art. 38. 2. b) inciso segundo de la Ley 8/2008 se ajustaba a la «doctrina superada». Siendo estas medidas facultativas en supuesto de crisis sanitaria, orientadas a «proteger la salud colectiva», están sujetas a juicio de proporcionalidad y control judicial -del art. 38 ter no impugnado-. A juicio del tribunal, es constitucional en aplicación de la nueva doctrina.

D. Conclusión: *nomen iuris* en la no graduación.

Del cambio de doctrina se extrae una consecuencia muy relevante. La STC 148/2021 decidió una problemática trascendental en materia de injerencia de derechos fundamentales. El criterio de determinación de restricción-suspensión, como graduación de grado de afectación de las medidas restrictivas, es una decisión *ex ante*, en abstracto y atendiendo al «resultado limitativo» de la subsunción de la medida en una categoría u otra -como categorías dialécticas-. En el *continuum* de su abstracción, obligaba a calificar y determinar, conforme con la norma que establecía la medida, si se

6 FJ. 4º. B, c), i).

7 STC 83/2016, FJ. 7º.

ajustaba a su régimen jurídico.

Superada dicha doctrina, la actual está condicionada por el *nomen iuris* de la calificación: solo es y puede ser «restricción (a lo sumo)» y no suspensión. En caso de crisis sanitaria, y «por razones imperiosas de salud pública», el «legislador sanitario» podrá establecer «medidas de intervención en los derechos fundamentales de intensidad muy variable, según las necesidades preventivas» (art. 43. 2 CE). En caso de que el contenido limitativo fuere «especialmente intenso» no afectará la calificación ni se vinculará con una previa declaración de estado excepcional -alarma, excepción o sitio-.

La solución de la nueva doctrina a la determinación restricción o suspensión es calificar toda «injerencia» como «restricción» y remitir su constitucionalidad al régimen jurídico de la norma que establezca la medida. Por tanto, no habrá, en supuestos de «tutela de la salud pública» mediante «medidas preventivas» en contexto de crisis sanitaria, suspensión de derechos fundamentales. La inconstitucionalidad podrá ser por infracción del art. 53. 1 CE, falta previsibilidad de la delimitación y sus consecuencias, o incumplimiento del principio de proporcionalidad. Nunca por el alcance o contenido «especialmente intenso»⁸.

3. La potencial infracción de reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales del art. 38. 2. b de la Ley 8/2008.

Como motivo subsidiario, los recurrentes alegan que el propio art. 38. 2. b) inciso segundo de la Ley 8/2008 infringe la reserva de ley orgánica del art. 81. 1 CE. Ni la Ley Orgánica 3/1986 menciona o remite al desarrollo legislativo autonómico ni la legislación autonómica es ejercicio de competencias atribuida a la Comunidad Autónoma de Galicia.

El TC ordena la resolución: 1º). ha de determinarse el ámbito de la reserva de ley orgánica (art. 81. 1 CE), «como cuestión atinente al sistema de fuentes», y 2º realizar el «examen competencial» (art. 149. 1. 1ª y 16ª CE). Este apartado analiza la primera cuestión, el apartado 4 la segunda.

La relación entre la reserva de ley orgánica y la atribución competencial respectiva alude a dos «figuras» de «contenido» y «finalidad» variado. El art. 81. 1 CE no atribuye título competencial, pero su delimitación implica que la legislación autonómica no puede regular ese concreto margen de rango. El primer argumento de impugnación del art. 38. 2. b) inciso segundo se refiere a lo reservado a ley orgánica.

En el análisis, la jurisprudencia del TC establece tres criterios: A) delimitación de la reserva de ley orgánica aplicando el principio de interpretación restrictiva (subapartado A), B) «criterio delimitador general» o regulación de los elementos esenciales de derechos fundamentales por ley orgánica (subapartado B) y C) «criterios interpretativos auxiliares» complementario al delimitador general (subapartado C).

A. El principio de interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica.

El primer criterio implica interpretar la reserva que el art. 81. 1 CE contiene en favor de ley orgánica de forma estricta o restrictiva. La jurisprudencia del TC ha rechazado su interpretación «puramente formal» porque podría favorecer la perduración

8 FJ. 4º. C.

de legislación orgánica aprobada por mayorías esporádicas hasta la consecución de mayorías análogas en una dirección regulatoria distinta o contraria. Por tanto, el principio de mayoría reformada o cualificada es excepcional. Y, en última instancia, tan contrario al art. 81. 1 CE es la legislación ordinaria de materia orgánica como legislación orgánica de materia ordinaria (Jiménez Campo y Duque Villanueva, 2011: 407).

Respecto de los derechos fundamentales, la determinación restrictiva del alcance material de la reserva de ley orgánica es doble: a) solo los derechos fundamentales *stricto sensu*, los de la Sección 1ª, Capítulo II, Título I de la CE (arts. 15-29), y b) exclusivamente de desarrollo directo de los aspectos básicos de «complemento indispensable o necesario» del articulado de la Constitución⁹.

B. «Criterio delimitador general» del ámbito de reserva de ley orgánica.

El «criterio delimitador general» contrapone desarrollo directo y regulación complementaria. Es «desarrollo directo» la determinación del alcance del derecho, sus aspectos consustanciales y la determinación de los potenciales conflictos con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos. Es regulación complementaria «las normas procedimentales que permiten su efectiva ejecución» no concernientes al «ámbito o alcance del derecho»¹⁰.

Solo será constitucional, conforme con el ámbito de reserva de ley orgánica, la que desarrolle directamente el derecho fundamental. No lo será la regulación complementaria.

C. «Criterios interpretativos auxiliares» del «criterio delimitador general».

A veces, resulta insuficiente determinar la concreción del ámbito de la reserva de ley orgánica. Por tanto, «al criterio delimitador general» le «sirven de auxilio hermenéutico» unas «pautas interpretativas complementarias» -o «criterios interpretativos auxiliares»-. Estos son dos.

Por un lado, la concreción en la regulación orgánica de su propio ámbito, la definición del la definición del 'margen de configuración' concreto en la discrecionalidad del ámbito de la reserva. Por otro, si del análisis del «criterio delimitador general» no es posible la subsunción -dialéctica- en «desarrollo directo» o «regulación complementaria», habrá de determinarse si, «por sus propias características», tiene una «relación más directa» con la primera o con la segunda categoría.

D. Enjuiciamiento de la potencial infracción.

El TC procede a aplicar la doctrina en el siguiente orden: 1º) ¿el art. 38. 2. b) inciso segundo de la Ley 8/2008 afecta a derechos fundamentales sometidos reserva de ley orgánica?; 2º) si hay afección, ¿es restricción o suspensión?; 3º) ¿es, *prima facie*, desarrollo directo o regulación complementaria de estos derechos fundamentales?; y 4º) aplicación de los «criterios interpretativos auxiliares».

En primer lugar, el tribunal establece el esquema de relaciones entre las medidas del artículo impugnado y la afección concreta de derechos fundamentales. Lo son, en tanto que la legislación autonómica faculta la implementación de tales medidas, los artículos

⁹ STC 173/1998, FJ. 7º.

¹⁰ FJ. 5º. 2. B, a).

19, 18. 1, 21, 15 y 17 CE. Y concluye que la afección es propia «de las medidas de restricción» de dichos derechos¹¹. Además, el régimen sancionador aplicable al incumplimiento de las medidas (arts. 41 bis, 42 bis y 43 bis Ley 8/2008) refuerza su carácter coactivo.

En tercer lugar, y considerando que este es un «ámbito normativo reservado por la Constitución al legislador orgánico», la Ley 8/2008 determina «las medidas de restricción o injerencia que pueden acordarse» que es legislación propiamente orgánica (art. 81. 1 CE) en cuanto desarrollo directo.

Por último, respecto de los «criterios interpretativos auxiliares», el tribunal considera que la 'delimitación del ámbito propio del legislador orgánico [la Ley Orgánica 3/1986, prius (en cursiva) de la legislación autonómica] y del legislador ordinario [Ley 14/1986, de medidas especiales en materia de salud pública]' fue 'inequívoca'. Estas leyes, tramitadas en conjunto, eran en origen un único proyecto. No obstante, la división atendió al desglose de medidas concretas de restricción de derechos fundamentales entre los de la sección 1ª, capítulo II, título I de la Constitución -por ley orgánica-, y otros con las reglas complementarias de aplicación -por ley ordinaria-.

Por tanto, no procede, en lo que concierne al segundo criterio, el argumento de la constitucionalidad del art. 38. 2. b) inciso segundo de la Ley 8/2008 en cuanto «dota de mayor certidumbre o predeterminación» a la Ley Orgánica 3/1986. Esa mayor concreción ya fue prevista con el complemento de la Ley 14/1986. La inconstitucionalidad es, pues, por transgresión del sistema de fuentes y no por el contenido de la legislación autonómica.

E. Conclusión e inconstitucionalidad por conexión.

La inconstitucionalidad y nulidad del art. 38. 2. b) de la Ley 8/2008 también implica la del régimen sancionador [arts. 41 bis, c), d), e), y f); 42 bis c), incisos c, d y f; 42 bis d) y e); y 43 bis b) y c)] por conexión (art. 39. 1 LOTC).

4. La potencial inconstitucionalidad de la reproducción del art. 38. 2. a) y b) inciso primero de la Ley 8/2008.

En el último fundamento jurídico se analiza la cuestión pendiente de la «reproducción indebida» (*lex repetita*) de los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986 por el art. 38. 2. a) y b) inciso primero alegada por los recurrentes. Sería inconstitucional por vulneración del sistema de atribución de competencias en materia de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149. 1. 16ª CE) y fijación de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149. 1. 1ª CE).

A. Supuestos de *lex repetita*.

La jurisprudencia del TC distingue dos supuestos de *lex repetita*¹²: 1) ambas normas, la que reproduce y la reproducida, regulan una materia cuya competencia es compartida entre el «Estado» y la comunidad autónoma; o 2) la reproducción en materia de competencia exclusiva del «Estado».

La STC 51/2019, FJ. 6º a), establece que será constitucional la reproducción en el primer supuesto si (i) tiene como objetivo facilitar la comprensión del desarrollo norma-

11 FJ. 5º. 3. B.

12 STC 157/2021, FJ. 6º.

tivo autonómico y (ii) no introduce alteraciones «subrepticias». En el segundo caso, la inconstitucionalidad es en todo supuesto por falta de competencia autonómica.

El orden enjuiciamiento de la cuestión se divide en tres fases: a) si el art. 38. 2. a) y b) de la Ley 8/2008 reproduce contenido normativo en una materia con competencias compartidas; b) si la finalidad de la reproducción es la facilitación del desarrollo autonómico; y c) si la reproducción no es subrepticia.

B. Enjuiciamiento del art. 38. 2. a) y b) inciso primero como supuesto de *lex repetita*.

En primer lugar, el TC concluye que el art. 149. 1. 16ª CE atribuye al «Estado» competencia exclusiva en materia de «sanidad exterior» y «bases y coordinación general de la sanidad». En esta, las comunidades autónomas ostentan competencia de «desarrollo legislativo y ejecución». Así, el art. 33. 1 del EAG positiviza dicha competencia.

También considera el TC que la reproducción de los artículos segundo y tercero de la Ley Orgánica 3/1986, sin perjuicio de la potencial inconstitucionalidad no alegada del art. 38 ter de la Ley 8/2008, facilita la comprensión del desarrollo legislativo autonómico para la ejecución de las medidas en el territorio de Galicia.

Por último, considera que las variaciones en la reproducción son mínimas y no «desnaturalizan el contenido» de la norma reproducida. Esta ni siquiera es una cuestión debatida por las partes.

C. Conclusión.

La alegación es desestimada porque, a juicio del tribunal, el art. 38. 2. a) y b) no es inconstitucional por reproducción normativa en materia con competencias compartidas.

5. La potencial infracción del principio de seguridad jurídica del art. 38. 2. b), 7 de la Ley 8/2008.

Habiendo declarado la inconstitucionalidad de la letra b) inciso segundo del art. 38. 2 de la Ley 8/2008, que comprende una enumeración (*numerus apertus*) de «medidas preventivas» y la «cláusula de cierre» del subapartado 7, no procede examinar la cuestión relativa a la infracción alegada del principio de seguridad jurídica (art. 9. 3 CE).

6. Fallo.

El TC estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y declaró inconstitucionales y nulos (art. 39. 1 LOTC) los arts. 38. 2. b) inciso segundo; 41 bis. c), d), e) y f); 42 bis. c) incisos c), d) y f); 42 bis. d) y e); y 43 bis. b) y c) de la Ley 8/2008. Desestimó el recurso «en todo lo demás.»

IV. El voto particular.

Es relevante, por último, analizar brevemente el voto particular emitido (art. 90. 2 LOTC) por cinco magistrados. Aunque comparten el fallo y la argumentación de los fundamentos jurídicos 1º, 2º, 5º y 6º, «manifiestan» su «completa discrepancia» con el examen de una queja que consideran inexistente, el orden de enjuiciamiento de la sentencia y la argumentación del FJ. 4º.

1. «Análisis de queja inexistente».

Entienden por inexistente un *petitum* no planteado por los recurrentes. La consecuen-

cia es «un *overruling* explícito de la doctrina que este tribunal [TC] estableció en la STC 148/2021». Y el resultado es que la argumentación en el FJ. 4º «no es coherente» con la demanda, con el relato de antecedentes del contenido de la demanda, con la descripción de la posición de los recurrentes del FJ. 1º, ni con «con las precisiones en torno al objeto del recurso» del FJ. 2º.

Los magistrados emisores consideran que la sentencia «manipula los razonamientos de la demanda» para formular una queja nueva que exige revisión de la doctrina de la STC 148/2021. No obstante, los recurrentes impugnan el art. 38. 2 de la Ley 8/2008 por infracción de la reserva de ley orgánica y de la *lex repetita* en materia que, sostienen, no es competencia compartida. A su juicio, era «absolutamente innecesario» revisar la doctrina para analizar la potencial transgresión del art. 81. 1 CE.

Por tanto, consideran «evidente» que la presente sentencia incurre en exceso de jurisdicción, «con la única finalidad de dejar sin efecto una doctrina, la de la STC 148/2021» y «sin justificación suficiente».

2. Sobre el orden de enjuiciamiento (FJ. 3º).

La inclusión de la «queja inexistente» influye en el razonamiento de la mayoría de los magistrados del TC. Se establece como cuestión anterior, en cuanto «infracción del régimen constitucional de suspensión de los derechos fundamentales», a la de la reserva de ley orgánica.

Los emitentes del voto particular consideran que el «orden metodológico» hubiera sido el inverso, porque la potencial infracción de la reserva de ley orgánica concierne al sistema de fuentes y condiciona el razonamiento subsiguiente. En consecuencia el cambio de doctrina «habría devenido innecesario».

3. La STC 148/2021 e «improcedencia de revisión de la doctrina sentada».

Los magistrados objetan una cuestión formal y varias materiales sobre la «improcedencia de revisión» de la doctrina de la STC 148/2021.

Primero, consideran que no era necesario ahondar en la diferenciación restricción-suspensión de derechos fundamentales porque lo relevante es que «ninguna ley autonómica permite acordar medidas de este tipo, con independencia de la intensidad de las restricciones».

Respecto de las cuestiones materiales, más allá de las críticas a la coincidencia entre los argumentos de los votos particulares en la STC 148/2021 contra la doctrina «superada», las «razones sustantivas» refuerzan la consideración de que las SSTC 38/2023 y 61/2023 no instan la superación de la doctrina de la STC 148/2021.

La primera sentencia, respecto de la discrepancia entre progenitores sobre la «inoculación de la vacuna contra la Covid-19 a su hijo menor» (Medina Álvaro, 2024: 284), no se pronuncia sobre la vulneración de los derechos fundamentales (Medina Álvaro, 2024: 293), y en particular del art. 15 CE que se referencia en la presente sentencia, ni obliga a someterse a vacunación obligatoria¹³. La segunda «no tiene valor alguno» porque el derecho de reunión (art. 21 CE) «seguía rigiéndose por su legislación específica».

13 Voto particular, 6 ii).

En definitiva, «las sentencias del Tribunal Constitucional que se citan no justifican esa solución». Se «camufla» la revisión «como resultado de una evolución natural» de la jurisprudencia del TC cuando «[n]o hay tal evolución.»

V. Conclusiones

La cuestión que, en principio, parecía la litis principal no se ha resuelto con nueva doctrina. Los criterios jurisprudenciales de análisis de infracción de reserva de ley no han sido novados. Tampoco la cuestión de la *lex repetita* es objeto de revisión doctrinal.

La relevancia de la doctrina, superación de la establecida en la STC 148/2021, radica en la especialidad del examen de la «restricción» -*nomen iuris* no suspensión- de derechos fundamentales en contextos de crisis sanitarias en virtud del art. 43 CE. La constitucionalidad de las medidas se ajustará a los límites de restricción de derechos fundamentales: art. 53. 1 CE, previsibilidad de la delimitación y sus consecuencias, y principio de proporcionalidad. No será procedente en estos casos, a juicio del tribunal, examinar en abstracto y *ex ante* el alcance de la injerencia -restricción o suspensión- y su conformidad con el sistema de fuentes.

El principio que parece inspirador del cambio de doctrina, *salus populi suprema lex est*¹⁴, puede sustanciar decisiones «constitucionales» del TC que, en pro de la protección frente a la amenaza -quizá en algún momento ni siquiera sanitaria-, maticen el régimen jurídico de protección de derechos fundamentales. Esa es la posición del control jurídico «concentrado» del «sistema kelseniano» de constitucionalidad (Aragón Reyes, 2011: 298).

Referencias bibliográficas

- Aragón Reyes, M. (2011). Tribunal Constitucional. En M. Aragón Reyes & C. Aguado Renedo (Dirs.), *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo II* (pp. 298–303). Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
- Jiménez Campo, J., & Duque Villanueva, J. C. (2011). Ley orgánica. En M. Aragón Reyes & C. Aguado Renedo (Dirs.), *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo I* (pp. 405–409). Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
- Mediana Álvaro, M. (2024). Duelo al sol: La vacunación de menores contra la COVID-19 en caso de discrepancias entre los progenitores. *Revista Derecho y Salud*, 8(9), 283–294.
- Muñoz Machado, S. (2011a). Competencias exclusivas. En M. Aragón Reyes & C. Aguado Renedo (Dirs.), *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo II* (pp. 473–474). Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
- Muñoz Machado, S. (2011b). Competencias concurrentes. En M. Aragón Reyes & C. Aguado Renedo (Dirs.), *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo II* (pp. 476–479). Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
- Negro Pavón, D. (2020, 28 de abril). Ex Oriente virus. *Disidentia*.

14 FJ. 4º. B, c).

La fórmula es originaria de la Antigua Roma, parece que principio político tácito existencial (Marcus Tullius Cicero, *De Legibus*, Libro III, Parte III, Sub. VIII). La institución de la dictadura romana pudo ser formalización implícita del principio, esto es, la excepcionalidad remite a la dirección de todos los medios y recursos para su superación (Schmitt, 2013 [1926]: 354). Es superarla o perecer (Negro Pavón, 2020).

<https://disidentia.com/ex-oriente-virus/>

• Schmitt, C. (2013). Dictadura. En C. Schmitt, *Ensayos sobre la dictadura, 1916–1932* (pp. 351–359). Madrid: Tecnos. (Obra original publicada en 1926)

Legislación.

- España. (1978). *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 311, 29 de diciembre de 1978.
- España. (1979). *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 239, 5 de octubre de 1979.
- España. (1981). *Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de Autonomía para Galicia*. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 101, 28 de abril de 1981.
- España. (2008). *Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia*. Diario Oficial de Galicia (DOG), núm. 143, 24 de julio de 2008; Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 202, 21 de agosto de 2008.

Jurisprudencia.

- Tribunal Constitucional. (1998, 23 de julio). *Sentencia 173/1998*. Recurso de inconstitucionalidad núm. 1014/1988. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 197, 18 de agosto de 1998.
- Tribunal Constitucional. (2016, 28 de abril). *Sentencia 83/2016*. Recurso de amparo núm. 4703/2012. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 131, 31 de mayo de 2016.
- Tribunal Constitucional. (2019, 11 de abril). *Sentencia 51/2019*. Recurso de inconstitucionalidad núm. 8741/2009. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 116, 15 de mayo de 2019.
- Tribunal Constitucional. (2021, 16 de septiembre). *Sentencia 157/2021*. Recurso de inconstitucionalidad núm. 315/2020. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 251, 20 de octubre de 2021

Vacunación Obligatoria: Límites y alcances en el marco de la Política Sanitaria Chilena

Compulsory Vaccination: limits and scope within the framework of Chilean Health Policy

Pamela Ignacia Urrejola Fernández¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)14)

Comentario a

Sentencia Rol 15.036-202, del 15 de octubre de 2024

Tribunal Constitucional de Chile

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 15.036-2023, rechazó un requerimiento de inaplicabilidad presentado por padres que se oponían a vacunar a sus hijos, basados en su adhesión a la medicina antroposófica. El Tribunal concluyó que la vacunación obligatoria, establecida en los artículos 32 y 33 del Código Sanitario, constituye una medida legislativa legítima, adecuada, necesaria y proporcional. Reafirmó que el interés superior del niño, prima sobre las creencias personales de los padres, señalando que la autonomía parental no es absoluta cuando se encuentra en juego la salud y la vida de los menores. Asimismo, descartó que la libertad de conciencia pueda operar como fundamento para eludir normativas sanitarias generales, especialmente aquellas orientadas a proteger a grupos vulnerables. En definitiva, el fallo ratifica que el Estado está habilitado para adoptar medidas generales de inmunización obligatoria, cuando estas se orientan a proteger derechos fundamentales y la salud pública de la población.

ABSTRACT

The judgment of the Constitutional Court of Chile, Rol N° 15.036-2023, rejected an inapplicability request filed by parents who were opposed to vaccinating their children, based on their adherence to anthroposophic medicine. The court concluded that compulsory vaccination, established in articles 32 and 33 of the Health Code, constitutes a legitimate, adequate, necessary and proportional legislative measure. It reaffirmed that the best interest of

¹ Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Estudiante del Diplomado en Gestión y Regulación de Aguas UC.; Ayudante actual de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Profesora Daniela Rivera; Asistente actual de la Cátedra de Derecho de los Recursos Naturales con el profesor Winston Alburquenque. Mail: pameurrefer@gmail.com Nro. de ORCID: 0009-0009-0879-1656

the child prevails over the personal beliefs of the parents, pointing out that parental autonomy is not absolute when the health and life of minors are at stake. It also ruled out that freedom of conscience can operate as a basis for circumventing general health regulations, especially those aimed at protecting particularly vulnerable groups. In short, the ruling ratifies that the State is authorized to adopt general measures of compulsory immunization when these are aimed at protecting fundamental rights and the public health of the population.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño; vacunación obligatoria; política sanitaria; libertad de conciencia; proporcionalidad.

KEYWORDS: best interests of the child; compulsory vaccination; health policy; freedom of conscience; proportionality

I. Introducción

La vacunación obligatoria ha sido históricamente una de las políticas sanitarias más eficaces para la erradicación y control de enfermedades infecciosas, permitiendo avances relevantes en materia de salud pública y reducción de la mortalidad infantil, “esta medida se considera altamente rentable para la promoción de la salud y la riqueza de las naciones. A mediados del siglo pasado, el esfuerzo de los equipos de salud para convencer a los padres de la importancia de esta medida sanitaria y lograr que la aceptaran, fue de gran magnitud. Más adelante, gracias al progreso del nivel educativo de la población y al avance de los programas de salud materno-infantil, se ha llegado a porcentajes altos de cobertura” (Véliz *et al.*, 2016). Es así, como el Estado toma al un rol preponderante en garantizar el derecho a la salud de las personas, particularmente cuando las decisiones individuales pueden poner en riesgo, no sólo la integridad de quienes las sostienen, sino que también la de terceros, especialmente aquellos en situación de vulnerabilidad como son los niños.

En este marco, se inscribe el presente comentario de jurisprudencia, que busca analizar la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 15.036-2023, dictada el 15 de octubre de 2024, mediante la cual se rechazó, por mayoría, un requerimiento de inaplicabilidad presentado por padres que adherían a la medicina antroposófica, buscando sustraerse de la obligación legal de vacunar a sus hijos. Se examinará, de esta manera, en primer lugar, la base constitucional y legal que sostiene la vacunación obligatoria como una política pública legítima, necesaria y con fundamento científico. En segundo lugar, se revisará la manera en que el fallo pondera la libertad de conciencia de los padres, frente al interés superior del niño, reconociendo que este último debe primar en contextos donde está en juego la vida o la integridad de menores de edad. En tercer lugar, se abordará una dimensión colectiva de la vacunación, entendida como una responsabilidad compartida que trasciende las decisiones individuales, y finalmente, se presenta una breve revisión de la experiencia internacional, que muestra la forma en que otros países han enfrentados desafíos similares, ante el resurgimiento de enfermedades prevenibles con las vacunas. En su conjunto, el desarrollo de este comentario busca evidenciar que el fallo del Tribunal Constitucional de Chile, no sólo se ajusta a derecho, sino que responde a una necesidad urgente de proteger la salud pública del país.

II. La vacunación obligatoria es un mecanismo constitucionalmente legítimo y científicamente eficiente para proteger la salud pública

La vacunación obligatoria en Chile no sólo encuentra su fundamento jurídico en el marco constitucional y legal vigente, sino que también se sostiene sobre una base empírica bastante fuerte, que evidencia su eficiencia como política sanitaria de prevención y control de enfermedades infecciosas en el país. Desde el punto de vista constitucional, el artículo 1º, inciso cuarto de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante CPR) establece que “el estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común” lo que se traduce, en la obligación estatal de garantizar condiciones que permitan a todas las personas vivir en un ambiente seguro y saludable. A su vez, el artículo 19 N°1 de la misma Carta Magna, consagra el “derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. Estas disposiciones imponen al Estado un deber activo de protección de la población, que se concreta, entre otras formas, a través de políticas públicas sanitarias preventivas como son la vacunación.

La vacunación obligatoria, en este contexto, constituye una medida legítima y necesaria para prevenir la propagación de determinadas enfermedades transmisibles, de las cuales, muchas pueden tener consecuencias graves e incluso mortales para las personas. La implementación de esta medida se encuentra consagrado expresamente en los artículos 32 y 33 del Código Sanitario, los cuales habilitan a las autoridades de salud a establecer planes de inmunización obligatorios cuando se trate de enfermedades infecciosas prevenibles. Cabe señalar, que tal como indica el fallo en comentario “el legislador procura tanto cautelar la eficiencia de la vacunación obligatoria, como restringir su ámbito de aplicación”, esto debido a que la inoculación obligatoria que se está señalando, es particularmente la vacunación y revacunación antivariólica, vacunación de la difteria y de la tos ferina, que están incluidas en el artículo 33 del código sanitario.

El programa Nacional de Inmunizaciones (en adelante PNI), ha sido una herramienta clave para el cumplimiento de este deber constitucional. Este plan del Ministerio de Salud “tiene como objetivo prevenir morbilidad, discapacidad y mortalidad por enfermedades infecciosas transmisibles inmunoprevenibles, mediante la administración de un conjunto de vacunas, definidas como un bien público” (Cerdeira et al., 2019). Por otro lado, UNICEF (2021) ha señalado que desde 1978, el programa ha permitido erradicar enfermedades como el sarampión, la poliomielitis y la viruela, reduciendo de manera significativa la mortalidad infantil. La eficacia del programa está, además, respaldada por evidencia científica y datos estadísticos, que se han obtenido a lo largo de los años, desde que se empezó a implementar todas estas medidas. El Ministerio de Salud (2021) ha hecho énfasis en que, para alcanzar niveles óptimos de inmunización poblacional, y evitar brotes epidémicos, se requiere que una gran proporción de personas sean vacunadas, estimada en torno al 90%, lo que se conoce como “cobertura técnica” según respaldos de la evidencia científica. Este estándar se confirma en distintos estudios, como el de Lampert-Grassi (2019) quien indica que “aproximadamente el 90-95% de la población necesita vacunarse contra el sarampión para que el efecto de inmunización actúe. Para enfermedades menos contagiosas como la poliomielitis, la tasa de vacunación debe ser del 80-85% de la población. Para la influenza, la cifra es más cercana al 75% para los grupos vulnerables”. Y así, vacunas contra diversas enfermedades que necesitan que la mayoría de la población esté vacunada, para lograr un real estado inmune y seguro.

Cabe señalar, que la trayectoria de Chile en esta materia ha sido ejemplar, tal como

señala Valenzuela (2001) el país logró la erradicación de la viruela en 1950 y de la polio-mielitis en 1975, por ende, ha tenido un largo y exitoso recorrido. Estas mejoras no son fortuitas, tal como se observa en los estudios del Ministerio de la Salud (2012) al analizar las tasas de enfermedad y mortalidad antes y después de la implementación de los programas de vacunación, se evidencia un impacto significativo. A partir de la década de 1960, se observan reducciones notables en la cantidad de casos y muertes, con cambios marcados en las tendencias que coinciden, de manera estadísticamente significativa, con la introducción de las vacunas y los niveles de cobertura alcanzados en la población. En el caso de la vacuna BCG, por ejemplo, donde la “mortalidad por BCG que desciende de 154 a 1,4 o de la incidencia y mortalidad por sarampión que bajan de 493 y 30,7 a 0,03 y 0, respectivamente, lo que nos ubica en plena fase de erradicación” (Ministerio de Salud, 2012, p:4). Se podrían enumerar diversos casos, donde quedan demostradas la eficacia e importancia de la vacunación obligatoria en la población, que ha permitido erradicar enfermedades mortales en la actualidad. Siguiendo esta misma línea aumentativa, y tal como señala Valenzuela (2001) en relación con la Difteria, la tasa de casos pasó de 2966 anuales a solo dos casos diagnosticados en 1995, y su mortalidad había sido por poco eliminada. Sin embargo, por falta de vacunación podrían resurgir en Chile ciertas enfermedades como la difteria, tos ferina, sarampión, entre otras.

Dentro de las enfermedades que los requirentes se negaban a poner vacunas a sus hijos, decía relación con la tos ferina que se encuentra en el artículo 33 del código sanitario como se había mencionado. Tal como explica la Subsecretaria de Salud Pública (2011) la tos ferina, tos convulsiva, o coqueluche, es una infección bacteriana aguda del sistema respiratorio, causada por *Bordetella pertussis*, que se transmite entre personas, representa un riesgo considerable para los lactantes, especialmente aquellos menores de seis meses, antes de la vacunación masiva iniciada en la década de 1940, la coqueluche presentaba altas tasas de incidencia y mortalidad, las cuales disminuyeron significativamente tras la implementación del programa.

No obstante, los brotes continúan apareciendo, afectando también a adolescentes y adultos. En relación con esta enfermedad tal como explica Pérez (2024) en base a lo reportado por el Ministerio de Salud en los últimos años efectivamente se han registrado casos, “durante el periodo de 2007 a 2021. El año con la mayor tasa de incidencia a nivel nacional fue en 2012, con 32,0 casos por cada cien mil habitantes (...) Sin embargo, en los últimos meses se han reportado un alza de casos”. En este sentido, aunque la incidencia de la tos ferina en Chile había disminuido notablemente en los últimos años, el reciente aumento de casos evidencia una baja adherencia a la vacunación, teniendo que tomar medidas al respecto, ya que este repunte demuestra que la protección frente a enfermedades prevenibles como las que se han mencionado anteriormente no debe darse por sentado, y requiere un compromiso sostenido de la población para que no sigan aumentando los casos.

Criterio similar al fallo en comento, se ha seguido en diversos casos, tenemos, por ejemplo, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 22 de octubre de 2021, dictado en causa Rol N.º 7115-2021, el cual en su considerando octavo señala: “(...) la comunidad científica, han defendido inclusive por los medios de comunicación social, los beneficios de la vacunación, no sólo contra la influenza, sino que en general respecto a una serie de enfermedades, que han sido controladas o erradicadas gracias a la vacunación”.

Otro fallo, es el de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de fecha 27 de mayo de 2021, dictado en causa Rol N.º 52-2021, que en su considerando décimo indica: “DÉCIMO: (...) En este punto, igualmente, conviene asentar que los deberes que tiene el Estado respecto de la protección de la vida y la salud de las personas y, particularmente, la calidad de garante que inviste respecto de tales derechos en situaciones de rechazo de la vacunación que ponen en riesgo la salud pública al impedir al colectivo alcanzar el porcentaje de inoculación científicamente exigido para conseguir el efecto de inmunidad colectiva, no declinan ante la libertad de un individuo que en uso de su autonomía personal o libertad de conciencia, decida rechazar un tratamiento médico, por cuanto, a juicio de esta Corte, la vacunación, como herramienta de política pública de salubridad y que ha sido de-finida como un bien público, se encuentra dentro de la excepción de la regla del artículo 14 de la Ley N.º 20.584, antes transcrito”

En virtud de todo lo anterior, puede afirmarse con fundamento que la vacunación obligatoria se presenta como una política pública que no sólo es constitucionalmente legítima, sino también científicamente eficaz, respaldada por décadas de evidencia empírica que demuestra su efectividad en la prevención, representando de esta manera, un instrumento insustituible en la protección del derecho a la salud pública. En este sentido, la experiencia del país en este ámbito ha sido ejemplar, logrando avances sanitarios relevantes gracias a programas como el PNI. Sin embargo, el reciente aumento de enfermedades como la tos ferina, deja en evidencia que estos logros pueden verse amenazados si no se mantiene una alta cobertura de vacunación. Frente a este escenario, tanto la sentencia en comento, como otros fallos relevantes mencionados, han sido claros al establecer que la vacunación obligatoria es una medida legítima del Estado para proteger la salud pública, así, su implementación es coherente con el deber estatal de resguardar la vida, la salud, y el bienestar de la población, en especial de los sectores más vulnerables como son los niños y niñas.

III. El interés superior del niño prevalece sobre la libertad de conciencia de los padres

Uno de los ejes centrales del razonamiento contenido en la sentencia en comento, es lo relacionado a que, en casos de conflicto entre la libertad de conciencia de los padres y la protección de la salud de los hijos, debe prevalecer el principio de interés superior del niño. Este principio, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile, exige que todas las medidas que involucren a niños, niñas y adolescentes tengan como consideración primordial su bienestar integral. En este sentido, el artículo señala que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En este contexto, la libertad de conciencia, que es un derecho consagrado en el artículo 19 N.º 6 de la CPR, es reconocida como parte esencial de un Estado democrático como el nuestro, pero no como un derecho absoluto. Así lo deja en claro el TC al señalar que “la libertad de conciencia de las personas no puede ser invocada para oponerse a cualquier regulación legal que éstas consideren contraria a sus creencias —ello echaría por tierra el Estado de Derecho—, menos aún cuando tal oposición no se da en un ámbito meramente individual, sino que involucra a terceros”. En este caso, los terceros afectados son precisamente los hijos menores de edad, quienes son titulares plenos de derechos fundamentales. En este sentido, si bien los padres alegaron que las normas impugna-

das vulneran su derecho a la libertad de conciencia, en tanto les imponen una práctica médica contraria a sus convicciones, afectando sus creencias familiares y éticas, el TC acertadamente indica que “se pretende excepcionar a los niños de la administración de las vacunas que les corresponden por ley sólo en atención a las creencias de los padres, y sin considerar la afectación que de ello se derivaría tanto para los derechos fundamentales de que son titulares los niños de autos (cuyo respeto y protección, por cierto, es un deber para los padres), como para los derechos del resto de la población”. Estos dichos del Tribunal resultan especialmente relevantes, pues sitúa la libertad de conciencia en su justo límite, cuando de su ejercicio depende el bienestar de menores.

Desde un plano más doctrinario, Varela et al. (2021) hacen un análisis de la obra de John Stuart Mill donde este último desarrolla el conocido *principio del daño*, en su obra *Sobre la libertad*, en la cual establece que “todo adulto es libre de vivir según sus creencias, siempre y cuando de sus actos no se vea afectado negativamente nadie”, así, vemos que, cuando la decisión parental pone en peligro la salud de sus hijos menores de edad, el Estado tiene no solo la facultad sino el deber de intervenir, tal como lo señala la defensoría de la niñez (2019). El estado de Chile tiene la responsabilidad de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes, al igual que ocurre con todos los derechos humanos. Siguiendo esta misma línea, existen muchas acciones que toda persona está moral y legalmente obligada a cumplir, como declarar ante un tribunal, ayudar a alguien cuya vida esté en peligro si no se arriesga la propia o proteger a los indefensos frente a abusos, estas obligaciones son universales y su incumplimiento ya sea por acción u omisión genera responsabilidad ante la sociedad (Varela et al., 2021: 34), lo mismo ocurre en el caso, los padres están obligados a cumplir esta obligación de vacunación para con sus hijos.

En este sentido, el principio de interés superior del niño funciona como norma de interpretación y de aplicación preferente frente a otros derechos en tensión, así lo señalan González y Castello (2020) quienes esbozan la idea de que la importancia de este principio comentado “reside en dos aspectos: por un lado, consiste en una *norma de ponderación* frente a la aplicación de otros derechos igualmente reconocidos en donde debe primar el interés superior y por otro, que este se materializa como una garantía de la vigencia de los demás derechos consagrados, limitando a las autoridades en su actuar, sin poder realizar actuaciones discrecionales, sino que siempre en directa relación con este principio y en la satisfacción de los derechos de los niños”. Además, este deber de protección no recae sólo en el Estado o en los padres de los menores, sino que también la sociedad en su conjunto, “todos somos cogarantes de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por ende, todos debemos atender a su interés superior, seamos familiares, no familiares, empleados públicos o privados, estemos en contacto directo con niños(as) o cuando nuestro actuar pueda afectarles incluso indirectamente” (Defensoría de la niñez, 2019: 36). De esta manera, la vacunación obligatoria se enmarcaría en esta corresponsabilidad social por el resguardo de la infancia.

La jurisprudencia nacional ha reforzado esta visión, no sólo con la sentencia comentada, sino con diversos casos, como el fallo dictado por Corte de Apelaciones de Arica de fecha 23 de marzo de 2022, en causa Rol N° 45-2022, que en su considerando décimo señala que si bien las decisiones en salud corresponden a los padres: “(...)existen casos excepcionales en que la potestad parental intenta imponer propias creencias, poniendo en riesgo la salud del niño, como en este caso, al privar al niño de la inmunidad que el

plan de vacunación obligatorio aporta, actuando en contra de su interés superior, cuestión que justifica la intervención del aparato público de salud. Así, en la especie, nos encontramos ante un conflicto *entre la voluntad de la madre y el interés superior del niño, en el que este último debe primar*, particularmente si con la decisión que de denuncia por el recurrente, se vulnera la garantía constitucional consagrada en el N° 1 del artículo 19 de la Carta Fundamental, respecto de su derecho a la vida y su integridad física, decisión que, además, resulta ilegal, contraria al ordenamiento jurídico, en este caso, al Decreto Exento N° 6, amenazando la garantía en análisis, ya que el niño, al no ser vacunado, se encuentra expuesto a contraer enfermedades inmunoprevenibles”. Otro ejemplo, lo vemos con el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de febrero de 2022, dictado en causa Rol N° 37079-2021, que en sus considerandos octavo y noveno indica “octavo: que de lo dicho aparece que la menor tiene pleno derecho a que por medio de esta acción cautelar de garantías fundamentales de acuerdo a los Tratados Internacionales, los organismos del Estado velen por su derecho a la salud y en especial acceso a la salud preventiva, que sus padres deben procurar, al conocer los principios básicos de salud. Noveno: Que estos derechos de la niña de autos no pueden quedar entregados a la mera liberalidad de su madre o de un médico que no se atenga en sus consejos médicos a las políticas obligatorias dispuestas por el Ministerio de Salud por orden del presidente de la República, en virtud del artículo 32 del Código Sanitario (...) desde esta perspectiva la decisión resulta arbitraria”.

En suma, aunque la libertad de conciencia es un derecho muy relevante en nuestro país democrático, no puede usarse para justificar decisiones que pongan en riesgo la salud o la vida de niños y niñas. Las creencias personales merecen respeto, pero ese respeto no puede estar por encima del deber que tenemos como sociedad de proteger a quienes son más vulnerables. Así, el principio de interés superior del niño no sólo guía la acción del Estado, sino que también nos recuerda que todos tenemos una responsabilidad compartida en su cuidado. Por último, en relación con este segundo análisis, aplicar las vacunas obligatorias, en este caso, no es una imposición injustificada, sino una forma concreta de garantizar el derecho de los niños del caso, a crecer sanos y protegidos de enfermedades que perfectamente se pueden prevenir con la inmunidad.

IV. La ponderación entre derechos individuales y colectivos justifica la vacunación obligatoria

En el debate constante sobre la vacunación obligatoria plantea una tensión entre los derechos individuales y derechos colectivos. Por un lado, podemos encontrar el derecho a la libertad de conciencia y la autonomía personal, especialmente en decisiones relacionadas con el cuerpo y la salud, y por otro, se encuentra el derecho de toda la población a vivir en condiciones sanitarias seguras, libres de enfermedades prevenibles con las vacunas. Esta tensión exige una mirada jurídica que reconozca que ciertos derechos, cuando entran en conflicto, deben ser ponderados en función del bien común y la protección de los más vulnerables.

La evidencia científica ha sido clara en que “a nivel individual, cuando un niño o adolescente no se vacuna se expone a un mayor riesgo de padecer numerosas enfermedades infecciosas, cuya gravedad dependerá tanto de las características del agente infeccioso como de la capacidad que tenga el organismo del niño o adolescente para luchar contra la enfermedad” (Centro de Políticas Públicas UC, 2019: 2). Esta realidad médica nos obliga a pensar en los efectos sociales de las decisiones individuales que tomamos,

ya que cuando alguien decide no vacunarse, sin tener una contraindicación médica, no sólo arriesga su propia salud, sino que también ponen en peligro a otros. Esto ocurre especialmente con aquellas personas que no pueden vacunarse y que depende completamente de la protección de quienes sí pueden hacerlo. Según el anterior citado estudio del Centro de Políticas Públicas UC (2019) las “personas que por razones médicas tienen contraindicado recibir algunas vacunas son totalmente dependientes del *blindaje o inmunidad de rebaño* que le brinden quienes sí pueden vacunarse. Por eso, cuando un niño o adolescente sin contraindicación médica de vacunarse deja de hacerlo, está poniendo en serio riesgo la salud de los demás, especialmente de quienes dependen exclusivamente de la “inmunidad de rebaño” como forma de protección. Esta interdependencia social demuestra que el rechazo a la vacunación obligatoria no es una decisión aislada, sino una acción que puede tener consecuencias graves para la comunidad entera. Por eso, como vemos también en el caso en comento, al rechazar la vacunación por parte de los padres, no sólo se pone en riesgo a sus propios hijos “sino también se está poniendo en peligro a la población completa, no respetando las obligaciones que tenemos hacia el resto” (Centro de Políticas Públicas UC, 2019: 12). Aquí se podría decir que entra en juego no sólo el concepto de salud pública, sino también un principio ético, el cual expresaría que si somos seres interdependientes y nuestras libertades se ejercen dentro de un sistema social, la vacunación sería un acto de responsabilidad colectiva, tanto como un derecho individual.

Ahora bien, en el plano normativo, esta visión se encuentra respaldada por la ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, el artículo 14 señala que “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16”, así, reconoce el derecho de toda persona a aceptar o rechazar tratamientos médicos. Sin embargo, el artículo 16 inciso 2 aclara que “este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, *se ponga en riesgo la salud pública*, en los términos establecidos en el Código Sanitario”, por ende, vemos como la ley reconoce el derecho a decidir sobre tratamientos médicos, pero limita esa libertad cuando está en riesgo la salud pública, reflejando que la autonomía individual debe ceder ante el interés colectivo en contextos como la vacunación obligatoria.

Esta perspectiva también ha sido acogida por la jurisprudencia de Chile. En la causa Rol N° 34371-2021, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 3 de noviembre de 2021 sostuvo en su considerando sexto que “(...) aparece relevante reflexionar que las medidas que ordenan vacunaciones masivas se orientan no sólo a proteger la vida y salud de quien recibirá dicha inoculación, sino también la de las demás personas que integran la sociedad, quienes podrán enfermar e incluso morir tras el contagio de un virus portado por un ser humano no inmunizado y vector del mismo”, recordando de esta manera, que no podemos pensar la salud como un asunto exclusivamente privado.

De igual forma, en fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 17 de mayo de 2016, dictado en causa Rol N° 528-2016, se concluyó en su considerando noveno que “(...) queda de manifiesto que la negativa de la recurrida, de inocularla a su hija con la vacuna BCG que previene la tuberculosis y que ha establecido el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, constituye una conducta ilegal, esto es, contrario al or-

denamiento jurídico, especialmente, al decreto exento N° 6 de 29 publicado el 19 de abril de 2010 en el Diario Oficial. Además, no solo amenaza el legítimo derecho a la vida de la mencionada niña de escasa edad, *sino a quienes se encuentra en su entorno*. En efecto, al no ser vacunada, se encuentra expuesta a contraer la enfermedad inmunoprevenible de tuberculosis, que acarrea discapacidades, e incluso la muerte”.

En definitiva, cuando los derechos individuales se ejercen en un contexto social, deben ser compatibles con el bienestar de los demás, de esta manera, la vacunación obligatoria no debe entenderse como una imposición autoritaria, sino como una forma razonable y necesaria de cuidar a la comunidad, especialmente a quienes depende de la responsabilidad colectiva para estar protegidos. Así, en este tipo de contexto, donde la acción individual puede afectar gravemente a otros, la limitación proporcional de ciertas libertades ni debilita la democracia, sino que la fortalece, porque protegernos mutuamente incluso cuando no estamos de acuerdo en todo, es también parte del pacto social que sostiene nuestra convivencia como sociedad.

V. Experiencia comparada: Contexto internacional frente a la vacunación obligatoria

La experiencia internacional en materia de vacunación obligatoria muestra un patrón al respecto, y es que cuando disminuyen las tasas de vacunación, aumentan los brotes de enfermedades infecciosas que se creían erradicadas o bajo control. Países como Italia, Francia, México y Perú han debido endurecer o revisar sus políticas públicas sanitarias para enfrentar las consecuencias de esta situación de reticencia a la vacunación. En este sentido, se revelan no sólo las diferencias legales entre los países, sino también el desafío común que enfrentan en torno a la protección de la salud pública.

En Italia “la Ley 119/2017 hace obligatorio para todos los niños de 0 a 16 años que residen en el territorio nacional el calendario de vacunas al día” (Lampert-Grassi, 2019: 2). En caso de incumplimiento, tal como explica Giupponi (2020) los responsables son citados por la autoridad sanitaria local para una entrevista informativa sobre las vacunas y solicitar que estas se lleven a cabo, pero si persiste la negativa, se impone una multa de entre 100 a 500 euros, sin embargo, no se impone esta multa si, tras la impugnación, los padres acceden a vacunar al menor. Por otro lado, y de suma relevancia, es que el acceso a la educación se puede ver afectado, “las consecuencias de la falta de vacunación son diferentes dependiendo de si se trata de guarderías (hasta 6 años, no obligatorias) y escuelas primarias y secundarias (obligatorias). Solo en el primer caso, de hecho, el hecho de no presentar a las escuelas la certificación de vacunas obligatorias del menor implica la *exclusión de las escuelas, siendo un requisito de acceso real*. Sin embargo, para los otros grados de educación, la presentación de la documentación no constituye un requisito para el acceso a la escuela, pero está previsto que los estudiantes no vacunados se incluyan en clases en las que solo estén presentes menores vacunados o inmunizados, para garantizar su salud y la de la comunidad escolar (Giupponi, 2020: 68-69). Parece acertado que en Italia exista una manera de proteger a la salud colectiva, aplicando de lleno la inmunidad de rebaño, como se ve en la medida de ubicar a los no vacunados con compañeros inmunizados, reflejando que vacunarse es también una responsabilidad hacia los demás. Sin embargo, la exclusión de los niños no vacunados en las guarderías podría ser cuestionable, ya que choca con su derecho a la educación en una etapa clave para su desarrollo, por lo que se verían vulnerados no sólo el interés superior en base a proteger su salud, sino también lo que respecta a su educación. Si bien, parece ser una política funcional, podría ser necesario reflexionar sobre la proporcionalidad de esta medida y la

posibilidad de alternativas que logren un equilibrio más adecuado. A pesar de que se podría señalar que tiene medidas rigurosas ante las enfermedades que venimos evaluando, el año 2024 comenzaron a activar sus alertas, “los pediatras italianos alertan sobre la epidemia de tosferina, que afecta principalmente a recién nacidos y bebés menores de cuatro meses no vacunados. Ya ha causado el fallecimiento de tres bebés desde principios de año y un aumento del 800% de las hospitalizaciones respecto al mismo periodo del año pasado. Desde enero a mayo, se registraron 110 hospitalizaciones por tosferina, de las cuales más de 15 están en cuidados intensivos para lactantes” (Fuentes, 2024).

Ahora bien, en Francia “el artículo L3111-2, establece las vacunas del calendario, son obligatorias, salvo que exista una excepción médica. Según el artículo R227-7, del Código de Acción Social y de las Familias, la admisión de un niño o joven menor de edad a un establecimiento educacional está sujeta a la presentación de un documento que acredite su situación. Es responsabilidad de las personas que ejercen la patria potestad o tutores de menores, cumplir con esta obligación” (Lampert-Grassi, 2019: 2). Podemos ver que el enfoque podría ser más estricto, en el sentido que se asume que el cumplimiento de la normativa sanitaria es un deber social que forma parte del ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, misma situación que en Italia, empezó a ocurrir en Francia, según lo indicado por Bruni (2024) al 16 de septiembre de 2024, la incidencia de los casos de tos ferina confirmados en Francia ha llegado a 134.639, de los cuales 35 condujeron a la muerte, siendo 22 niños (20 menores de 1 año).

En México, hasta abril de 2025 se reportaban 51 muertes por tos ferina en lo que iba del año, en su mayoría lactantes (Trejo, 2025), por otro lado, el Boletín Informativo de la Secretaría de Salud, señaló que “al 24 de mayo, se han presentado 978 casos en el país. Las defunciones se han presentado en *bebés sin antecedentes de vacunación*, según el documento. Además, detalla que el 96.07% de estos fallecimientos corresponde a niñas y niños menores de 6 meses” (Becerril, 2025). En esta misma línea, “desde 2024 empezó a notarse este brote de tosferina en México y en otros países de América como Brasil, Perú, Colombia y Estados Unidos, por lo que en junio de ese año la Organización Panamericana de la Salud emitió una alerta epidemiológica con la que sugería a los países de la Región de las Américas *reforzar la vigilancia y aumentar la vacunación*”. (Parabólica.mx, 2025). Situación similar a México, ha tenido Perú en lo que lleva del año, Rojas (2025) señala que el Ministerio de Salud, en su último informe indicó que se han registrado 722 casos de tos ferina en su país, lo que ha sido un aumento significativo respecto a los 27 casos reportados el año pasado, de estos casos se contabilizan 10 fallecimientos, en su mayoría menores de 5 años. En este caso, las autoridades atribuyen este brote a la baja cobertura de vacunación en comunidades rurales y de difícil acceso, donde la vacunación no ha superado el 80%, por debajo del 90% recomendado para evitar la propagación de la enfermedad. Por otro lado, con respecto a otra de las enfermedades indicadas en este comentario, está el caso de la Difteria. En el año 2020, el Ministerio de Salud de Perú “confirmó un caso de difteria, 20 años después desde que se registrara el último caso en el país. La paciente es una niña de 5 años que vive en una zona muy pobre del centro de Lima. La pequeña, añadió, solo había recibido vacunas de nacimiento, pero no las dosis posteriores de refuerzo necesarias para mantener la inmunidad a esta enfermedad -tratable pero altamente contagiosa- que se desvanece con el tiempo” (BBC News Mundo, 2020). Estas cifras reflejan un panorama preocupante, parece especialmente grave que en pleno siglo XXI, enfermedades prevenibles como la tos ferina estén causando muertes que podrían haberse evitado mediante una vacunación oportuna.

La experiencia internacional demuestra que la vacunación obligatoria es una medida legítima para proteger la salud pública, especialmente en contextos donde la baja cobertura ha permitido el resurgimiento de enfermedades prevenibles como la tos ferina o la difteria de las mencionadas en el caso en comento. Países como Italia y Francia han implementado normativas estrictas, con sanciones o restricciones escolares, buscando equilibrar los derechos individuales con la protección del bien común de la población. Sin embargo, los recientes brotes en esos mismos países y al igual que en México y Perú, evidencian que la regulación debe ir acompañada de educación, acceso equitativo y vigilancia sanitaria efectiva para lograr la inmunidad requerida. A modo de cierre de este apartado, podemos señalar que la comparación con otros países deja una enseñanza clara: cuando la vacunación disminuye, las enfermedades regresan, y cuando eso pasa, no se trata solo de estadísticas o cifras, sino de vidas concretas de niños, niñas y personas vulnerables, que pueden enfermar gravemente o incluso morir por decisiones evitables en torno a la vacunación.

VI. Conclusiones

Del análisis de la sentencia en comento, se permite concluir que la vacunación obligatoria, lejos de representar una imposición injustificada del Estado, se funda como una herramienta jurídica y sanitaria legítima, necesaria y proporcional para la protección de la salud pública, en total coherencia con los mandatos legales, constitucionales y el estándar científico acumulado por décadas en el país, siendo la vacunación históricamente una de las políticas más eficaces en la erradicación de enfermedades infecciosas y mortales en Chile. Por otro lado, queda claro que, ante el conflicto entre la libertad de conciencia de los padres y el interés superior del niño, las creencias personales no pueden prevalecer cuando está en juego la vida o la salud de menores de edad, estando el Estado obligado a intervenir para protegerlos. A ello se suma la dimensión colectiva de la vacunación, que no puede comprenderse únicamente desde una perspectiva individual, sino que hay que tener en cuenta, que el bienestar de la población depende de un conjunto de responsabilidades compartidas. Finalmente, el repaso por la experiencia internacional refuerza esta perspectiva, donde varios países han debido reforzar sus políticas sanitarias de inmunización obligatoria ante el resurgimiento de enfermedades prevenibles.

En definitiva, el fallo comentado evidencia que la decisión del Tribunal Constitucional de Chile, no sólo se ajusta al ordenamiento jurídico vigente, sino que también refleja una lectura contemporánea y responsable del rol que tiene el Estado en la protección de la niñez y de la salud pública en general. Defender la vacunación obligatoria, no significa ignorar los derechos individuales, sino reconocer que estos, en un Estado democrático como el chileno, encuentran su límite cuando entran en tensión con el deber colectivo de proteger a los demás, especialmente a quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Referencias Bibliográficas

- BBC News Mundo. (2020, 28 de octubre). Difteria: confirman el primer caso en Perú 20 años después de haber erradicado la enfermedad. *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54718771>

- Becerril, G. (2025, 27 de mayo). Confirman 51 muertes por tosferina en México; bebés menores de 6 meses son los más vulnerables. *Unotv.com*. <https://www.unotv.com/salud/confirman-51-muertes-por-tos-ferina-en-mexico-bebes-menores-de-6-meses-son-los-mas-vulnerables/>
- Cerda, J., Abarca, K., Bedregal, P., Delpiano, L., García, E., Hernández, A., Herrera, T., Luchsinger, V., Moreno, G., Muñoz, A., Ripoll, E., Rodríguez, J., & Valenzuela, M. T. (2019). Vacunación de niños y adolescentes en Chile: propuestas para reducir la desconfianza y mejorar la adherencia. *Temas de la Agenda Pública, Centro de Políticas Públicas UC*, 14, 1-20.
- Comité Asesor de Vacunas e Inmunizaciones. (2018, 20 de agosto). La vacunación obligatoria en Europa. *Asociación Española de Pediatría*. <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/vacunas-obligatorias-europa>
- Defensoría de la Niñez. (2019). *Informe Anual: Derechos de niñas, niños y adolescentes en Chile*. <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019/II-cap1.html>
- Fuentes, A. (2024, 24 de mayo). Alerta en Italia por la tosferina, con tres bebés muertos desde enero. *ABC Sociedad*. <https://www.abc.es/sociedad/alerta-italia-tosferina-tres-bebes-muertos-enero-20240524160913-nt.html>
- González Urrutia, I., & Castello Belmar, A. (2020). *Análisis desde la mirada del derecho internacional en su evolución y aplicación al derecho chileno* [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/176583>
- Lampert-Grassi, M. P. (2019). *Marcos regulatorios de vacunación obligatoria como instrumentos de política sanitaria contra el movimiento anti-vacunación*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27472/1/BCN_Leyes_de_vacunacion_obligatoria_Italia_Francia_EEUU_FINALI.pdf
- Parabólica.mx. (2025, 28 de mayo). Alertan por aumento de casos de tos ferina en México. *Parabólica en Red*. <https://www.parabolica.mx/2025/nacional/item/7602-alertan-por-aumento-de-casos-de-tos-ferina-en-mexico>
- Pérez, C. (2024, 15 de mayo). Alertan que peligrosa y mortal enfermedad se han multiplicado por 10 debido a los antivacunas. *La Tercera*. <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/alertan-que-peligrosa-y-mortal-enfermedad-se-han-multiplicado-por-10-debido-a-los-antivacunas/C3FDJL4PORF2LFE54LP7QGM47E/>
- Subsecretaría de Salud Pública. (2011). *Vigilancia epidemiológica y medidas de control de coqueluche tos ferina* (Circular B51. N°27). Ministerio de Salud de Chile.
- Trejo, Y. (2025, 15 de mayo). Van 51 muertes en México por tosferina: síntomas, señales y cómo prevenirla. *AS México*. <https://mexico.as.com/actualidad/van-51-muertes-en-mexico-por-tosferina-sintomas-senales-y-como-prevenirla-n/>
- UNICEF Chile. (2021, 4 de junio). El PNI permite el acceso a vacunas para todos los niños chilenos y residentes en nuestro país. <https://www.unicef.org/chile/historias/el-pni-permite-el-acceso-vacunas-para-todos-los-ni%C3%B1os-chilenos-y-residentes-en>
- Valenzuela, M. T. (2001). Desarrollo y futuro del Programa Ampliado de Inmunizaciones en Chile. *Revista Chilena de Infectología*, 18, 31-36.
- Valera, L., Ramos Vergara, P., Porte Barreaux, I., & Bedregal García, P. (2019). Rechazo de los padres a la vacunación obligatoria en Chile: Desafíos éticos y jurídicos. *Revista Chilena de Pediatría*, 90(6), 675-682. <https://doi.org/10.32641/rchped.v90i6.1002>
- Véliz, L., & Campos, C. (2016). Conocimiento y actitudes de los padres en relación a la vacunación de sus hijos. *Revista Chilena de Infectología*, 33, 30-37.

Inteligencia Artificial en la justicia colombiana: ¿avance o amenaza para el derecho a la salud?

Artificial intelligence in Colombian justice: advance or threat to the right to health?

Daniela Alejandra Martínez López¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)15](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)15)

Comentario a
Sentencia T-323/2024
Corte Constitucional de Colombia

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El caso de *Emilio* marcó un hito en la jurisprudencia colombiana. Una controversia sobre el derecho a la salud dio lugar a que, a partir de un estudio oficioso, se aportaran elementos al debate sobre un tema novedoso: la Inteligencia Artificial (IA) y su utilización en las actuaciones judiciales. ¿Cuál es el impacto de la implementación de este tipo de herramientas en la administración de justicia? La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-323 de 2024, vio una oportunidad para definir por primera vez una serie de parámetros en relación con el derecho al debido proceso ante el uso razonado de estas tecnologías en el trámite de acciones de tutela.

ABSTRACT

Emilio's case was a landmark in Colombian jurisprudence. A controversy over the right to health led to an informal study providing elements for discussion on a novel topic: artificial intelligence and its use in judicial proceedings. What is the impact of implementing such tools on the administration of justice? The Colombian Constitutional Court, in its judgment T-323 of 2024, saw an opportunity to define for the first time a series of parameters regarding the right to due process before the reasoned use of these technologies in the processing of guardianship actions.

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Asistente de Investigación del Departamento de Derecho Constitucional de la misma universidad. Correo electrónico: danielalejandramartinezl@gmail.com No. de ORCID: 0009-0003-3442-4098.

PALABRAS CLAVE: derecho a la salud; acción de tutela, Inteligencia Artificial; garantías judiciales; debido proceso.

KEYWORDS: right to health; tutela action; Generative Artificial Intelligence; judicial guarantees; due process.

I. Introducción

La implementación de herramientas de Inteligencia Artificial, en adelante IA, en el sistema judicial colombiano ya es una realidad. Sin embargo, la ausencia de un marco normativo que regule esta materia ha generado numerosos interrogantes sobre su impacto en la garantía de derechos fundamentales. Con base en la sentencia T-323 de 2024, este comentario identifica algunos de los retos y ventajas que implica el uso de IA ante la judicialización del derecho a la salud.

El texto comienza con una contextualización de la salud en Colombia y su relación con la acción de tutela. Luego, se presentan los hechos del caso que dieron origen al fallo, el pronunciamiento de la Corte en relación con el uso de IA, los criterios orientadores que fijó a partir de su análisis, así como la decisión adoptada en sala de revisión. Posteriormente, se plantean algunos de los riesgos y las posibles mejoras que puede generar su implementación según estudios doctrinales. Finalmente, se presenta el panorama incierto que rodea los primeros pasos de la utilización de IA por parte de la Corte Constitucional en la revisión de acciones de tutela.

II. La acción de tutela y el derecho a la salud en Colombia

La salud en Colombia tiene una doble dimensión: derecho constitucional y servicio público. De esta dualidad se deriva la obligación del Estado de asumir la responsabilidad de organizar, regular, dirigir y verificar que todas las personas puedan acceder a ella (Corte Constitucional, T-912, 2014).

Esta obligación se concreta a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), encargado de garantizar su prestación como servicio público, además de amparar las afectaciones que pueda tener su garantía como derecho.

Los ciudadanos usuarios del Sistema tienen el derecho constitucional de acceder efectivamente a los servicios médicos necesarios para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana (Corte Constitucional, T-505, 2004) sin el deber de asumir cargas adicionales por cuestiones administrativas.

En este contexto, al analizar múltiples casos², la Corte Constitucional ha evidenciado que en Colombia los usuarios se tienen que enfrentar a numerosas trabas administrativas y burocráticas para poder acceder a la garantía efectiva del derecho a la salud. Así, ha reconocido que dichas barreras tienen graves consecuencias como el atraso en la prestación del servicio, el aumento del sufrimiento de las personas y la afectación de la salud de los usuarios que van desde complicaciones médicas hasta la muerte del paciente (Corte Constitucional, T-188, 2013). Es por esto que, ante esta situación, los ciudadanos han encontrado una alternativa más efectiva en el uso de un mecanismo judicial: la acción de tutela.

2 Como aquellos analizados en las sentencias T-120 de 2017, T-464 de 2018, T-558 de 2018, T-314 de 2017, T-014 de 2017, T-405 de 2017, T-322 de 2018, T-239 de 2019, T-160 de 2022.

En Colombia la acción de tutela permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona cuando resulten amenazados por la acción u omisión de autoridades públicas o particulares. Así pues, se trata de un mecanismo de carácter informal y expedito, cuyo fallo debe proferirse dentro de los 10 días hábiles siguientes a la solicitud.

En el año 2023, de 633.475 tutelas que se interpusieron en Colombia, 197.765 fueron por temas relacionados con la salud, siendo uno de los datos más altos desde la creación de este mecanismo en 1991 (Defensoría del Pueblo, 2024). En el año 2024, la Corte Constitucional señaló que, con 247.129 acciones, lo que representa el 28,90% del total de las tutelas recibidas, el derecho de la salud fue el principal tutelado (Agencia Periodismo Investigativo, 2024).

Al analizar la información de tutelas del último año, se observa que los accionantes solicitaron la práctica adecuada de procedimientos médicos, la entrega oportuna de medicamentos o insumos y la asignación de citas médicas, donde se evidencia que la judicialización de la salud ha tenido origen en fallas institucionales que dan lugar a reclamos que no son resueltos por el sistema de salud y que, gracias a la accesibilidad del sistema de justicia, terminan generando una alta demanda de soluciones judiciales (Así vamos en Salud, 2025).

III. La sentencia T-323 de 2024: el caso de *Emilio*

Emilio es un niño de 5 años diagnosticado con trastorno de espectro autista (TEA). Como parte de su tratamiento médico, debe asistir a terapias integrales de rehabilitación, además de recibir atención por diferentes especialidades.

Emilio vive con su madre *Blanca*, quien no cuenta con un trabajo estable, es madre soltera y vive en un nivel de pobreza extrema. A causa de esta situación, la madre de Emilio solicitó a la EPS la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos con base en el beneficio que prevé la ley a la población en situación de discapacidad.³ Sin embargo, la EPS no adelantó las gestiones necesarias para reconocer la exoneración.

A raíz de ello, *Blanca* interpuso una acción de tutela en nombre de con el fin de garantizar sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, solicitando i) la exoneración a su hijo de las cuotas moderadoras y copagos, ii) la cobertura de los gastos de transporte con el fin de que el niño pudiera asistir a sus terapias, y iii) la garantía de un tratamiento integral.

En primera instancia, el Juzgado Municipal amparó los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de *Emilio*. En consecuencia, le ordenó a la EPS i) autorizar el valor o suministrar el servicio de transporte al niño y a un acompañante, con el fin de asegurar su desplazamiento para recibir las terapias integrales prescritas por el médico tratante y ii) exonerar al niño del pago de copagos o cuotas moderadoras, mientras persista su condición económica de su madre.

Aunque la EPS impugnó la decisión, el Juez de Circuito confirmó el fallo al no encontrar que la EPS hubiera demostrado que la accionante contaba con recursos económicos para sufragar los gastos asociados a la atención médica de su hijo.

³ Ver Artículo 12 de la Ley 1306 de 2009 y la Circular 016 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social.

En este sentido, al llegar a la sede de revisión de la Corte Constitucional, la Sala revisó si la EPS vulneró los derechos fundamentales de *Emilio* al i) no exonerarlo del pago de cuotas moderadoras y copagos, ii) al no proporcionarle el servicio de transporte interurbano por ausencia de prescripción médica y iii) al no autorizarle un tratamiento integral. Como resultado, confirmó parcialmente la decisión de los jueces de instancia frente a la exoneración de pagos y amplió la orden de autorización de transporte, señalando que debía brindarse todas las veces necesarias, según criterio médico.

Este caso, al igual que numerosos casos que ha revisado la Corte Constitucional en materia de derecho a la salud⁴, evidencia la normalización del litigio a través de la acción de tutela como mecanismo efectivo para acceder al servicio de salud pues, como se expuso, en el caso de Emilio la exoneración del cobro de cuotas moderadoras y copagos, así como la orden del servicio de transporte, no se dio hasta que su madre acudió a este mecanismo judicial.

Ahora bien, ¿cómo un caso sobre el derecho a la salud se convierte en una discusión acerca de la implementación de la Inteligencia Artificial en las actuaciones judiciales? De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución, la Corte Constitucional está facultada para realizar un estudio de validez del procedimiento y de las actuaciones surtidas en el proceso de tutela ante los jueces de instancia, ya sea de manera oficiosa o rogada.

En el caso concreto, el juez de segunda instancia hizo uso de *ChatGPT 3.5* con el fin de formularle cuatro preguntas e incorporar sus respuestas en el fallo y así complementar los argumentos de la decisión adoptada.

Ante esta situación, la Corte advirtió la necesidad de llevar a cabo un estudio oficioso sobre la validez de la providencia, a efectos de establecer si en el fallo se incurrió en alguna irregularidad que violara el derecho al debido proceso con ocasión del uso de esta herramienta de inteligencia artificial generativa. Fue allí donde la Sala encontró una oportunidad valiosa para pronunciarse y definir por primera vez una serie de parámetros que dieran precisión al alcance del derecho al debido proceso ante el uso razonado de herramientas derivadas de la IA en el trámite de acciones de tutela.

IV. El derecho al debido proceso y la utilización de la IA en la administración de justicia

Para el estudio del derecho al debido proceso, la Sala consideró que las garantías que podrían haberse afectado con la actuación del juez de segunda instancia eran i) la garantía del juez natural, ii) la garantía del juez independiente e imparcial y iii) la garantía del debido proceso probatorio como se ilustra a continuación:

Como punto de partida, la Corte abordó *la garantía del juez natural*, entendida como el derecho a ser juzgado por juez competente de acuerdo con lo señalado por la Constitución y la ley (Corte Constitucional, C-030, 2023), además de adoptar la decisión con independencia, imparcialidad y de conformidad al ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, C-341, 2014).⁵

4 En sede de revisión la Corte ha examinado alrededor de 600 tutelas en materia de derecho a la salud, donde ha revocado aproximadamente 500 decisiones de los jueces de instancia que niegan el amparo.

5 En similar sentido, sentencias C-429 de 2001, C-200 de 2002, C-594 de 2014, SU-388 de 2021, C-594 de 2014 y C-142 de 2020.

Como componente de esta garantía se reconoce la del juez legal previamente establecido, la cual pretende que la ley defina con anterioridad a los hechos cuál es el juez que debe conocerlos, para que los ciudadanos puedan saber qué funcionario será competente para resolver su caso.

Al respecto, la Sala precisó que el juez natural debe ser un humano y no una máquina, pues es a quien le fue asignada la labor esencial de conocer y resolver de fondo el asunto, sin importar su complejidad. Como consecuencia, concluyó que la suplantación del juez con una herramienta de IA, sin que haya una valoración y determinación por parte de él, resulta inválida y vulnera el derecho fundamental al debido proceso por violación de la garantía de un juez legal previamente establecido.

A su vez, la Corte abordó *la garantía del juez independiente e imparcial*, que supone la resolución de asuntos judiciales de forma motivada y bajo estricto cumplimiento de la ley (Corte Constitucional, T-450, 2018).

Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo donde el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, y determina cómo, a partir de los elementos aportados al proceso y la hipótesis de hecho que construye con ellos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica (Corte Constitucional, T-323, 2024).

Teniendo en cuenta que, si la herramienta de inteligencia artificial generativa se alimenta con información sesgada, sus respuestas también lo serán, la Corte afirmó que el uso de IA en la construcción de una decisión judicial puede ocasionar que su motivación sea incorrecta o falsa y, por tanto, inválida, lo cual constituye una violación al derecho al debido proceso.

Por último, la Corte se pronunció acerca de *la garantía del debido proceso probatorio* cuando se hace uso de herramientas de IA. Esta garantía implica, además de presentar, solicitar y controvertir pruebas, que las pruebas sean decretadas, recolectadas, practicadas y evaluadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para tal efecto (Corte Constitucional, T-323, 2024).

La Corte señaló que, so pena de violar el derecho al debido proceso, el decreto y la evaluación de las pruebas es una tarea que debe estar en cabeza del juez natural, razón por la cual su ejercicio no puede estar a cargo de una herramienta de inteligencia artificial generativa en el ordenamiento jurídico colombiano.

V. Criterios orientadores frente al uso de herramientas de Inteligencia Artificial por parte de los despachos judiciales

Ahora bien, la Corte no desconoció que, en algunos casos, la utilización de la IA en el sistema judicial conduce a una prestación más eficiente y eficaz del servicio, además de mejorar el bienestar de los funcionarios públicos de la Rama Judicial y de los ciudadanos que hacen uso de este sistema.

Así, encontró que su uso para los ámbitos de gestión administrativa y documental, apoyo a la gestión judicial y corrección y síntesis de textos largos, no vulnera la garantía del juez

natural, siempre y cuando no exista una labor de creación ni de interpretación de contenido y haya una supervisión posterior por parte de algún funcionario de la Rama Judicial. Además, la Corte estableció que es necesaria una garantía de los principios de transparencia y explicabilidad de las IA que se usen en los sistemas judiciales, pues es esencial que los ciudadanos se enteren, entiendan y evidencien la trazabilidad de las decisiones de los jueces para así, tomar las medidas necesarias para impugnarlas.

A su vez, señaló que el uso de la IA como apoyo en el ámbito probatorio requiere altos estándares de verificación de la información que suministra, pues la herramienta puede producir *alucinaciones*, añadiéndole formalidades que no hacen parte del ordenamiento jurídico o tergiversando el alcance de otras. Por ello, el juez debe hacer una revisión adecuada al finalizar el uso de este tipo de herramientas en garantía de las formas propias establecidas para su orden y práctica.

En este sentido, puso de presente que en el caso en que se use la IA como apoyo a la labor judicial, es necesario que los jueces velen por la protección de los derechos a la intimidad y a la privacidad mediante un tratamiento adecuado de la información legal sensible y que contenga datos personales.

A partir de todo lo anterior, en esta decisión la Corte fijó los siguientes criterios orientadores en cuanto al uso de herramientas de IA por parte de los despachos judiciales: i) la transparencia, ii) la responsabilidad, iii) la privacidad, iv) la no sustitución de la racionalidad humana, v) la seriedad y verificación, vi) la prevención de riesgos, vii) la igualdad y equidad, viii) el control humano, ix) la regulación ética, x) la adecuación a buenas prácticas y estándares colectivos, xi) el seguimiento continuo y adaptación y xii) la idoneidad.

Asimismo, ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que fije unos lineamientos acerca del uso de la IA en la Rama Judicial, en los que, como mínimo, tenga en cuenta puntos como la identificación de un humano responsable, la materialización de un lenguaje claro y comprensible y la utilización de la Inteligencia Artificial con ética y autocontrol, siempre en respeto y garantía de los derechos fundamentales. Hasta entonces, los operadores jurídicos de la Rama Judicial deberán dar aplicación a los parámetros definidos por la Corte en el presente caso.

VI. Decisión de la Corte sobre el caso concreto

Con base en lo anterior, en el caso bajo estudio la Corte concluyó que, al no haberse suplantado la labor judicial, pues quien tomó la decisión y elaboró la argumentación correspondiente para fallar fue el juez de segunda instancia, no hubo una afectación a la garantía del juez natural. Además, la Corte advirtió que, aunque se hizo uso de la herramienta *ChatGPT 3.5* para complementar la parte motiva, en el fallo es evidente que el juez ya había realizado un análisis propio del asunto para el momento en que introdujo el razonamiento de la IA.

Adicional a esto, evidenció que la exposición que hizo el juez respecto del uso de la herramienta no permitió conocer plenamente el alcance y lugar que ocuparon las respuestas generadas por la IA en la argumentación del fallo, lo cual impidió una posibilidad real de contradicción o control sobre su uso. En suma, encontró que no hubo una verificación rigurosa de las respuestas proporcionadas por *ChatGPT 3.5*, ni se demostró que el juez contara con la formación o comprensión técnica suficiente sobre el funcionamiento y li-

mitaciones de esta herramienta. En este contexto, la Sala afirmó que hubo un uso indebido de la herramienta de IA, pues no se cumplieron los principios de transparencia y responsabilidad en su totalidad. En cambio, como el juez de segunda instancia no incorporó datos sensibles y personales del niño, encontró satisfecho el principio de privacidad.

Pese al incumplimiento de dichos principios, la Corte reconoció que la decisión del Juez del Circuito era plenamente válida al encontrar que el texto generado por *ChatGPT 3.5* no reemplazó el razonamiento lógico y humano que le correspondía al operador judicial para estudiar y solucionar la controversia. Por esta razón, en el presente caso concluyó que el fallo de segunda instancia no configuró una violación del derecho al debido proceso.

Ahora bien, la conclusión de la Corte suscita varias inquietudes relevantes en torno al alcance de la formación y comprensión que debe tener el operador judicial del uso de estas herramientas. ¿Cuál es el nivel de conocimiento que debe tener para emplear el modelo de inteligencia artificial? ¿Resulta suficiente una lectura de las “condiciones de uso” y de la “política de privacidad” del desarrollador de la IA? ¿Bajo qué criterios se debe medir dicha la comprensión?

Del mismo modo cabe cuestionar cuáles son los criterios que orientan la verificación rigurosa de las respuestas generadas por la herramienta. ¿Quién tiene la responsabilidad de proporcionar la formación o capacitación técnica del juez? ¿Es posible que la formación que deba conocer sobre la herramienta varíe según el modelo de inteligencia artificial que emplee?

VII. Desafíos y oportunidades de la Inteligencia Artificial en la protección judicial del derecho a la salud

Tal como lo expuso la Corte, la Inteligencia Artificial tiene el potencial de mejorar el bienestar de las personas y, en general, de la sociedad. No obstante, su uso en el ámbito judicial también es preocupante con ocasión de los posibles efectos que podría generar, por ejemplo, en relación con las garantías que componen el derecho al debido proceso. En la doctrina se ha dicho que los usos de la Inteligencia Artificial en la administración de justicia se dividen en cuatro categorías: tratamiento de la información, gestión de los expedientes judiciales, relaciones entre los operadores jurídicos y toma de decisiones (Cerrillo, 2007).

Sobre esa base, teniendo en cuenta que en Colombia la acción de tutela ha sido el mecanismo más efectivo para acceder al servicio de salud, es valioso cuestionar qué otras ventajas y qué otros riesgos pueden representar la utilización de la Inteligencia Artificial en la administración de justicia frente al amparo judicial de derechos fundamentales como el derecho a la salud.

De acuerdo con varios estudios, los efectos de la utilización de herramientas de Inteligencia Artificial pueden estar relacionados con dificultades de diversos tipos como la falsa neutralidad de los algoritmos, los sesgos en los datos, la legitimidad de discriminaciones, la falta de transparencia, el inadecuado procesamiento del lenguaje jurídico, la subjetividad en la formalización del derecho y la naturaleza divergente de los problemas jurídicos (Segura, 2023).

Por un lado, la doctrina ha encontrado que las tecnologías impulsadas por IA cuentan con un patrón que tiende a profundizar las divisiones sociales y a incrementar la desigualdad social, específicamente entre los grupos históricamente vulnerables, desfavorecidos y marginados (Hagerty y Rubinov, 2019).

En esa línea, investigaciones demuestran que los sesgos de género que persisten en los conjuntos de datos, algoritmos y herramientas de entrenamiento de la IA, tienen el potencial de reproducir y reforzar estereotipos de género perjudiciales (UNESCO, 2019). A su vez, hay investigaciones que insinúan un sesgo racial sistemático en la estimación del riesgo, por ejemplo, considerando a los convictos negros como más peligrosos que los no negros, incluso con delitos menos graves (Osoba y Welser, 2017).

En este sentido, los sesgos en los datos que alimenten la herramienta pueden reforzar discriminaciones estructurales o agravar la situación de quienes ya se encuentran en condición de vulnerabilidad, contribuyendo a la construcción de otro tipo de barreras administrativas en lugar de procurar su eliminación.

Sumado a ello, se encuentran dificultades relacionadas con el manejo y la reserva de datos sensibles. La utilización de este tipo de herramientas no puede desconocer que, como lo ha advertido la jurisprudencia constitucional, el derecho a la intimidad y el derecho al habeas data se vinculan con una dimensión personalísima no susceptible de interferencias o divulgaciones injustificadas por parte del Estado, ni de terceros (Corte Constitucional, C-406, 2022). Lo anterior demanda una interpretación sistemática de la ley sobre tecnologías de la información así como de las leyes sobre manejo de datos.

Además, la implementación de este tipo de herramientas demanda toda una alfabetización digital acerca de su uso, alcance y límites, sumada a la tenencia de dispositivos adecuados. En este sentido, la transformación digital no puede ser vista únicamente como un desafío técnico, sino también como un reto social que requiere estrategias de capacitación adaptadas a los contextos rurales (Peláez y Sánchez, 2024).

Adicionalmente, es posible pensar que el uso inadecuado de las herramientas de Inteligencia Artificial podría conllevar a una sistematización de respuestas generales que impide que se atiendan las particularidades de cada caso y no se concrete la aplicación de un enfoque diferencial para proveer una garantía efectiva del derecho a la salud.

Con ello, no se puede desconocer que el ordenamiento jurídico colombiano brinda una especial protección constitucional a aquellos sujetos que, por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (Corte Constitucional, T-017, 2023), la cual los hace acreedores de una protección reforzada de su derecho a la salud. Por ello, en casos como el de Emilio, hay un mandato de protección a la salud prevalente y prioritaria que hace que su prestación se garantice de forma inmediata sin obstáculos legales, administrativos, económicos o de ninguna otra índole (Corte Constitucional, T-323, 2024).⁶

De igual forma, la falta de una regulación en la materia constituye una dificultad que conlleva a un contexto de inseguridad jurídica donde no se conocen con certeza los límites

6 En la misma línea, ver el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015.

del uso de las herramientas de Inteligencia Artificial. Esto puede repercutir en abusos y errores que desencadenen la vulneración de derechos fundamentales.

Ahora bien, en línea con la sentencia T-323 de 2024, el terreno de la implementación de la Inteligencia Artificial en las actuaciones judiciales no es del todo sombrío. La mejora en los tiempos de respuesta, teniendo en cuenta el contexto de congestión judicial que vive la justicia colombiana y el gran número de acciones de tutela que reciben todos los jueces del país, representa uno de los beneficios más significativos.

En el caso del derecho a la salud, la agilidad en la atención de casos teniendo en cuenta la ya mencionada judicialización de este derecho, puede representar una reducción en los costos que debe asumir el sistema de salud. Lo anterior porque, como lo ha reconocido la Corte, en la medida en que las condiciones del paciente empeoren por la imposición de barreras administrativas y burocráticas. Este necesitará una atención más especializada o la prestación de servicios de mayor complejidad, los cuales demandan una erogación económica superior a la inicialmente requerida si el servicio se hubiera brindado de manera oportuna y con calidad (Corte Constitucional, T-188, 2013)..

Asimismo, la implementación de este tipo de herramientas puede promover una mejora en la gestión de información y síntesis de datos del sistema de salud que son requeridos por parte del juez en el trámite de acciones de tutela relacionadas con el derecho a la salud.

Otra ventaja es el apoyo de herramientas de IA para identificar precedentes judiciales, el cual podría contribuir a una mayor armonía entre las decisiones de acuerdo con las líneas jurisprudenciales que ha sentado la Corte en relación con este derecho. Según Celis (2023), el uso de la Inteligencia Artificial en ámbitos como el jurídico genera una ayuda en la optimización de recursos generando una predicción judicial sobre cada caso en concreto. En este sentido, si un juez debe realizar un fallo frente a la vulneración de algún derecho fundamental en específico, puede apoyarse de la IA indagando y reuniendo en cuestión de minutos decisiones anteriores con hechos y peticiones similares.

En el estricto sentido de la protección del derecho a la salud, los jueces a nivel nacional tienen un plazo corto para responder las acciones de tutela que llegan diariamente a cada despacho. Tiempo que puede afectar al paciente, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos se encuentra en disputa el acceso a un medicamento, un servicio o una intervención quirúrgica y que, a través de esta acción constitucional, encuentra una esperanza para la enfermedad que lo aqueja.

De otro lado, vale la pena ilustrar que con ocasión de la Pandemia por el COVID-19, la Rama Judicial creó la herramienta digital *Tutela en Línea* con la que buscó optimizar el proceso de radicación de acciones de tutela. Lo anterior, mediante una recepción, contestación y envío del documento, pruebas y anexos más eficiente. Como lo menciona Casas (2023), a través de esta herramienta la persona afectada o su representante tienen la posibilidad de elegir con mayor rapidez el derecho o los derechos que estima le son vulnerados. Así, el uso de IA en el diseño de herramientas como esta podría ayudar a implementar sistemas que brinden una ayuda al accionante para identificar los elementos mínimos requeridos para que el juez resuelva su caso adecuadamente.

Lo anterior, puede conducir a una garantía más efectiva del derecho a la salud pues, aunque la acción de tutela se caracteriza por su informalidad, es posible que los peticionarios –por carencia de conocimientos jurídicos, urgencia de ser atendidos o prisa de recibir un servicio médico– puedan cometer errores que retrasen el amparo de sus derechos.

Además de facilitar el acceso a la justicia, la implementación de herramientas de Inteligencia Artificial podría fortalecer el monitoreo y la evaluación del cumplimiento de los fallos de tutela por parte de los órganos que componen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Bajo estas condiciones, es notorio que el verdadero desafío ya no es la innovación tecnológica y digital o su acceso, sino la gobernanza de dichas tecnologías y su impacto en la vida social (Floridi et al., 2018).

VIII. De *Prometea* a *PretorIA*: primeros pasos

En línea con el escenario descrito, vale la pena conocer la implementación de la IA en sistemas judiciales de la región, cuya experiencia ha inspirado los *primeros pasos* del ordenamiento colombiano.

Prometea es un sistema de Inteligencia Artificial desarrollado en Buenos Aires- Argentina, cuyo propósito principal es automatizar tareas repetitivas y hacer uso de la IA para la elaboración automática de dictámenes jurídicos, a partir de casos análogos para cuya solución ya existen precedentes judiciales reiterados (Estevez et al., 2020).

Colombia quiso introducirlo en su sistema judicial entre los años 2018 y 2020, no obstante, al final optó por la creación de un sistema que atendiera directamente las necesidades particulares de la Corte Constitucional. Así, con ocasión de la Pandemia del Covid-19, la Corte creó el sistema *PretorIA* en el año 2020 con el fin de mejorar la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, 2020).

Este sistema puede analizar, clasificar y agrupar más de 2.500 sentencias al día, identificando casos similares y priorizados por la Corte. Así, mientras una persona puede analizar 30 expedientes en un día, *PretorIA* lo hace en menos de 2 minutos. En este sentido, como lo indicó Dejusticia (2021), el incremento de eficiencia gracias a *PretorIA* sería la disminución del tiempo necesario por agente humano para la toma de su decisión gracias a la automatización del etiquetado y la muestra de las estadísticas.

Pese a lo anterior, la narrativa pública refleja un estado de avance muy superior al real, donde no ha habido una buena comunicación acerca de la información del sistema, su funcionamiento y en especial, cómo se adelanta su desarrollo (Dejusticia, 2021). Por ello, aún son muchos los interrogantes en torno a su funcionamiento, los resultados de su adopción y la implementación de herramientas como estas en las demás instancias judiciales, situando a Colombia en un panorama confuso y apenas inicial dentro del proceso de incorporación de la Inteligencia Artificial en la administración de justicia.

IX. Conclusiones

La justiciabilidad del derecho a la salud podría beneficiarse considerablemente con el uso de herramientas de Inteligencia Artificial en actuaciones judiciales, siempre que di-

cho uso se dé en el marco del respeto por otros derechos fundamentales que pueden estar en juego a la hora de adelantar este tipo de procesos tecnológicos.

De acuerdo con la sentencia T-323 de 2024, el uso de la Inteligencia Artificial en ningún caso puede suponer una sustitución del operador judicial al que constitucional o legalmente le fue atribuida la competencia de conocer un asunto, dado que no es posible reemplazar el razonamiento lógico y humano de interpretación de los hechos, las pruebas, la motivación de la decisión e incluso su adopción.

El uso para los ámbitos de gestión administrativa y documental, apoyo a la gestión judicial y corrección y síntesis de largos textos no solo es viable constitucionalmente, sino también, es crucial para dejar de lado algunas acciones manuales y optimizar actividades en pro de un sistema judicial más eficiente y efectivo.

Pese a que la Corte ofreció algunas luces sobre la utilización de este tipo de herramientas en la jurisdicción, considero que su decisión todavía plantea cuestionamientos y resulta precaria en aspectos clave como la definición del estándar de conocimiento que debe tener el operador jurídico respecto de la IA y los criterios con los cuales debería evaluarse dicho estándar.

Es así como el uso de la Inteligencia Artificial en el ámbito judicial colombiano ya es un hecho y se empieza a ver reflejado en fallos de tutela. Sin embargo, aún hay un gran camino por recorrer y muchos interrogantes que demandan una pronta regulación en la materia para lograr su uso responsable.

Referencias Bibliográficas

- Agencia Periodismo Investigativo. (2024, 22 de diciembre). Aumento récord de tutelas en Colombia: 702 demandas diarias por derecho a la salud. *Agenciapi.co*. <https://www.agenciapi.co/noticia/justicia/aumento-record-de-tutelas-en-colombia-702-demandas-diarias-por-derecho-la-salud>
- Así Vamos en Salud. (2025, 9 de abril). Tutelas 9/04/2025. <https://www.asivamosensalud.org/publicaciones/noticias-especializadas/tutelas-9042025>
- Celis Correa, J. (2023). Predicción judicial: La inteligencia artificial como aliada en el sistema legal. *UNICIENCIA*. <https://unicienciabga.edu.co/vive-la-u/egresados/boletines/342-articulo-7#:~:text=La%20predicci%C3%B3n%20judicial%20es%20una,resultados%20de%20casos%20legales%20futuros>
- Cerrillo, A. (2007). E-justicia: Las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (4), 20-40.
- Corte Constitucional. (2020, 27 de julio). Pretoria, un ejemplo de incorporación de tecnologías de punta en el sector de justicia [Boletín 128/2020]. <https://www.corte-constitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA,-un-ejemplo-de-incorporaci%C3%B3n-de-tecnolog%C3%ADas-de-punta-en-el-sector-justicia-8970>
- Defensoría del Pueblo. (2024). Con 197.765 registros, cifra de tutelas por salud en 2023 fue la tercera más alta en 32 años [Comunicado de prensa]. <https://www.defensoria.gov.co/-/con-197.765-registros-cifra-de-tutelas-por-salud-en-2023-fue-la-tercera>

m%C3%A1s-alta-en-32-a%C3%B1os-defensor%C3%ADa

- Estévez, E. C., Linares, S., & Fillottrani, P. (2020). *Prometea: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Floridi, L., Cowls, J., Beltrametti, M., Chatila, R., Chazerand, P., Dignum, V., Luetge, C., Madelin, R., Pagallo, U., Rossi, F., Schafer, B., Valcke, P., & Vayena, E. (2018). AI4People—An ethical framework for a good AI society: Opportunities, risks, principles, and recommendations. *Minds and Machines*, 28(4), 689-707. <https://doi.org/10.1007/s11023-018-9482-5>
- Garavito, C. R. (2012). La judicialización de los derechos: El caso de la salud. En M. García & M. A. Ceballos (Coords.), *Democracia, justicia y sociedad: Diez años de investigación en Dejusticia* (pp. 461-476). Dejusticia.
- Gutiérrez Ossa, J. A., & Restrepo Avendaño, R. D. (2012). El pluralismo estructurado de Londoño y Frenk frente a la articulación y modulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en Colombia. *Sociedad y Economía*, (23), 183-204.
- Hagerty, A., & Rubinov, I. (2019). Global AI ethics: A review of the social impacts and ethical implications of artificial intelligence. arXiv. <https://doi.org/10.48550/arXiv.1907.07892>
- Osoba, O., & Welsch, W. (2017). *An intelligence in our image: The risks of bias and errors in artificial intelligence*. RAND Corporation.
- Padilla Casas, C. (2023). *Entutela: Una herramienta digital para facilitar la creación y visualización de escritos de tutela en Colombia* [Tesis de maestría, Universidad de los Andes]. Repositorio institucional Universidad de los Andes.
- Peláez Lozada, K. V., & Sánchez Cárcamo, A. (2024). Rendición de cuentas y transformación digital en la justicia rural de Colombia. *Erg@menes - Revista Jurídica*, 16(1), 82-105.
- Saavedra, V., & Upegui, J. C. (2021). *PretorIA y la automatización del procesamiento de causas de derechos humanos*. Dejusticia.
- Segura, R. E. (2023). Inteligencia artificial generativa y administración de justicia: Desafíos derivados del contexto latinoamericano. *Revista de Bioética y Derecho*, (58), 45-72.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-505 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-188 de 2013. M.P: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-341 de 2014. M.P: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-912 de 2014. M.P: Martha Victoria Sáchica Méndez.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-450 de 2018. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional. (2022). Sentencia C-406 de 2022. M.P: Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional. (2023). Sentencia C-030 de 2023. M.P: José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional. (2023). Sentencia T-017 de 2023. M.P: Jorge Enrique Ibáñez Najar.
- Corte Constitucional. (2024). Sentencia T-323 de 2024. M.P: Jorge Enrique Ibáñez Najar.

La protección del derecho a la salud abordado desde la perspectiva de la Corte Constitucional del Ecuador

The protection of the right to health addressed from the perspective of the Constitutional Court of Ecuador

Juan José Torres Espinoza¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)16](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)16)

Comentario a

Sentencia 3144-17-EP/24 del 11 de julio de 2024
Corte Constitucional del Ecuador

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La sentencia 3144-17-EP/24 es un precedente vinculante emitido por la Corte Constitucional del Ecuador que analiza una supuesta vulneración del derecho fundamental de salud por parte del Hospital Teodoro Maldonado Carbo y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hacia Magdalena Rosalina Jaime Cepeda, una persona adulta mayor considerada como un grupo de atención prioritaria. El fallo permitió evidenciar omisiones graves por parte del Hospital y del IESS respecto de falta de disponibilidad de medicamentos, atención médica deficiente, entre otras vulneraciones al derecho de salud, a la igualdad material y vida digna. Adicionalmente la Corte analizó mediante un examen de mérito, la falta de aplicación de justicia constitucional en los juzgados de primera y segunda instancia que conocieron la acción de protección referente a la Sra. Jaime, lo cual a su vez denota el conflicto entre los formalismos excesivos y la garantía de derechos fundamentales en contextos de urgencia respecto de grupos vulnerables. Finalmente se analiza el abanico de medidas impuestas en virtud de la reparación integral en materia constitucional, como son compensación por daño inmaterial, restitución del derecho,

1 Abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador por la Universidad de Guayaquil. Magíster en Fiscalidad Internacional por la Universidad de la Rioja (UNIR). Magister en Derecho Civil por la Universidad de Guayaquil. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Abogado en libre ejercicio. Docente titular auxiliar de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Coordinador del proyecto de investigación: Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. Doi: <https://orcid.org/0000-0001-9352-5698>

medidas satisfacción simbólica y garantías de no repetición. En síntesis, el presente artículo analiza críticamente los fundamentos de hecho y derecho de la sentencia, así como sus impactos institucionales y normativos en la protección de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad dentro del Sistema de Salud Pública en Ecuador.

ABSTRACT

Judgment 3144-17-EP/24 is a binding precedent issued by the Constitutional Court of Ecuador that analyzes an alleged violation of the fundamental right to health by the Teodoro Maldonado Carbo Hospital and the Ecuadorian Social Security Institute (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social) against Magdalena Rosalina Jaime Cepeda, an elderly person considered a priority care group. The ruling revealed serious omissions by the Hospital and the IESS regarding the lack of availability of medications, deficient medical care, among other violations of the right to health, material equality, and a dignified life. Additionally, the Court analyzed, through a merits review, the failure to apply constitutional justice in the first and second instance courts that heard the protection action regarding Ms. Jaime, which in turn denotes the conflict between excessive formalities and the guarantee of fundamental rights in urgent contexts regarding vulnerable groups. Finally, the range of measures imposed under comprehensive constitutional reparation is analyzed, such as compensation for non-pecuniary damages, restitution of rights, symbolic satisfaction measures, and guarantees of non-repetition. In summary, this article critically analyzes the factual and legal basis of the ruling, as well as its institutional and regulatory impact on the protection of the rights of vulnerable persons within the Ecuadorian Public Health System.

PALABRAS CLAVE: Salud, motivación, adulta mayor, reparación integral, Sumak kawsay.

KEYWORDS: Health, motivation, seniors, comprehensive repair, Sumak kawsay.

I. Introducción

Antes del año 2008 en Ecuador existía un Estado de Derecho, en el cual la única fuente válida de derecho era la ley; aquello que no se encontraba previsto en la ley simplemente no podía tramitarse por la vía judicial. Existía entonces un positivismo extremadamente marcado, en el cual se aplicaban las reglas, es decir, si se generaban ciertos supuestos fácticos previstos en la norma (hipótesis), generarían una consecuencia asimismo prevista en esta (Ávila Santamaría, 2011). Sin duda aquello podría parecer bastante coherente respecto de la seguridad jurídica de la cual deben gozar los ciudadanos, sin embargo, existían dos razones por las cuales se tornaba como imperfecta la única aplicación de dichas reglas: ¿cómo se debían resolver aquellos casos en los cuales las reglas eran injustas, e incluso contrarias a derechos fundamentales previstos en la Constitución vigente en aquella época?, ¿Cómo se resuelven aquellos casos en los cuales no existían reglas previstas en la ley? (Torres y Chávez, 2022). A fin de resolver estos problemas no menores, surge en el año 2008 la Constitución de la República del Ecuador basada en la corriente del neoconstitucionalismo, que marca la existencia de otras fuentes del derecho aparte de la ley (como la jurisprudencia), convierte al Ecuador en un Estado constitucional de derechos y justicia, que a su vez posiciona los principios y derechos fundamentales, incluso sobre aquellas reglas positivistas, los mismos que se basarán en la interpretación y en el sano criterio de los juzgadores ecuatorianos, siempre precautelando la ampliación de derechos. En este sentido, el objetivo del presente trabajo es

analizar la motivación judicial por parte de la Corte Constitucional en la resolución del caso 3144-17-EP, que denota un conflicto entre el excesivo formalismo previsto en la ley y la protección de los derechos fundamentales de vida digna, trato preferente por pertenecer a un grupo de atención prioritaria, acceso a medicinas y a un servicio de salud de calidad. Más allá del fallecimiento de la supuesta perjudicada Magdalena Rosalina Jaime Cepeda, su hijo presentó una acción de protección que a su vez desencadenó en una acción extraordinaria de protección que marcó un precedente en la legislación ecuatoriana, específicamente respecto de la administración de servicios de salud para precautelar el derecho más importante: la vida.

II. Concepciones generales del caso 3144-17-EP

Hector Oswaldo Guanapatín Jaime (desde ahora el accionante), presentó el 11 de febrero del 2016 una acción de protección ya que su madre Magdalena Rosalina Jaime Cepeda (fallecida el 25 de marzo del 2016) habría sufrido una serie de vulneraciones de derechos por parte del Hospital Teodoro Maldonado Carbo del IESS (desde ahora el Hospital). En dicha acción de protección, el accionante afirma que la paciente era una adulta mayor, por ende, un grupo de atención prioritaria de acuerdo con la Constitución ecuatoriana; al ser un grupo de atención prioritaria es menester indicar que en Ecuador existe la igualdad formal que implica que todos somos iguales ante la ley, dicho concepto se encuentra íntimamente relacionado con la igualdad material que reconoce que ciertas personas tienen diferencias (ya sea por contexto histórico de discriminación, de salud, etc.), debiendo el Estado tratarlos diferenciadamente a fin de que no se genere un trato discriminatorio y puedan ser iguales respecto de aquellos que no se encuentren en estas supuestas desventajas (Erazo Galarza, 2024).

El 22 de septiembre del 2015, A pesar de formar parte de este grupo de atención prioritaria, por tener 81 años de edad, padecer de diabetes mellitus, tener un absceso en su glúteo y fuertes fiebres; en la sección de Emergencia del hospital en mención, los doctores le comentaron que debía ser hospitalizada pero que no tenían camas libres, por lo cual volvió a su hogar; 6 días después la herida se tornó con un tejido necrótico, convirtiéndose este absceso en una úlcera cercana a la región anal, que requería cuidados y limpiezas constantes. Al denotarse la gravedad de la situación, es internada por el hospital hasta el 3 de febrero del 2016, sin perjuicio de que su hijo realizare constantes visitas en las cuales encontraba a su madre desamparada, déficit de personal de enfermería, déficit de medicamentos, los cuales no se encontraban en "stock" del Hospital, significando un gasto representativo para la familia de la adulta mayor. A su vez la Sra. Jaime, estando hospitalizada contrajo una infección bacteriana que provocaba una inflamación excesiva en diversas partes del cuerpo.

El 3 de febrero del 2016, le dieron el alta a la madre del accionante en contra de su voluntad, aduciendo que se encontraba mejor y que debía recuperarse en su domicilio; adicionalmente le manifestaron que recibiría atención médica en casa. El accionante, en su afán de coordinar dichas visitas se movilizó hasta el dispensario N. 6 del IESS y el Dispensario Médico Martha Roldós donde le indicaron que no había medicinas, ni gasolina, ni médicos, ni enfermeras. Adicionalmente las curaciones a sus heridas, significó la constante movilización a centros de Salud.

Tal cual se manifestó al inicio del presente trabajo, el 11 de febrero del 2016 se presentó una acción de protección, el 12 de febrero el director del hospital dispone que se vuelva

a ingresar a la adulta mayor y el 13 de febrero se conceden medidas cautelares dentro del proceso constitucional. Las medidas cautelares son instituciones jurídicas de índole urgente, provisional, de inmediata aplicación (Carnelutti, 2018); las cuales podrán aplicarse cuando exista alguna amenaza a un derecho y estas medidas evitan que se consuma la vulneración del mismo o en su defecto cuando ya existe la vulneración del derecho, la medida cautelar cesará la misma (Terán Suarez, 2021); sin duda este segundo supuesto es el que surge en el caso planteado.

Muy a pesar de la aceptación de medidas cautelares, el 20 de febrero del mismo año, la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, niñez y adolescencia del Guayas, negó la acción de protección y revocó medidas cautelares, en base a que supuestamente no se habría demostrado la vulneración de derechos y se habría otorgado atención médica. Adicionalmente el Juzgado argumentó que aún no se habían agotado todas las vías administrativas, por lo cual aún no era procedente esta acción constitucional (sin tomar en consideración los reclamos y solicitudes previas presentadas por el Sr. Guanapatín en contra del hospital, ni la urgencia de la situación).

El Sr. Guanapatín presentó el recurso de apelación respecto de aquella sentencia, sin embargo, su madre falleció el 25 de marzo del 2016, exactamente un mes después de haber salido del hospital y encontrarse recibiendo atención médica en casa, lo cual fue ordenado en la sentencia de primera instancia. En audiencia de apelación, el 21 de agosto del 2017, se ratificaron en la sentencia de primera instancia, argumentando que el accionante no pudo demostrar acciones u omisiones por parte del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, falta de agotamiento de vías administrativas y una supuesta falta de legitimación activa, ya que la madre ya había fallecido para el momento de la audiencia, sin que exista una procuración de por medio para representarla en el proceso. Posterior a dicha sentencia el 19 de septiembre del 2017, el accionante presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de primera y segunda instancia, la cual fue admitida a trámite el 2 de enero del 2018.

Hasta este momento se puede discernir que efectivamente existen vulneraciones al trato preferente que debía recibir por ser adulta mayor y peor aún por su enfermedad diabetes, acceso a medicinas y servicio de salud con calidad y calidez. La salud no es un derecho únicamente proveniente de la Constitución, ya que a su vez se desprende de tratados internacionales ratificados por Ecuador, como la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente existen sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el caso Poblete Vilches vs. Chile, en el cual la Corte ha dejado en claro que los Estados tienen la obligación positiva de garantizar de manera inmediata, al menos aquellas prestaciones esenciales para la salud en pro del mantenimiento de la vida, más allá de las dificultades prácticas que pudieren generarse (Pardo Iosa, 2021). Es decir, el Estado tendrá la posibilidad de limitarse al brindar atención médica por situaciones extremas a aquellas afecciones que puedan considerarse leves y no inminentes, como cirugías ambulatorias de nódulos benignos, etc., sin embargo, si existe un peligro inminente como es el caso que se debate en el presente análisis, no debería existir justificación por parte del Estado de proveer atención médica hasta las últimas consecuencias. De igual manera, otro derecho supuestamente vulnerado es la vida digna que implica tener todo lo necesario para llegar hasta la felicidad como derecho al agua, educación, vivienda, trabajo digno, etc.; esto con el fin de que el ciudadano pueda tener satisfacción, evitando a su vez la humillación, falta de autoestima y necesidades en general (García Toma, 2018).

III. Examen de mérito por parte de la Corte Constitucional, ¿resultó procedente realizarlo o se trató de una arbitrariedad por parte de la Corte?

Conforme a los hechos mencionados, que a su vez debidamente fueron probados en primera y segunda instancia de acción de protección, es menester que la Corte Constitucional empiece a estudiar si ha surgido o no una vulneración de derechos fundamentales. La Corte Constitucional inicialmente pudo denotar que la Unidad Judicial no analizó de manera profunda la supuesta vulneración de derechos fundamentales ni real ocurrencia de los hechos en el caso concreto, tal cual lo exige el párrafo 36 de la sentencia 219-20-EP/23 resuelta por la Corte Constitucional del Ecuador (Corte Constitucional del Ecuador, 2023); la Unidad Judicial ni el tribunal de apelación tampoco analizaron con detenimiento la condición de la madre como grupo de atención prioritaria en su calidad de adulta mayor, tal cual lo manda la sentencia vinculante de la Corte Constitucional con nro. 188-15-EP/20 en su párrafo 20; para que cierta motivación sea suficiente, deberá al menos contar con los elementos argumentativos mínimos, es decir se deberán contemplar todas aquellas circunstancias relevantes y explicarse de una manera explícita, sin recaer en las obviedades (ciertas premisas pueden estar implícitas en motivación); en el caso objeto del presente estudio, el detalle en que la supuesta afectada formaba parte de un grupo vulnerable, sin duda es un dato no menor que debía haber sido abarcado de una manera exhaustiva (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

La motivación es un principio fundamental que deviene a partir de los principios: debido proceso y seguridad jurídica; es aquella institución jurídica con la cual se asegura la transparencia y previsibilidad de las resoluciones de los administradores de justicia, otorgándole a su vez a los ciudadanos el entendimiento acerca de los razones de aquella sentencia favorable o desfavorable para sus intereses (Khalid et al., 2024). La motivación deberá ser integral, más aún tratándose de garantías jurisdiccionales como la acción de protección, es decir no solo deberán incluirse argumentos normativos, sino la aplicación de los mismos respecto de casos específicos; aunque la Corte ha emitido directrices claras con sus sentencias vinculantes, en muchas ocasiones los juzgados ordinarios aplican de manera subjetiva e insuficiente la motivación en el marco de la justicia constitucional (Alvarado Vélez *et al.*, 2025).

Conforme estas premisas, la Corte Constitucional en casos donde lo amerite, podrá realizar un examen de mérito; aquello no es una novedad en Ecuador, tomando en consideración que aquello se basa en sentencias vinculantes como las siguientes: Sentencia No. 176-14-EP/19 resuelta por Corte Constitucional en sus párrafos 55 y 56 (Corte Constitucional del Ecuador, 2019); Sentencia No. 1973-14-EP resuelta por Corte Constitucional en párrafo 21 (Corte Constitucional del Ecuador, 2020). En el presente caso, de una manera correcta se realizó un exámen de mérito, a fin de verificar la posible vulneración de derechos fundamentales por parte de los administradores de justicia de juzgados inferiores en base a ciertos requisitos establecidos:

- Que la autoridad judicial inferior haya violado el debido proceso u otros derechos de las partes en el fallo impugnado o durante la prosecución del juicio: la Corte ha justificado el cumplimiento de este requisito en virtud de la insuficiente motivación de la cual se ha hecho mención en los párrafos anteriores de la presente investigación.
- Que, *prima facie*, los hechos que dieron lugar al proceso originario puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados por la autoridad judicial infe-

rior: la Corte ha justificado el cumplimiento de este requisito, ya que a primera vista es indudable la vulneración de derechos de salud, falta de atención médica oportuna, falta de acceso a medicamentos y falta de acceso a cuadro de curaciones a fin de evitar que la enfermedad siga deteriorando la salud y estilo de vida de la afectada.

- Que el caso no haya sido seleccionado por esta Corte para su revisión: en efecto la Corte no había utilizado con anterioridad dicho caso para revisión.

- Que el caso cumpla al menos con uno de los siguientes criterios: gravedad del asunto, novedad del caso, relevancia y trascendencia nacional o inobservancia de precedentes establecidos por este Organismo: La Corte justificó el cumplimiento de este requisito, aduciendo que a primera vista no es de trascendencia nacional, o inobservancia de sentencias vinculantes, pero si cumple con gravedad; se justifica la misma en virtud de la vulneración a la salud de una adulta mayor (grupo de atención prioritaria) y respecto del argumento resuelto por el tribunal de apelación que hace alusión a la falta de legitimación por parte del accionante, porque la madre falleció y supuestamente sus pretensiones fenecieron. La última afirmación significó para la Corte una aberración, tomando en cuenta que el accionante ejerció el derecho a la acción, mientras su madre se encontraba con vida.

La Corte Constitucional ha realizado un examen de mérito con una habilidad quirúrgica y con una motivación suficiente respecto del cumplimiento de cada requisito del examen de mérito.

IV. Resolución de problemas jurídicos por parte de la Corte Constitucional, ¿los magistrados motivaron adecuadamente cada uno de dichos problemas propuestos posterior al examen de mérito?

Posterior al cumplimiento de requisitos del examen de mérito, es menester recordar que el accionante hizo alusión a la posible vulneración de los siguientes derechos: “salud, vida digna, trato preferente por ser adulta mayor, acceso a medicinas y a un servicio de salud de calidad y calidez” (Corte Constitucional del Ecuador, 2024: 27); sin embargo, tomando en cuenta que muchos de los derechos son derivados del derecho a la salud, a efectos de evitar redundancias se analizó la posible vulneración de dicho derecho fundamental.

La salud, acorde la sentencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador de nro. 679-18-JP/20 y acumulados del 5 de agosto del 2020, en su parrafo 72 afirmó que la salud se encontraba compuesta por cuatro elementos como son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. (Corte Constitucional del Ecuador, 2020). En base a estas premisas, la Corte propuso los siguientes problemas jurídicos:

“Primer problema jurídico: ¿El Hospital Teodoro Maldonado Carbo vulneró el derecho a la salud de Magdalena Rosalina Jaime Cepeda, en el elemento de la disponibilidad, al: i) no haber tenido disponibles en sus bodegas medicamentos que le fueron recetados durante su hospitalización; y ii) no haberle otorgado atención oportuna y adecuada durante su hospitalización?” (Corte Constitucional del Ecuador, 2024: 30)

Respecto a la primera arista de este primer problema, el accionante pudo demostrar mediante facturas, que había adquirido de manera particular ciertos medicamentos como Gentamax, Zaldiar, Colistina, Julphamox, Clavoxine, entre otros, que en su mo-

mento fueron recetados por los doctores que atendían a la Sra. Jaime. Muchos de estos medicamentos recetados se encontraban dentro del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos. La Corte afirmó que dichos medicamentos debieron ser proporcionados por los centros de atención del IESS o en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, debiendo el Estado verificar el cumplimiento de esta disposición, es decir que los medicamentos se encuentren siempre en stock.

A su vez, la Corte analizó que en muchas ocasiones los profesionales de la salud que redactaban recetas, omitían escribir los medicamentos recomendados, en la historia clínica del paciente, presumiendo que conocían la falta de disponibilidad de los mismos; aquello fue reprochado ya que además del estado de vulnerabilidad, la omisión por parte del personal médico complicaba el acceso a la justicia por parte de los afectados, específicamente respecto de la verdad procesal.

Acerca de la segunda arista, se debe indicar que el hospital sí atendió a la paciente en diferentes especialidades como emergencia, endocrinología, neumología, entre otras; sin embargo, mientras se encontraba bajo el cuidado de dichas áreas, su situación de salud empeoró, tomando en cuenta que su herida seguía infectándose diariamente por sus heces. Las falencias del hospital fueron constatadas en la foja 210 del expediente judicial de primera instancia, en la cual un proctólogo detalló en la historia clínica que el personal de enfermería no limpiaba a la paciente y la mantenía en condiciones de higiene inadecuadas (con sus propias heces) hasta el siguiente día.

El argumento por parte de la Corte es correcto, al delimitar que la disponibilidad de los usuarios a servicios de salud no solo implica el goce de los mismos, sino que estos deben ser otorgados con calidad, calidez, de una forma apropiada y conforme a las necesidades específicas de cada paciente. Esto implica que el Hospital ha vulnerado el derecho a la salud, ya que lo ha brindado de manera imperfecta e irresponsable, generando que la afectada y su familia contraten una enfermera particular, quien, por factores económicos, no sería contratada de manera permanente para la señora Jaime.

“Segundo problema jurídico: ¿El Hospital Teodoro Maldonado Carbo vulneró el derecho a la salud de Magdalena Rosalina Jaime Cepeda, en el elemento de la accesibilidad, al no haberle realizado el procedimiento médico de toracocentesis evacuatoria por la falta de familiares que suscriban el consentimiento informado?” (Corte Constitucional del Ecuador, 2024: 36)

La accesibilidad respecto del derecho de salud implica que las personas deben poder acceder física y económicamente a la atención médica pertinente, tomando como punto fundamental el otorgamiento de la información acerca del tratamiento a efectuarse y el consentimiento respecto de la aplicación del mismo (Sanchez Torres, 2017). En virtud de las pruebas del caso objeto de estudio, en muchas ocasiones los familiares de la paciente no se encontraban presentes, por lo que la defensa del hospital afirma que no se pudieron realizar ciertos procedimientos médicos, ya que faltaba el consentimiento informado de dichos familiares. En el expediente del caso, resalta una ocasión en la cual se requería autorización para la realización del procedimiento denominado toracocentesis evacuatoria, sin existir familiares que puedan aprobar aquello, por lo que el mismo no se realizó.

Este argumento de la defensa fue desvirtuado por la Corte Constitucional del Ecuador,

que hizo énfasis en el derecho de un paciente para consentir por su propia cuenta los procedimientos que se le van a efectuar, sin perjuicio que si el paciente no pudiese consentir por sí mismo (por ejemplo, al encontrarse en un estado de coma, etc.) podrá intervenir un representante legal o familiares cercanos. El legitimado pasivo durante las instancias inferiores, no pudo demostrar que la paciente se encontrare impedida de otorgar su consentimiento, correspondiéndoles a estos la carga de la prueba para hacerlo. Por tanto, la Corte Constitucional afirmó que debió requerir el consentimiento de la paciente e incluso si no podía obtenerlo por parte de ella o de sus familiares, debió tomar aquellas acciones que generen un mejor bienestar para ella, evitando así recaer en la vulneración de derechos por omisión.

“Tercer problema jurídico: ¿El IESS vulneró el derecho a la salud de Magdalena Rosalina Jaime Cepeda, en el elemento de la disponibilidad, al no haberle otorgado la atención que requería para completar el esquema de curaciones prescrito, cuando debía recibir atención médica en su domicilio?” (Corte Constitucional del Ecuador, 2024: 39)

Tal cual se hizo alusión en los fundamentos de hecho en la parte inicial del presente trabajo académico, la Sra. Jaime fue dada de alta por primera ocasión en febrero del 2016, debiendo recibir la primera curación el 5 de febrero del mismo año y así sucesivamente cada 48 horas. A pesar de los intentos por parte del hoy accionante de solicitar enfermeras, doctores y medicamentos en los distintos centros de salud y dispensarios médicos del IESS, fue desatendido por completo, bajo la excusa de falta de personal y recursos.

La Corte correctamente dispuso que, muy a pesar de que el día 12 de febrero del 2016 la Sra. Jaime hubiere vuelto a ser internada en el hospital, no se debe minimizar el hecho de que, durante siete días, no pudo acceder a los servicios, insumos, ni personal médico necesarios. La falencia radica adicionalmente en que todas las unidades que integran la Red Pública Integral de Salud (unidades de salud del Ministerio de Salud Pública, Instituto ecuatoriano de Seguridad Social y sus dependencias, Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas armadas y el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional) (Malo Serrano y Malo Corral, 2014), deben tener stock de medicamentos, es decir a los afiliados no se les debe complicar bajo ningún concepto acceder a los mismos. Surge en este sentido el criterio de la vulneración del derecho constitucional de salud.

V. Ratio decidendi del caso 3144-17-EP/24, crítica, impactos y consecuencias.

En base a los antecedentes ya mencionados, la Corte afirma que las omisiones por parte del Hospital durante el lapso de tiempo comprendido entre el 25 de septiembre del 2015 al 3 de febrero del 2016, vulneraron el derecho a la salud de la Sra. Jaime. Dicha afectación pudo ser una de las causales indirectas de la muerte del paciente, tomando en cuenta que su enfermedad implica atenciones constantes a fin de evitar la pérdida de defensas. De igual forma considera la íntima relación entre la salud y *sumak kawsay*; es decir solo podrá generarse el buen vivir en virtud de la plenitud de la vida, que por obvias razones no se tendrá en una situación de enfermedad y sufrimiento.

En este sentido, la Corte Constitucional propone una reparación integral en el siguiente caso, en observación a criterios de proporcionalidad respecto de las daños materiales o inmateriales sufridos por la supuesta víctima (Aguirre Castro y Alarcón Peña, 2018). Entonces, esta reparación no deberá limitarse exclusivamente la óptica patrimonial, sino

que debe adoptar el aspecto simbólico, estructural, que implique la no repetición de dicha afectación de derechos en casos futuros. La Corte magistralmente dimensiona la reparación integral en este caso, en base a varias aristas propuestas por el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en Ecuador que manda lo siguiente: "...La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición" (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009: 18)

Medida de restitución: La Corte Constitucional analiza que aparte de la vulneración del derecho a la salud, se ha vulnerado el derecho a la garantía de la motivación y por ende el debido proceso por parte de la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas y la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. En este sentido las sentencias judiciales quedan sin efecto y además esta magistratura se compromete a llamar la atención a aquellos jueces de segunda instancia que pusieron en tela de duda la reclamación del derecho en virtud del fallecimiento de la afectada. De esta manera, la Corte busca restablecer en la mayor medida posible la situación jurídica anterior a la vulneración de derechos, reemplazando las decisiones judiciales anteriores y restableciendo la garantía de motivación.

Medidas de compensación económica: Si bien la Corte comprende la imposibilidad de retrotraer la afectación a su momento anterior (por ser la muerte), ordena al IESS el pago de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica en virtud de reparación inmaterial, es decir por aquella afectación emocional y psicológica, en aras de compensar el sufrimiento causado. La Corte especifica que la víctima ha fallecido, sin embargo no podrá obviarse bajo ningún concepto la reparación correspondiente que se deberá pagar al accionante.

Medidas de satisfacción: Estas medidas buscan el reconocimiento simbólico de la violación del derecho, restauración de la dignidad de la víctima (o sus familiares como en el presente caso) y generar conciencia pública. La Corte establece medidas de satisfacción viables como son: que el Hospital Teodoro Maldonado Carbo y el IESS ofrezcan disculpas públicas a la familia de Magdalena Rosalina Jaime Cepeda; que realicen una campaña de sensibilización dirigida al personal médico de dichas instituciones, respecto de la atención especializada que deben recibir los pacientes adultos mayores como grupo de atención prioritaria; elaboración de Protocolo de Gestión y Aplicación del Consentimiento Informado para Adultos y Adultas Mayores, a fin de que no se vuelva a utilizar la excusa del consentimiento de familiares, respecto de la omisión de brindar atención médica (como sucedió en el presente caso respecto en el retraso del procedimiento de toracocentesis evacuatoria). La Corte ha abordado estas medidas de satisfacción en la búsqueda de que la familia afectada pueda recobrar su honor, el mismo que en ocasiones fue puesto en tela de duda por la defensa del Hospital, que aducía la supuesta ambición económica por parte del accionante, sin percatarse la humillación que se encontraba sufriendo su familia. El honor y dignidad de la familia a criterio de este organismo, se recobrarán en virtud de las capacitaciones que recibirán los funcionarios del hospital y la difusión de disculpas públicas, con lo cual otros hospitales y centros médicos en Ecuador se abstengan de realizar estas prácticas denigrantes nuevamente.

Garantías de no repetición: A fin de prevenir futuras vulneraciones de derechos similares en el futuro, se podrán proponer cambios estructurales o institucionales respecto de

la forma en la cual se brinda un servicio específico. En este sentido la Corte dispone lo siguiente: exhortar al hospital a la realización de una auditoría interna a fin de verificar la disponibilidad de aquellos medicamentos para tratar enfermedades y patologías más comunes y abastecerse de los mismos; ordenar al Ministerio de Salud Pública, como ente rector de la Red Pública Integral de Salud, que diseñe e implemente un sistema de alertas tempranas que permita monitorear los niveles de abastecimiento de los medicamentos incluidos en el Cuadro Básico Nacional de Medicamentos (CBNM) en todas las unidades de atención de primer, segundo y tercer nivel a escala nacional. Este sistema debe ser digital, automatizado y accesible tanto en su uso como en su comprensión por parte de la ciudadanía, garantizando que la información sobre el estado de abastecimiento sea de dominio público. De igual forma este sistema deberá ser actualizado de forma mensual, a fin de garantizar la efectividad y viabilidad del mismo.

Las medidas de reparación integral dispuestas por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 3144-17-EP/24 representan un ejemplo paradigmático del enfoque garantista y transformador del derecho constitucional ecuatoriano. La Corte implementó un esquema de reparación multidimensional, que no solo responde a las consecuencias particulares de la vulneración de derechos, sino que además busca incidir estructuralmente en el sistema de salud pública para evitar su repetición.

Entre las medidas ordenadas destacan las restituciones judiciales, compensación económica por daño inmaterial, medidas de satisfacción, garantías de no repetición, que, en definitiva, revelan una concepción holística del daño constitucional y una voluntad institucional de consolidar el principio del *sumak kawsay* o buen vivir, haciendo efectiva la interdependencia entre los derechos fundamentales y las condiciones estructurales del Estado social de derecho.

VI. Conclusiones

- Dentro del caso 3144-17-EP/24 ha existido la vulneración del derecho fundamental de la salud por parte del Hospital Teodoro Maldonado Carbo e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hacia Magdalena Rosalina Jaime Cepeda, en virtud de varios factores como los siguientes: falta de disponibilidad de medicamentos que constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos del Ecuador, falta de atención adecuada y eficaz, omisión de realización del procedimiento médico denominado toracocentesis evacuatoria, falta de atención médica domiciliaria en virtud de la enfermedad diabetes mellitus. Esto se agrava al tomar en consideración que además de la enfermedad en mención, también era una adulta mayor, es decir un grupo de atención prioritaria y debió ser asistida especialmente en resguardo del ejercicio del derecho de igualdad material previsto en la Constitución de la República del Ecuador.

- La Corte Constitucional del Ecuador se ha percatado de la falta de motivación en los juzgados de primera instancia y de apelación que resolvieron la previa acción de protección; los mismos que han omitido el análisis acerca de la especial vulnerabilidad de la paciente y han recaído en formalismos impropios de la justicia constitucional. Esta posible afectación al debido proceso, debió ser verificado por esta magistratura, como en efecto se ha realizado, mediante el ejercicio del examen de mérito, realizado excepcionalmente en la presente causa por la gravedad de la situación.

- El órgano constitucional al percatarse de las vulneraciones de derecho mencionadas,

desplegó un esquema completo de reparación integral que incluyó: medidas de restitución (anulación de sentencias judiciales), compensación económica en equidad por daño inmaterial, medidas de satisfacción simbólica (disculpas públicas, campañas de sensibilización) y garantías de no repetición, tales como la creación de un sistema nacional de monitoreo del abastecimiento de medicamentos. Este accionar no es arbitrario por parte de la Corte, sino que se rige a las reglas taxativas del artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- La sentencia refuerza la transversalidad de los derechos fundamentales, vinculando el derecho a la salud con la vida digna, la igualdad material, el acceso a la justicia y el *sumak kawsay*. Este criterio impone al Estado ecuatoriano obligaciones reforzadas, no solo de respeto, sino también de garantía, protección y transformación institucional, para que el ejercicio de un derecho fundamental (como la salud) no se vea limitado por barreras administrativas, omisiones normativas o falta de sensibilidad en la prestación del servicio público. En este sentido, la Corte Constitucional mediante el presente pronunciamiento, ha reafirmado que la justicia constitucional, deberá responder con mecanismos transformadores ante violaciones de derechos fundamentales, los cuales son de aplicación directa en el Ecuador.

Referencias bibliográficas

- Aguirre Castro, P., & Alarcón Peña, P. (2018). El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *FORO: Revista de Derecho*, (30), 121-143. <http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/foro/n30/2631-2484-foro-30-00121.pdf>
- Alvarado Vélez, J., Mejía Chávez, E. V., & Becerra Erazo, L. (2025). Motivación en garantías jurisdiccionales: estándares y aplicación en Ecuador. *BIOLEX Revista Jurídica del Departamento de Derecho*, 17(28), 1-12. <https://doi.org/10.36796/biolex.v17i28.405>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2984/1/%c3%81vila%2c%20R-CON-007-El%20neoconstitucionalismo.pdf>
- Carnelutti, F. (2018). *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Ediciones Jurídicas Olejnik. <https://andrescusi.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/05/instituciones-del-proceso-civil-carnelutti-tomo-iii.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020, 5 de agosto). *Sentencia N. 679-18-JP/20 y acumulados: Derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces* [Caso N. 679-18-JP y acumulados]. https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2020/10/sentencia_no_679-18-jp-200730626001600795159.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020, 11 de noviembre). *Sentencia No. 188-15-EP/20: Premisas implícitas en la motivación* [Caso No. 188-15-EP]. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcncBldGE6j3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic0OWJhNDBkZC1jYTYwLTQ5ZmQtOWVhYS0wM2U1ZDFjZGQxMDcucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020, 21 de octubre). *Sentencia No. 1973-14-EP/20* [Caso No. 1973-14-EP]. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/

e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1M2IzNDdkOS02YWY1LTQ5ZWItOGUxZS-0yMjhiYzE2MDCzNzcucGRmJ30=

- Corte Constitucional del Ecuador. (2023, 12 de octubre). *Sentencia 219-20-EP/23* [Caso 219-20-EP/23]. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidIMmYzZjEzNC02YjFiLTQ2Y2QtYTAwNC00NWE1ODdlYjYxNTEucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2024, 11 de julio). *Sentencia 3144-17-EP/24* [Caso 3144-17-EP/24]. https://www.iess.gob.ec/documents/10162/28023293/sentencia_3144-17.pdf
- Erazo Galarza, D. E. (2024). Desarrollo jurisprudencial de los derechos de los grupos de atención prioritaria. *JUESS*, (4), 64-85. <https://revistas.uees.edu.ec/index.php/rjuees/article/view/723>
- García Toma, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Revista Derecho y Sociedad*, (51), 13-31. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20855>
- Khalid, H., Humaera, Rahman, S., & Djanggih, H. (2024). Razonamiento jurídico de la decisión del juez en casos civiles. *Revista de Derecho y Desarrollo Sostenible*, 12(1), 1-21. <https://doi.org/10.55908/sdgs.v12i1.2544>
- Malo Serrano, M., & Malo Corral, N. (2014). Reforma de salud en Ecuador: nunca más el derecho a la salud como un privilegio. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 31(4), 754-761. <https://www.scielosp.org/pdf/rpmesp/2014.v31n4/754-761/es>
- Pardo losa, M. (2021). Vida digna y derecho a la salud en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Forum*, (12), 105-130. <https://e-revistas.uca.edu.ar/index.php/FORUM/article/view/3815>
- Sánchez Torres, D. A. (2017). Accesibilidad a los servicios de salud: debate teórico sobre determinantes e implicaciones en la política pública de salud. *Revista Médica del Instituto Mexicano de Seguro Social*, 55(1), 82-89. <https://www.redalyc.org/journal/4577/457749297021/457749297021.pdf>
- Terán Suárez, R. L. (2021). Las medidas cautelares constitucionales en Ecuador. *Revista Jurídica Crítica y Derecho*, 2(2), 1-13. <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2786>
- Torres Espinoza, J., & Chávez Hidalgo, J. (2022). El neoconstitucionalismo: orígenes, desarrollo y su importancia dentro del Ecuador como Estado constitucional de derechos. *Polo del Conocimiento*, 7(9), 1783-1800. <https://doi.org/10.23857/pc.v7i8>

Gestación por Sustitución en Argentina: El Fallo S., I. N. c/ A., C. L. y un llamado a regular un vacío normativo

Gestational Surrogacy in Argentina: The S., I. N. v. A., C. L. Ruling and a Call to Address a Regulatory Void

Maria Milena Belanti¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)17](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)17)

Comentario a

S., I.N. c/ A., C.L. s/ Impugnación de filiación – 22 de octubre de 2024
Corte Suprema de Justicia de la Nación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En el caso *S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aborda, por primera vez, la determinación de la filiación en casos de gestación por sustitución. Sorpresivamente, la CSJN confirmó el rechazo a la demanda de dos hombres que buscaban ser reconocidos como únicos progenitores de un niño de más de nueve años, que había nacido mediante gestación por sustitución, cuya gestante actuó altruistamente. El tribunal -por mayoría de Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti-, fundamentó su decisión en los arts. 558 y 562 del CCyC, que establecen que la filiación corresponde a quien dio a luz y a quien prestó consentimiento informado, por considerarlas normas de orden público que no admiten modificaciones por acuerdos privados. En minoría, con el juez Maqueda, se recepta la postura esperada, comprensiva de los derechos fundamentales en juego. Los fundamentos de la mayoría son criticables, pues se caracterizan por ser formalistas y conservadores. Sin embargo, dejan entrever que, por una cuestión de seguridad jurídica de los sujetos vinculados en la gestación por sustitución, la CSJN no aprueba jurisprudencialmente esta técnica. Un precedente inesperado, que resulta

¹ Abogada (UNC); Notaria (UNC); Máster en Derecho Constitucional (UIPM-CEPC). Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina). Empleado Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Juzgado Civil y Comercial. Mail: mbelanti@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3214-6720>.

criticable, pero que viene a darnos un único mensaje: la urgencia en la necesidad de regulación de la gestación por sustitución.

ABSTRACT

In the case S., I. N. v. A., C. L. regarding filiation challenge, the Supreme Court of Justice of Argentina addresses, for the first time, the determination of filiation in cases of gestational surrogacy. Unexpectedly, the Court rejected the claim of two men seeking to be recognized as the sole parents of a child over nine years old, born through gestational surrogacy with the involvement of an altruistic gestational carrier. The majority opinion—comprising Justices Rosatti, Rosenkrantz, and Lorenzetti—based its decision on Articles 558 and 562 of the Civil and Commercial Code, which establish that filiation corresponds to the person who gives birth and the one who provides informed consent, deeming these provisions public policy norms that do not permit modification through private agreements. In dissent, Justice Maqueda adopted the expected stance, acknowledging the fundamental rights at stake. The majority's reasoning is subject to criticism for its formalist and conservative approach. However, it suggests that, for reasons of legal certainty for those involved in gestational surrogacy, the Court does not judicially endorse this practice. This unexpected precedent, though open to critique, conveys a singular message: the urgent need for legislative regulation of gestational surrogacy.

PALABRAS CLAVE: Filiación; gestación por sustitución; orden público, interés superior del niño.

KEYWORDS: Filiation; Gestational surrogacy; Public policy; Best interests of the child

I. Introducción

El precedente que se comentará en las siguientes líneas, dictado en octubre de 2024, nos trae como eje la respuesta jurisprudencial de nuestra Suprema Corte de Justicia Nacional a la gestación por sustitución (en adelante GS), definida por una de sus mayores exponentes como “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente” (Lamm, 2013). A esta técnica acuden quienes, por razones de salud, biológicas -casos de parejas del mismo sexo- o decisiones personales -como el deseo unipersonal-, no pueden o no logran gestar, traducándose en una delicada vinculación entre anhelos personales y dilemas jurídicos. Ello en tanto existe un vacío legal que afecta a todos los sujetos intervinientes, cuya solución, al menos hasta este precedente, parecía ser judicial.

II. Una primera aproximación al caso

El fallo tiene como protagonistas a una gestante, un matrimonio igualitario y J. P. S., un menor de edad que, al momento del pronunciamiento, superaba los nueve años. La gestante, A.C.L., sin intención procreacional ni aporte de material genético, llevó a término un embarazo de manera altruista en beneficio de L.G.P. e I.N.S., dos varones que contrajeron matrimonio en el 2014 y, ante el deseo de ser padres, recurrieron a la técnica de gestación por sustitución, siendo quienes detentaban la voluntad procreacional respecto de J. P. S.

En cuanto al material genético utilizado, el embrión fue concebido con óvulos de una donante anónima y el aporte de uno de los integrantes del matrimonio, mientras que en la partida de nacimiento original figuraban la gestante y el coprogenitor que no contribuyó con sus gametos.

Procesalmente, se inició una "impugnación de maternidad" por el matrimonio en contra de la gestante, solicitando la emisión de una partida de nacimiento que los reconociera como coprogenitores de J. P. S. e impugne el vínculo filial que surgía registralmente de la gestante, quien se allanó a la pretensión de los demandantes.

En primera instancia se hizo lugar a la pretensión, sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala E, revocó la decisión, y determinó que la gestante fuera registrada como madre en la partida de nacimiento. Asimismo, estableció que el coprogenitor con voluntad procreacional, pero sin contribución de material genético, debía recurrir al procedimiento de adopción por integración contemplado en el art. 630 del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), norma que prevé que, en estos casos, se preserva el vínculo de filiación entre el menor y su progenitor de origen.

Tras la denegación de un recurso extraordinario federal y sin llegar a unanimidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), por mayoría -Integrada por Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti- confirmó la decisión a quo. Por su parte, la minoría -Maqueda- emitió un voto que optaba por la inscripción de la copaternidad solicitada por los actores, desplazando el estado de madre de la mujer.

III. Gestación por Sustitución. Acerca de la técnica y el contexto actual argentino.

El pronunciamiento despierta controversia y abre la puerta a múltiples críticas. Sin embargo, antes de sumergirnos en el análisis de los fundamentos expuestos por los magistrados, resulta importante recordar el contexto normativo y fáctico que caracteriza la realidad actual de nuestro país.

Resulta de conocimiento que la GS no encuentra regulación normativa en Argentina. El CCyC, vigente desde 2015, no la prohíbe ni la permite, por lo que podemos decir que la omite, dotando la situación de alegalidad (De Lorenzi, 2017). También es de público saber, que aquella omisión no resulta casual ni desprevenida, pues el anteproyecto la contemplaba. En este sentido, la Comisión Redactora en 2012 incluía, expresamente, en el art.562, una disposición sobre el procedimiento a seguir y la determinación de la filiación en casos de GS. Al respecto se establecía que la filiación quedaba determinada entre el recién nacido y los comitentes mediante prueba de nacimiento, identidad y consentimiento homologado ante un juez, fijando requisitos al sentenciante a tal fin, tales como el interés superior del niño, capacidad y salud de la gestante, el aporte de gametos por parte de los comitentes y la imposibilidad de concebir o llevar a término el embarazo.

Este art. se eliminó². Ha pasado ya una década desde la sanción del CCyC, cuya comisión bicameral parecía dar una respuesta, con el art. 562, a la imperiosa necesidad de ga-

2 Finalmente, el art. 562 quedó redactado de la siguiente manera: Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los art. 560 y 561; debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos, atribuyendo calidad de progenitora solo a quien da a luz mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

rantizar derechos y dotar de seguridad jurídica a todos los vinculados, ello es: gestante, padres de intención y el interés superior del menor. Es que tal como expone una de las voces más respetadas internacionalmente en la materia, "en Argentina la GS no está regulada (...) a pesar de que en el país es una práctica frecuente y en aumento" (Lamm, 2013, p. 102). A más de una década de aquella cita, la situación sigue igual. Y simplemente podemos caracterizarlo como el anteproyecto que lamentablemente no fue.

Sin embargo, como se ha señalado, la ausencia de regulación en el CCyC no fue un descuido azaroso. El texto del art. fue suprimido, en palabras del dictamen de la Comisión Bicameral, motivado en que "La gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma." (Honorable Congreso de la Nación, 2012).

En 2013 se sancionaría la Ley N° 26.862 (Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción), la cual tampoco incluyó a la GS.

¿Esta alegalidad provocó que la GS deje de practicarse en Argentina? Por el contrario, el vacío normativo generó un escenario en el que desigualdad, inseguridad jurídica y alta litigiosidad se erigieron en el común denominador, dejando sujeta la materia a decisiones judiciales particulares.

Así las cosas, el vacío normativo se aborda bajo el prisma de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, (art. 75 inc. 22 CN) los que tienen jerarquía constitucional en Argentina y obligan a los jueces a realizar controles de convencionalidad (Almonacid, 2006). Derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva (art. 8, CADH), el derecho a formar una familia sin discriminación (art. 17, CADH), el acceso a los beneficios del progreso científico (art. 14, Protocolo de San Salvador) y la igualdad en los derechos reproductivos son invocados por los comitentes, en la vía judicial, para fundamentar sus pretensiones. Asimismo, el principio de reserva y legalidad (art. 19, CN) respalda la permisibilidad de la GS al no estar expresamente prohibida. En este contexto, es común que los solicitantes cuestionen la constitucionalidad del art. 562 CCyC, argumentando que su aplicación literal vulnera derechos subjetivos al atribuir la maternidad exclusivamente a la gestante, desoyendo la voluntad procreacional y las nuevas configuraciones familiares (Kemelmajer de Carlucci, 2016)

Hay tantas sentencias como jueces de familia que fallan a lo largo y ancho del país, pues los Tribunales deben resolver en ausencia normativa. Pero en términos generales, podemos decir que padres y madres se ven obligados a judicializar su caso, acreditar su voluntad procreacional, y así su maternidad/paternidad sea reconocida, con ejemplos de casos que suceden antes de la realización de la técnica o con posterioridad al nacimiento del menor, ya que, literalmente, la situación queda en la estrategia jurídico legal a utilizar por los letrados y partes intervinientes.

En caso de realizarlo en territorio argentino -esto en lo que se puede corroborar tras acceder a jurisprudencia de la Provincia de Córdoba-, se observan supuestos donde se acude a la justicia -comitentes y gestante altruista- con un acuerdo de gestación -celebrado extrajudicialmente-, solicitando la homologación del mismo, y esencialmente, pidiendo se

reconozca vínculo filiatorio con los comitentes -por efecto de la voluntad procreacional-, y ordene el juez, suprimir el vínculo filiatorio de la gestante que lleva a término el embarazo -sin voluntad procreacional-, pero que figura en la partida de nacimiento del menor -en caso de haber ya nacido-. Este camino judicial también es realizado, tras regresar al país aquellos padres y madres que acuden a realizar la GS en el extranjero, bajo ordenamientos que receptan la técnica -aunque en estos casos, siempre con el menor nacido-.

O sea, todo un cúmulo de obstáculos, tanto prácticos como jurídicos, y un elevado costo económico que se entrelazan con la carga emocional inherente a un proyecto de parentalidad tan personal.

El desarrollo jurisprudencial en la materia ha sido amplio y en general, receptivo de los derechos fundamentales involucrados. En la Justicia cordobesa provincial, el primer caso al que se tuvo acceso³ ocurrió en el 2017. A la fecha se tiene conocimiento de al menos veinte. En todos la intervención judicial resultó muy fructífera, pues es la forma de corroborar la salud y altruismo de la gestante, velar por el interés superior del niño o niña y juzgar con perspectiva de género. Sin embargo, pasados unos años de aquel primer precedente, en 2024 aparecieron -al menos-, dos casos rechazados⁴. En ambos surgió gran evidencia de asimetría entre los comitentes y la persona gestante, no solo en lo referente a la condición socioeconómica, sino en el acceso a la información, recursos y servicios. Se evidenció, además, la falta de consentimiento pleno e informado, e inexistencia de vínculo afectivo que sustentara el supuesto altruismo. Para más, en uno de los casos, se omitió poner en conocimiento que hacía un año la gestante había cursado exitosamente una GS para otros comitentes.

A la fecha, la Justicia Federal de Córdoba se encuentra investigando, tras una denuncia anónima, una causa por posible comisión del delito de trata de personas. Son catorce casos en análisis y se encuentran imputados titulares de clínicas, médicos, psicólogos y abogados acusados de aprovechar de mujeres en situación de vulnerabilidad⁵.

Otro supuesto que tomó conocimiento mediático en la provincia, tuvo lugar en la localidad de Villa Allende, cuando un bebé nació prematuramente debido a complicaciones en el embarazo. El nacimiento, que no estaba previsto en la provincia de Córdoba —se esperaba que ocurriera en Buenos Aires—, se adelantó dos meses y el recién nacido presentó problemas de salud, quedando en neonatología. La mujer que dio a luz informó al personal médico que no era la madre, sino una gestante contratada por una ciudadana francesa -quien habría aportado su óvulo- a través de una agencia de Buenos Aires. La mujer extranjera nunca se presentó, y el recién nacido quedó abandonado en la clínica. Tras la denuncia, el bebé fue puesto temporalmente al cuidado de una familia de acogida, donde permanece mientras se resuelve su situación legal para determinar su adoptabilidad⁶.

3 Ello en el marco del Proyecto de I+D de la Universidad Blas Pascal “Una aproximación al tratamiento jurisprudencial del rol de la mujer gestante en las gestaciones por sustitución” (297-20230622-199) dirigido por el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza y la Prof. Dra. Claudia E. Zalazar.

4 Se trata de los casos D., L. P. Y OTROS AUTORIZACION- JUZGADO DE FAMILIA – 4° y D. C. E. H. y otros - JUZGADO DE FAMILIA – 5°

5 La Nación (2024) La Justicia Federal investiga a dos clínicas de Córdoba por trata de personas por maternidad subrogada, La Nación, 7 de agosto. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/la-justicia-federal-investiga-a-dos-clinicas-de-cordoba-por-trata-de-personas-por-maternidad-nid07082024/> (Consultado: 30 de mayo de 2025).

6 La Nación (2025) No soy la madre: el trágico caso del bebé de vientre subrogado que quedó abandonado en una

En resumen, se han conocido casos donde se demuestra evidente situación de vulnerabilidad y posible aprovechamiento, buscando valerse de un criterio jurisprudencial -erróneamente presumido lineal y sumario-, en el que lo único seguro es el despliegue en un escenario de gran fragilidad legislativa e incertidumbre. ¿Quiénes pierden? Todos los intervinientes, pero principalmente, los más vulnerables.

IV. Los argumentos en el caso S., I. N. c/ A., C. L.

Avancemos ahora en el análisis de aquellos argumentos más importantes que surgen del análisis del precedente.

1. Argumentos de la mayoría.

Inicialmente, tenemos las razones de la mayoría (Rosatti, Rosenkrantz, y Lorenzetti), las que pueden resumirse en los siguientes puntos.

a. Positivismo estricto y orden público.

De los votos surge un basamento en la interpretación estricta de la ley, en especial de la taxatividad del art. 562 del CCyC, que establece que el hijo nacido mediante TRHA es hijo de quien dio a luz y, en su caso, de quien prestó consentimiento previo, informado y libre.

Expresan que la letra de la ley es clara, por lo que no deja margen de interpretación. Reafirman el fundamento positivista en la primacía del orden público de las normas que rigen el estado de familia, lo que implica que no pueden ser disponibles por las partes (art 12 CCyC).

Rosenkrantz, ratifica lo expresado manifestando que, la GS, aunque no regulada expresamente, está comprendida en el marco general de las TRHA reguladas por los arts. 558 y 562 del CCyC. Aduce, en este sentido, que los acuerdos privados entre la gestante y los comitentes no pueden modificar esta regla, dado el carácter de orden público de las normas de filiación. (considerando 8)

b. Deferencia al legislador y misión de los jueces.

A lo largo de la lectura de los votos, surge una clara deferencia al legislador, en tanto se argumenta que la falta de regulación específica para la GS no autoriza a los jueces a apartarse del texto legal, ya que ello implicaría usurpar funciones legislativas. Se remarca que eso no es una función de los jueces, y que fallar de otra forma sería ir en contra del respeto al sistema de división y equilibrio de poderes dispuesto por el constituyente al consagrar la forma republicana de gobierno (art. 1 y ss. CN).

Se añade que, la decisión personal de utilizar una TRHA no puede suponer que, al no estar expresamente prohibida, se reconozca, a través del Poder Judicial, un vínculo filiatorio. Y que ello sería contrario a lo expresamente establecido por ley, conforme lo determinado por el legislador al ponderar los distintos intereses que dicha técnica pone en tensión.

Finalmente, en relación con este apartado, se refiere que, es el Congreso de la Nación

clínica de Córdoba, La Nación, 19 de febrero. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/no-soy-la-madre-el-tragico-caso-del-bebe-de-ventre-subrogado-que-quedo-abandonado-en-una-clinica-de-nid19022025/> (Consultado: 30 de mayo de 2025).

quien debe decidir la oportunidad y contenido de una ley sobre GS, pero ello no es una tarea que le corresponda al poder judicial. Se remarca, asimismo, que el Poder Legislativo, al suprimir la norma del anteproyecto, ponderó los dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea. “No sería lícito que los magistrados, con prescindencia de su carácter de órgano de aplicación del derecho vigente, se atribuyeran la facultad de sustituir al legislador en las decisiones de política jurídica”. (voto de Maqueda considerando 10, voto de Rosenkrantz considerandos 8, 15, 18; Lorenzetti considerandos 10, 11, 20).

c. Igualdad ante la ley.

Se rechaza el argumento de que la disposición impugnada sea discriminatoria por orientación sexual o contraria a la diversidad sexual. Sobre el subtítulo, los ministros de la mayoría destacan que el art. 562 CCyC no resulta inconstitucional ni vulnera derechos fundamentales, como la igualdad o la no discriminación (arts. 16 y 75 inc. 22 de la CN), ya que su aplicación se basa en criterios objetivos de razonabilidad y estabilidad jurídica.

Se afirma que la garantía de igualdad solo exige que no se establezcan excepciones o privilegios arbitrarios. Y la normativa vigente produce consecuencias filiatorias y registrales igualitarias para todas las parejas, independientemente de su composición, en los supuestos de GS.

Adicionalmente, exponen que las disposiciones del CCyC no conculcan el derecho a tener una familia, solo limitan la determinación del vínculo filiatorio cuando se utiliza una TRHA, pero ello no es caprichoso, sino más bien, se fundamenta en virtud de los intereses involucrados. (Rosenkrantz considerando 20; Lorenzetti considerando 14)

d. Protección de sectores vulnerables de la población.

“Si la voluntad procreacional expresara el deseo de una mujer de prestar el vientre solo para permitir una gestación, agotándose su cometido de ‘dar a luz’, la registración filiatoria a su nombre guardaría una consistencia biológica, pero no afectiva (porque la gestación no vendría acompañada del deseo de asumir responsabilidad alguna con la criatura después de su nacimiento).” Se expresa ello para luego dejar reafirmado que, el llamado “comercio o alquiler de vientres”, configura un supuesto que el legislador no validó en absoluto y que —en un extremo— podría conducir al aprovechamiento de un sector vulnerable de la población. En el mismo razonamiento, se reconoce que las razones de acudir a la GS son legítimas y nadie puede juzgarlas, dado que están dentro de la autonomía personal. Pero la decisión trasciende la referida autonomía y puede tener repercusiones a terceros. (Rosatti considerando 12, Lorenzetti considerando 17).

e. La adoptabilidad como “solución”

Se justifica que, la filiación tiene los mismos efectos, ya sea esta por adopción plena, por naturaleza y por TRHA y, además, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales.

Por otro costado, el CCyC contiene normas que permiten resolver la cuestión planteada por la vía de la adopción, sin que se haya demostrado que ello afecte algún derecho reconocido en la Constitución Nacional. (Rosenkrantz considerandos 1, 20, 22).

f. Interés superior del niño e identidad

Otra consideración llamativa que surge de los votos de la mayoría, es que no se ha demostrado que aplicar las disposiciones sobre la filiación y la adopción, sea irrazonable con el interés superior del niño o que le cause un perjuicio a esta máxima.

Relacionado a lo expuesto, en cuanto a las responsabilidades parentales y el cuidado del menor, refieren que tampoco se probó de qué modo la determinación legal de la filiación, conforme al art. 562 del CCyC, afecta negativamente al menor que convive con los actores, especialmente cuando no se ha señalado la existencia de conflictos entre las partes involucradas (Voto de Rosenkrantz considerando 20, voto Lorenzetti considerando 15).

g. Corolario.

Finalmente, se confirmó que la gestante altruista debe ser registrada como madre conforme al art. 562 CCyC y que el coprogenitor con intención procreacional, pero sin aporte genético, debe recurrir a la adopción por integración (art. 630 CCyC) para establecer su vínculo filiatorio, reflejando una decisión legislativa deliberada que prioriza el vínculo biológico del parto como criterio de filiación, incluso en el contexto TRHA. Los jueces sostienen que la exclusión de la GS en el anteproyecto del CCyC no implica un vacío legal, ya que un proyecto no sancionado carece de fuerza normativa y que cualquier modificación a este régimen debe provenir del Congreso, reafirmando un enfoque positivista que limita el rol judicial frente a la falta de regulación específica (Rosenkrantz, considerandos 8 y 13).

2. Argumentos de la minoría

Por otro lado, tenemos el voto en disidencia de la minoría, Juan Carlos Maqueda, cuyos fundamentos pueden resumirse en los siguientes.

a. Acerca de la GS y la ausencia de voluntad procreacional

El juez Maqueda sostiene que la GS constituye una práctica distinta de las TRHA reguladas por el art. 562 del CCyC, ya que implica un acuerdo en el que la gestante carece de intención procreacional. Argumenta que la norma junto con aquellas que prevén el consentimiento previo, informado y libre en los términos de los art. 560 y 561 fueron diseñadas para casos de TRHA tradicionales, pero no para la GS. En este análisis, la GS es una práctica que la ley no prohíbe pero que, hasta el momento, carece de una reglamentación específica, tanto en lo que respecta a la técnica como a la filiación que deriva de ella (considerando 10).

b. Igualdad y Autonomía personal

El magistrado reconoce que la GS es el único procedimiento médico que permite a parejas de varones o a personas sin capacidad de gestar acceder a la paternidad con material genético propio, y remarca que la elección de esta práctica forma parte de la autonomía personal, protegida por el art. 19 de la CN y el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (considerando 11).

c. Vacío legal y necesaria respuesta judicial

Desarrolla la idea de que el vacío normativo en materia de GS no justifica una interpretación restrictiva que desconozca los derechos fundamentales de los comitentes y del menor. El magistrado no acuerda con la exigencia de recurrir a la adopción

por integración, y expresa que este mecanismo no refleja la intención original de las partes ni la realidad del vínculo familiar establecido desde el nacimiento. En virtud de ello, entiende que corresponde a los tribunales resolver el caso recurriendo a principios generales y analogía, hasta tanto el Congreso legisle. Agrega, además, que el eje articulador debe ser la voluntad procreacional, expresada mediante consentimiento libre, previo e informado, que en estos casos sustituye los elementos biológicos y genéticos como fundamento de la filiación (considerandos 11 12 y 13).

d. Interés superior del niño, voluntad procreacional y realidad socioafectiva para determinar la filiación en la GS

El magistrado destaca que ante la necesidad de establecer la identidad filial del niño se debe privilegiar el interés superior del menor, y citando jurisprudencia sentada, expresa que “la protección de dicho interés exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple –en su máxima extensión– la situación real de los infantes”.

Subraya que los actores expresaron su voluntad procreacional, y que el menor, J. P. S., ha sido criado por el matrimonio igualitario. Esta voluntad, según el juez, debería prevalecer como criterio determinante de la filiación, en línea con el derecho a la identidad y la estabilidad familiar del niño.

Remarca, además, que en el marco del interés superior del niño, se obliga a hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego el del sujeto más vulnerable, motivo por el cual los tribunales no solo deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, sino que también tienen como deber inexcusable garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables.

Todo ello lleva a confirmar que, la inscripción como hijo de ambos demandantes refleja la realidad socioafectiva establecida desde hace casi una década en la que se encuentra inmerso el menor, y asegura la protección integral del niño, evitando escenarios de incertidumbre y garantizando su derecho a la identidad (considerandos 14 y 15, 16).

e. La gestante no es madre.

Pone de resalto que, la sentencia apelada obliga asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental que de ello se deriva, a alguien que no decidió ser madre. Y que proceder de esta forma sería hacer prevalecer el hecho de la gestación por encima de la voluntad negativa de la mujer gestante, que tiene tres hijas con el señor D.M. (considerando 17).

f. Corolario.

Finalmente, se concluye que, frente al vacío legal, la interpretación restrictiva del tribunal de alzada resulta arbitraria y vulnera derechos fundamentales. Por lo que su voto se expide en hacer lugar a la demanda, inscribir la copaternidad solicitada y desplazar el estado de madre de la gestante, sin perjuicio del derecho del niño a conocer su origen biológico. Finalmente, exhorta al Congreso a legislar con urgencia sobre la GS.

V. Evolución del derecho de familia. La postura de la minoría y su innegable coherencia

El concepto de “familia”, está en constante movimiento, pues gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada exclusivamente en la genética y/o biología. Las TRHA no han venido más que a confirmarlo, produciendo un ensanchamiento en la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales. (Kemelmajer De Carlucci, Herrera, Lamm, 2017). En este contexto, la GS es una TRHA⁷ de las más complejas, al involucrar tres partes -comitentes, gestante y menor— y generar dilemas éticos y jurídicos significativos. Pero son un reflejo más, de aquel dinamismo del derecho de familia, evidenciando la urgente necesidad de adaptación social y normativa.

La actualidad y dinamismo hizo que, el derecho de las familias (Kemelmajer de Carlucci, 2014) sea uno de los más transformados, cuya doctrina y jurisprudencia fue receptada en el CCyC. No es la idea ahondar en el presente sobre el desarrollo que han sufrido los institutos en la materia, pero si cabe remarcar que, la postura de la minoría -de la mano del magistrado Maqueda- refleja toda aquella evolución que recepta el CCyC, y que no hace más que dar reconocimiento a las distintas formas de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven distintas versiones que el legislador no puede desatender.

En este sentido, la prioridad a la voluntad procreacional, el interés superior del niño, la realidad socioafectiva, igualdad, y el respeto a la autonomía personal, son derechos que emergen de forma prístina y sintética del voto de Maqueda, quien se demuestra respetuoso de las nuevas configuraciones familiares, promoviendo una solución protectora de derechos fundamentales, así como también realizando un llamado a la acción legislativa a abordar esta laguna legal con un enfoque centrado en los derechos humanos. Ello motivó que la disidencia de Maqueda sea recibida favorablemente por su coherencia con el modelo constitucional argentino, que prioriza los derechos fundamentales sobre reglas de orden público que no se ajustan a la realidad de la GS. (Gil Domínguez y Herrera, 2024).

Las referidas autoras critican, a su vez, la postura mayoritaria por su carácter “homofóbico” y consideran que la disidencia ofrece una vía para garantizar el derecho a la identidad y la igualdad de las familias diversas, en un contexto donde más de 200 menores en Argentina han nacido por GS sin un marco normativo claro (Gil Domínguez y Herrera: 2024).

VI. Un fallo contrario a derecho

De entre todas las críticas que el pronunciamiento ha provocado, considero que algunas revisten suma importancia. Me refiero al derecho del niño a ser oído, la imposición de maternidad a la gestante, la adopción como respuesta, así como la gran discriminación que, inevitablemente, se ha realizado para con las parejas masculinas del mismo sexo.

1. El interés superior del niño. El derecho a ser oído:

El primer precedente sobre la filiación de un menor nacido mediante GS no parece priorizar, al resolver, la realidad socioafectiva consolidada en la que el niño ha estado inmerso durante casi una década. Simplemente desatiende que el niño creció desde su nacimien-

7 En efecto, se encuentra incluida entre las técnicas que el glosario de la Organización Mundial de la Salud define como tales. Centro Nacional de Reproducción Humana Asistida (s.f.) Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Disponible en: https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf (Consultado: 30 de mayo de 2025).

to en un entorno familiar con ambos copadres, cuya filiación no reconoce, u otorga en “mitades”, otorgándole a uno de ellos la adopción y a otro la filiación por TRHA.

La *socioafectividad* es entendida como un criterio que refleja la tendencia a priorizar el bienestar y la realidad afectiva y social de los niños, niñas y adolescentes, por sobre formalismos legales que pueden resultar restrictivos o desactualizados frente a la diversidad familiar contemporánea. (...)⁸

Para más abundamiento, no se observa en el presente que se haya recurrido a audiencia con el menor, audiencias públicas ni el llamado a participación de *amicus curiae*, todas herramientas útiles que permiten incorporar al debate judicial, perspectivas especializadas y voces de diversos sectores sociales vinculadas a la materia.⁹

Esencialmente, no surge al menos del fallo, que se haya realizado una audiencia con el menor involucrado, lo que hubiese facilitado una escucha de sus vivencias y deseos, lo cual implica una clara vulneración de su derecho a ser oído (art. 12 de la CDN), más aun considerando que hace casi una década se desarrolla en el mismo ambiente socioafectivo.

2. El derecho a la igualdad y no discriminación.

El derecho a la igualdad (art. 16 CN, art. 1 CADH) y a no ser discriminado, es otro de los más afectados. Pues en el presente se toma la decisión de excluir a parejas masculinas del reconocimiento filial directo, forzándolas a recurrir a la adopción por integración.

Inicialmente, la “solución” a través de la adopción de integración, quebranta el principio de igualdad y no discriminación, ya que un progenitor logra la filiación por reconocimiento, relacionado con la filiación biológica y no con las TRHA, mientras que el otro dependería de la adopción de integración, un vínculo más vulnerable debido a su posible revocación, lo que expone la misma Defensora General de la Nación.

Por otro lado, tal como expone Gil Domínguez (2024), “por más que intenten maquillarlo es un fallo homofóbico”¹⁰. Esto resulta grave, pues al restringir el acceso a la filiación mediante TRHA a parejas de hombres o a mujeres que, por razones físicas, no pueden gestar, el fallo incurre en una distinción basada en la orientación sexual o la condición física, ambas categorías prohibidas que invalidan la norma habilitante. Según la interpretación mayoritaria, solo acceden a las TRHA mujeres sin pareja o en uniones heterosexuales u homosexuales con capacidad de gestar, excluyendo a varones de la diversidad sexual por su imposibilidad biológica de gestación, una característica que no justifica una exclusión normativa absoluta.

8 Comprender la socioafectividad es fundamental porque, según el análisis de Herrera y de la Torre, este concepto se ha convertido en un criterio clave para el reconocimiento de la triple filiación en Argentina. Incluso las autoras cuestionan que la socioafectividad es esencial para discutir si corresponde regular expresamente la triple filiación o eliminar la prohibición que impide reconocer más de dos progenitores, mostrando así la necesidad de que el derecho evolucione junto con la sociedad y sus nuevas formas de familia. Ver más en: Herrera, Marisa y de la Torre, Natalia, “Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la Argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿regulación o eliminación de la prohibición?”, en LA LEY, 2022-E, 590, TR LALEY AR/DÓC/2923/2022.

9 En su intervención relata que, el instituto de adopción de integración enfrenta diversos problemas, especialmente al adoptar al propio hijo biológico. Adicionalmente, surge que este instituto requiere convivencia estable y permanente, por lo que, no es el más idóneo para ex convivientes o ex cónyuges. Así, en el caso que la pareja se separe, la solución implicaría obligar a los copadres a mantenerse unidos por temor a que se rechace la adopción o por no cumplir con la convivencia.

10 Página/12, (2024). Polémica en torno a la gestación por sustitución. 24 de octubre. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/777090-polemica-en-torno-a-la-gestacion-por-sustitucion> (Consultado: 30 de mayo de 2025).

En este aspecto, la decisión también resulta contraria a la Jurisprudencia internacional, esencialmente el reconocido precedente de *Atala Riffo vs. Chile* (2012), el cual estableció que los Estados deben garantizar derechos filiales sin discriminación por orientación sexual o modelo familiar.

La decisión, consciente o no, perpetúa efectos homofóbicos, al relegar a estas familias al camino de la adopción de integración, solución que también acarrea desigualdades, replicando un enfoque de segregación normativa.

3. Una gestante altruista obligada a ser madre

El resolutivo también entra en otra cuestión criticable, la obligación de asumir la maternidad -conforme realidad registral en partida de nacimiento del menor- a una persona que hace al menos diez años llevó a término un embarazo para otros, motivada por su altruismo, en cuyo momento manifestó su voluntad de no serlo.

Se cuestiona que esta solución contradice la autonomía personal y reproductiva de la persona gestante, así como el derecho a disponer de su propio cuerpo, pues en palabras de Maqueda, la elección de una práctica con tal finalidad atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado.

VII. Una postura conservadora, pero ¿protectoria?

En resumen, se impuso una postura formalista y conservadora, que se asienta sobre el "orden público" de las normas en la materia de familia, las que no pueden disponerse por las partes, operando esto como un límite a la autonomía de la voluntad.

Se remarcó que las normas del CCyC establecen que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, y el art. 562 indica que el nacido por TRHA es hijo de quien dio a luz y de quien prestó consentimiento previo, libre e informado. En ese orden, se remarcó que admitir una interpretación diferente, fundada en la autonomía personal, tendría por consecuencia destruir el orden público que rige la materia, al hacer disponible para las partes una atribución que le corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación.

Dicho ello, resulta importante remarcar que de los votos de la mayoría emergen consideraciones específicas respecto a un tópico. Refiero a la protección de personas en situación de vulnerabilidad, en particular las mujeres gestantes.

En el considerando 12 del voto de Rosatti y el considerando 17 del voto de Lorenzetti, se advierte de manera expresa sobre los riesgos de explotación que pueden enfrentar las mujeres en contextos de gestación por sustitución, especialmente cuando se encuentran en condiciones de vulnerabilidad económica o social.

Los jueces enfatizan la importancia de evitar la mercantilización de la maternidad y la instrumentalización del cuerpo femenino, señalando que la ausencia de una regulación clara puede propiciar prácticas abusivas y desproteger a quienes participan en estos procesos.

Asimismo, subrayan que la protección efectiva de los derechos de las mujeres gestantes y la prevención de situaciones de abuso requieren una regulación legal específica, clara y garantista, cuya sanción corresponde al legislador nacional.

VIII. Un esfuerzo de comprensión

El fallo de la Corte Suprema en el caso S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación representa un hito no esperable en la interpretación del régimen jurídico aplicable a la filiación derivada de la GS.

Sin embargo, tengo la creencia de que todas las motivaciones que emergen de los votos de la mayoría han sido con pleno conocimiento de las críticas doctrinarias que el fallo acarrearía.

Quizá este intento de encontrarle explicación al resolutive tilde al presente comentario de conservador. Sin embargo, creo que es el calificativo que la Suprema Corte elige, entre este y el hecho de sentar jurisprudencia que de vía libre a la GS mediante autorización judicial en Argentina. Ello se confirma cuando los magistrados exponen que, si bien hay antecedentes en que, primero estuvo el fallo y luego la ley, tal como ocurrió con la causa "Sejean" y la posterior ley 23.515, y la causa "F.A.L." y la posterior ley 27.610, "este trayecto no puede convertirse en regla". (considerando 10 voto Rosatti)

A pesar de la evidente contradicción, ello es, aceptar que la CSJN ha sido motor de cambios legislativos, contradiciendo su actual postura de autorrestricción, creo que confirma la no voluntad a la que se intenta referir en párrafos anteriores.

Esta situación, encuentra vinculación con los fundamentos vertidos con respecto a la protección de personas en situación de vulnerabilidad, en particular las mujeres gestantes. Es que tal como expone Carranza (2023) citando a Romero Coloma (2016, p. 73-74), la posibilidad de recurrir a la GS surgió en el marco abierto por las nuevas tecnologías reproductivas. (...) Tras relatar algunos pormenores del primer caso documentado que tuvo lugar en 1976 en los Estados Unidos, la autora señala en su texto que aquella iniciativa "contribuyó a divulgar una imagen solidaria de la maternidad por subrogación, ya que determinadas mujeres ofrecían sus úteros para permitir que mujeres incapaces de gestar pudieran tener hijos biológicos. Sin embargo, esta visión inicial se ha ido difuminando y ha sido sustituida, en la actualidad, por otra perspectiva, en la que concurren otro tipo de finalidades más lucrativas y menos altruistas. Progresivamente, se ha pasado a una segunda etapa, en la que se comenzó a admitir, e incluso justificar, que la maternidad subrogada conllevara asociada una transacción económica".

Itxasne Abasolo Barandika, reconocida investigadora española, sostiene que la GS es un método reproductivo altamente controvertido que, bajo la apariencia de un acto voluntario, implica el "alquiler" del vientre femenino a cambio de compensaciones económicas, lo que puede derivar en la mercantilización del cuerpo de la mujer y en su reducción a un mero instrumento para la procreación ajena (Barandika: 2019).

La doctrina que intenta avizorar los peligros de la legalización de la GS también es abundante. Sin embargo, la intención de referir brevemente a esto, es remarcar que los derechos subjetivos en juego son muchos y todos merecen la misma protección.

Es que, si bien la situación puede parecer lineal, pues ante la inequidad y alegalidad corresponde al juez, en su función de garante de los derechos fundamentales, integrar el vacío normativo asegurando la protección de los derechos subjetivos. Sin embargo, hay un sinnúmero de situaciones que carecen de respuestas, en el marco de un convenio entre

los comitentes y gestante que -en caso de existir-, es el primero que resulta inejecutable dada la materia de derechos que se “disponen”. A ello se suma que, dependiendo solo de la estrategia utilizada por las partes, un caso puede tener al menor ya nacido o bien solo en planes de concebirse. ¿Somos realmente conscientes de esta inseguridad jurídica?

Aun suponiendo que aquello no resultara un impedimento y que el juez homologue un acuerdo que versa sobre esta clase de derechos -posiblemente contrario a normas que protegen derechos considerados de orden público, personalísimos o que afectan la dignidad humana y por lo tanto son indisponibles-, ejemplifiquemos. ¿Qué ocurre si uno de los comitentes o ambos, reniegan de su deseo inicial de recurrir a esta técnica? ¿Y si es la gestante quien, en un giro, se retracta? ¿Qué caminos se abren si emerge el derecho de toda gestante de interrumpir voluntariamente y/o legalmente el embarazo? ¿Qué ocurre si el recién nacido presenta una discapacidad inesperada y los comitentes rechazan asumirlo? ¿Existe responsabilidad solidaria, en caso de daños, extensible a los comitentes, si la gestante enfrenta complicaciones médicas que comprometan su salud llevándola a la muerte? ¿Y si los comitentes fallecen antes del nacimiento? Peor aún, ¿qué sucede con los niños ya nacidos en estos casos? O bien, ocurrido el nacimiento, y tras acudir a la vía judicial, confirmarse la situación de vulnerabilidad de la gestante, ¿y por lo tanto un consentimiento susceptible de ser declarado viciado? Incógnitas, obviamente supuestas, pero atrapadas en la incertidumbre jurídica.

IX. Conclusiones

Coincido en que estamos ante un fallo que no se alinea con las expectativas de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias que abogan por una interpretación actual de las normas de filiación en el contexto de la GS. La disidencia del juez Maqueda, en cambio, refleja un enfoque coherente con la evolución del derecho de familia en Argentina, alineándose con el Estado constitucional y convencional de derecho (art. 75, inc. 22 CN). Este voto minoritario prioriza los derechos de autonomía personal, igualdad, no discriminación, el interés superior del menor y la realidad afectiva de las nuevas configuraciones familiares, reconociendo la GS como una expresión de las transformaciones sociales y jurídicas en el ámbito familiar.

Sin embargo, es importante remarcar que la alegalidad de la GS en el ordenamiento argentino genera -como debe ser- preocupación en la comunidad académica y judicial, al evidenciar un vacío normativo que deja desprotegidos derechos fundamentales, cuyo impacto ya se observa en algunos precedentes jurisprudenciales.

La mayoría de la Corte, al rechazar la GS desde un enfoque positivista, parece priorizar la protección de sujetos vulnerables, particularmente las mujeres gestantes en situación de desigualdad socioeconómica y los recién nacidos que pueden quedar desprotegidos en situaciones inicialmente no previstas por los comitentes.

Es que es de destacar que, países con regulaciones permisivas sobre la GS suelen convertirse en destinos de turismo médico a donde acuden ciudadanos de países donde aquella no se acepta.

También es de público conocimiento que aquellos países que tienen mayor seguridad jurídica reciben a comitentes que tienen mayor poder adquisitivo, por lo que, quien tiene la posibilidad económica puede ir a aquellos destinos y regresar a Argentina con el recién nacido que porta su material genético. Sin perjuicio de la desigualdad que la situación

genera, pues, las personas con menos recursos enfrentan barreras insalvables, hay un factor común en estos países, y es que todos los sujetos vinculados encuentran un claro marco de garantías al asumir realizar la práctica.

Extrapolemos aquella situación al posible turismo médico que podría posicionar a Argentina como destino para comitentes internacionales, si el fallo que estamos examinando hubiera adoptado una solución diferente. Creo que resulta peligroso que un país con la desigualdad que caracteriza Argentina -en el último informe el INDEC informó que en el segundo semestre el 38,1% de las personas se encontraban bajo la línea de la pobreza y el 8,2% por debajo de la línea de indigencia¹¹-, se abra la puerta a la autorización de la técnica de GS por vía jurisprudencial, poniendo el foco de protección, esencialmente, en las personas gestantes que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica y social, lo que puede llevar a su aprovechamiento y explotación.

Explotación que no es sinónimo de retribución económica, de hecho, este es el primer debate real que debemos afrontar. Pues, independientemente de que los consensos mayoritarios, a través del Poder Legislativo, determinen que la gestación por sustitución debe ser retribuida económicamente —lo cual resulta razonable, dado que esperar altruismo universal en mujeres dispuestas a gestar un embarazo durante nueve meses y luego renunciar al recién nacido sin una contraprestación adecuada parece, cuando menos, poco realista—, es imprescindible que las garantías para todas las partes involucradas sean establecidas por una ley clara y precisa.

Dicho ello, si bien la preocupación es legítima, la solución no debería recaer en la prohibición implícita de la GS, sino en la creación de una regulación legislativa estricta. La regulación debería establecer un procedimiento judicial previo, riguroso y exhaustivo, que garantice el consentimiento libre e informado de la gestante, verifique la ausencia o presencia de motivaciones económicas —independientemente de que la GS sea retribuida económicamente o no, según lo determine el Congreso de la Nación— y tenga especial foco de protección en la persona gestante y el menor que nacerá a futuro producto de esta técnica, previniendo así posibles abusos.

Por razones de seguridad jurídica para todas las partes involucradas, estas garantías sustanciales y procesales que aseguren la protección de los derechos fundamentales y esencialmente de los sectores más vulnerables, deben emanar de una ley sancionada por el Congreso de la Nación.

El primer fallo sobre la GS en que se expide la Suprema Corte nos deja un sabor amargo, un resolutive que adopta un enfoque formalista y elude el rol del juez como garante de derechos ante vacíos normativos, aunque motivado por preocupaciones válidas, pues al parecer, la idea de no aceptar jurisprudencialmente la GS tiene unos motivos más profundos que se disfrazan de positivismo jurídico y deferencia al legislador. El mensaje es claro: la urgencia del llamado al Congreso de la Nación para avanzar hacia un marco normativo que contemple la GS y ofrezca, en un marco de seguridad jurídica, garantías a todos los sujetos involucrado.

11 Aunque nueva cifra marca una caída de 3,6 puntos porcentuales con respecto a los datos de igual período de 2023 (41,7%) Instituto Nacional de Estadística y Censos (2024) Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos: Segundo semestre 2024. Disponible en: <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-46-152> (Consultado: 30 de mayo de 2025).

Referencias bibliográficas

- Abasolo Barandika, I. (2019). La gestación por sustitución y las mujeres gestantes: Aspectos jurídicos y éticos. *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, (41), 260–297. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20825>
- Carranza, G. G. (2023). Garantía de la dignidad de la mujer gestante en la gestación por sustitución: Un estudio a partir de la jurisprudencia de Córdoba (Argentina). *Revista de Direito Brasileira*, 34(13), 301–318. <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/9868>
- De Lorenzi, M. A., & Capella, L. S. (2016). Gestación por sustitución: Cuando el derecho habla el lenguaje del amor. Comentario al fallo del Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora (30/12/2015) "H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC" y del Juzgado de Familia N.º 9 de Bariloche (29/12/2015). *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (IV), [sin paginación].
- Gil Domínguez, A., & Herrera, M. (2024, 5 de noviembre). Gestación por sustitución: Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que desconoce el Estado constitucional y convencional de derecho argentino. *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/2793/2024.
- Herrera, M., & Gil Domínguez, A. (2018). Comentario al fallo CIN c/ ACL: Implicancias jurídicas de la gestación por sustitución en Argentina. *Derecho de Familia y Sucesiones*, [Boletín online]. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/bodfys/boletin-familia-y-sucesiones/BoDFyS-01-001.pdf>
- INDEC. (2024). *Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos. Segundo semestre 2023*. <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-46-152>
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014, 8 de octubre). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *La Ley*.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2017). Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino: Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Colectivo de Derecho de Familia*, [sin editorial].
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.
- Romero Coloma, A. M. (2016). *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*. Madrid: Dilex.

Voluntad procreacional y gestación por subrogación: Límites normativos en la filiación en Argentina

Procreative intent and surrogacy:
Legal boundaries in Argentine filiation law

Manuel Leguizamón¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)18](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)18)

Comentario a

S., I.N. c/ A., C.L. s/ Impugnación de filiación – 22 de octubre de 2024
Corte Suprema de Justicia de la Nación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En el presente caso, se analiza una acción de impugnación de filiación promovida por una pareja de hombres en el marco de una técnica de reproducción humana asistida, específicamente, mediante gestación por subrogación. La mujer gestante prestó consentimiento para el procedimiento, manifestando su voluntad de no asumir el rol materno. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 2024) resolvió confirmar la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones, la cual había rechazado la demanda. El fundamento principal fue el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), que establece que la filiación se determina por el hecho del parto.

El Tribunal entendió que no corresponde hacer lugar a acuerdos privados que pretendan desplazar esa regla legal, aun existiendo consentimiento entre las partes. En consecuencia, se destacó que este tipo de situaciones exceden la competencia del Poder Judicial, y que cualquier modificación del régimen de filiación debe ser resuelta por el Poder Legislativo.

ABSTRACT

This case analyzes a paternity challenge brought by a same-sex male couple in the context of an assisted reproductive technology, specifically through surrogacy. The gestational carrier gave her consent to the procedure and expressed her intention not to assume the maternal role. The Supreme Court of Justice of Argentina upheld the decision of the National Civil Court

¹ Abogado (UBP); Ayudante Alumno en Derecho Procesal Civil (UBP); Diplomado en Derecho Procesal Civil: Parte General (UBP). Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.
Mail: manuleguizamon98@gmail.com. Nro. de ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0705-8056>.

of Appeals, which had dismissed the claim. The main basis for the ruling was Article 562 of the Civil and Commercial Code, which establishes that legal parentage is determined by childbirth.

The Court held that private agreements aiming to alter this legal rule are not admissible, even when all parties have given their consent. It emphasized that such matters exceed the scope of judicial intervention and should be addressed through legislative reform.

PALABRAS CLAVE: Filiación; Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Voluntad Procreacional; Gestación por Sustitución; Orden Público; Corte Suprema de Justicia de la Nación.

KEYWORDS: RAssisted Human Reproduction Techniques; Solidarity Gestation; Social Works; Amparo action; Equality.

I. Introducción

El caso bajo análisis gira en torno al reconocimiento legal de la filiación en contextos de gestación por subrogación. En este sentido, los actores interponen una acción para ser reconocidos como los únicos padres de un niño nacido mediante esta técnica, alegando la inexistencia de voluntad procreacional por parte de la gestante y su expresa conformidad con el pedido. La situación revela las tensiones que existen en el sistema jurídico argentino entre el régimen de filiación previsto en el Código Civil y Comercial —que establece la maternidad por el hecho del parto (art. 562)— y las nuevas configuraciones familiares viabilizadas por los avances en biotecnología reproductiva.

II. El caso y su relación con el régimen legal de filiación

En esta oportunidad, los actores fundan su pretensión en la existencia de un acuerdo previo con la mujer gestante, quien accedió de forma libre y consciente a llevar a cabo el embarazo sin intención de maternidad. Solicitan los reconocimientos legales como únicos progenitores en virtud de la voluntad procreacional que los motivó, invocando derechos fundamentales tales como la autonomía personal, la igualdad ante la ley y el interés superior del niño.

Asimismo, el caso bajo análisis tiene como eje una compleja situación familiar y jurídica nacida en el contexto de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), específicamente mediante gestación por subrogación o sustitución. Los actores, L.G.P. e I.N.S., conforman una pareja de varones que, ante la imposibilidad biológica de gestar por sí mismos, recurrieron al auxilio de una mujer, C.L.A., quien accedió a llevar adelante un embarazo en forma altruista, sin intención de asumir posteriormente rol alguno en la crianza del niño. La voluntad procreacional fue de los actores, quienes procuraron constituirse en padres de un niño concebido mediante estas técnicas, sin que mediara vínculo genético ni voluntad parental por parte de la gestante.

El niño, J.P.S., fue inscripto al momento del nacimiento como hijo de C.L.A., en virtud de la prescripción contenida en el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), que establece que la filiación se determina por el hecho del parto. Frente a esto, los actores interpusieron una acción de impugnación de filiación con el objeto de que se emita una nueva partida de nacimiento donde ambos figuren como únicos padres, desplazando así el vínculo jurídico entre la mujer gestante y el niño.

La demanda fue acompañada por el allanamiento expreso de la gestante, quien manifestó de manera reiterada y categórica su voluntad de no ser considerada madre del niño, reconociendo el proyecto parental de los actores y respaldando su pretensión legal. Alegaron, además, una serie de fundamentos normativos tanto en el derecho interno (Artículos 14, 19, 20 y 75 inciso 22 de la Constitución Argentina, 1994; Ley 26.061, 2005), como del derecho internacional de los derechos humanos (CADH; CDN), invocando el derecho a la identidad del niño, la igualdad ante la ley, la no discriminación por orientación sexual, y el respeto a la autonomía personal.

En la primera instancia, el tribunal dio curso favorable a la demanda. Sin embargo, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó el fallo, desestimando la acción y rechazando el pedido de los actores. Dos de los jueces fundamentaron su decisión en una interpretación estricta del artículo 562 del CCyC (2015), destacando que el régimen filiatorio vigente es de orden público y no admite excepciones mediante acuerdos privados. Además, cuestionaron algunos aspectos formales del acuerdo de gestación, poniendo en duda tanto la naturaleza altruista de la intervención de la gestante como la relación previa entre las partes. El tercer magistrado coincidió con el rechazo de la demanda, pero desde otra línea argumental: si bien sostuvo que no existe una prohibición expresa de la gestación por subrogación en el derecho argentino, consideró que no se había acreditado en autos el cumplimiento formal de los consentimientos médicos exigidos por la normativa vigente para las TRHA. En su opinión, esta omisión hacía improcedente la acción.

Posteriormente, tanto los actores como la mujer gestante interpusieron recursos extraordinarios federales, los cuales fueron denegados por entender que no se configuraba una cuestión federal habilitante. Esta decisión dio lugar a las quejas elevadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dichas presentaciones, las partes reiteraron la afectación de derechos fundamentales derivados del rechazo de su pretensión, enfatizando que la interpretación literal y excluyente del artículo 562 (CCyC, 2015) contradecía tanto el principio de legalidad (en tanto lo no prohibido se presume permitido), como la obligación del Estado argentino de adecuar su legislación a los estándares internacionales en materia de derechos sexuales y reproductivos.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que las instancias anteriores, rechazó el planteo con base en una interpretación estricta del artículo 562 del Código Civil y Comercial (2015), estableciendo que la gestante debe ser reconocida como madre legal, incluso sin vínculo genético ni voluntad procreacional. El fallo deja en claro que cualquier reforma del régimen filiatorio debe ser dispuesta por el Congreso, descartando la posibilidad de una solución judicial que implique la inconstitucionalidad de la norma.

III. Cuestiones procesales y alcance del fallo

En su análisis, el tribunal no desconoce la importancia de los derechos invocados, pero considera que no se configuran los supuestos necesarios para declarar la inconstitucionalidad del artículo en cuestión. Se subraya que el consentimiento informado exigido por la Ley 26.862 (2013) para las técnicas de reproducción asistida no incluye la posibilidad de establecer acuerdos de subrogación gestacional con efectos filiatorios.

Desde el punto de vista procesal, queda de manifiesto la complejidad que presenta el tratamiento de situaciones filiatorias surgidas en el marco de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), particularmente en ausencia de una regulación normativa especí-

fica sobre gestación por subrogación. El caso se inició con una demanda de impugnación de filiación ante la justicia civil, en la cual los actores solicitaron que se modificara el acta de nacimiento del niño J.P.S. —nacido por medio de gestación por sustitución— para que constaran únicamente ellos como padres, desplazando el reconocimiento registral de la mujer que había dado a luz, quien desde un inicio prestó su consentimiento y se allanó a la demanda. Primeramente, hizo lugar a la pretensión de los actores, reconociendo que existía una coincidencia clara entre la voluntad procreacional de los dos hombres y la ausencia de intención materna por parte de la gestante. Sin embargo, esta decisión fue revertida por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que desestimó la demanda en un fallo dividido. La mayoría de la Sala, apoyándose en una interpretación rígida del artículo 562 del Código Civil y Comercial y de la Nación (2015), consideró que, en tanto el hecho del parto es el determinante legal del vínculo materno, y siendo la norma de orden público, resultaba jurídicamente inviable desplazar a la gestante de su lugar de madre mediante acuerdos privados, aún con su consentimiento expreso.

En esta instancia, la Cámara introdujo también una valoración de los hechos y documentos que resultó desfavorable a los actores. Se puso en duda el carácter altruista de la subrogación, así como la existencia de una relación estrecha entre las partes que pudiera enmarcar la práctica en un contexto de solidaridad y buena fe. Esta observación llevó a los jueces a relativizar la validez del acuerdo alcanzado entre las partes, a pesar de que la propia mujer gestante se había allanado a la demanda. El argumento de fondo fue que, aun en presencia de voluntad compartida, el texto del artículo 562 impide legalmente el desplazamiento de la maternidad determinada por el hecho del parto, salvo que se declare su inconstitucionalidad, cosa que los jueces de Cámara consideraron que no había sido planteada de manera suficiente o adecuada.

Por su parte, el juez que conformó la minoría argumentó que no existía en el derecho argentino una prohibición expresa de la gestación por subrogación, y que el reconocimiento jurídico de la voluntad procreacional de los actores debía estar permitido por el principio de legalidad. No obstante, coincidió en rechazar la demanda por razones estrictamente probatorias: en su criterio, no se había acreditado de manera fehaciente el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la prestación del consentimiento informado exigido en los términos del artículo 560 del CCyC, específicamente en lo que respecta a los consentimientos médicos requeridos por la normativa que regula las TRHA. En otras palabras, la ausencia de los documentos formales que acreditaran dicho consentimiento previo, libre e informado por parte de los actores y de la gestante, fue considerada como un impedimento sustancial para dar curso favorable a la demanda, independientemente de las valoraciones sobre la justicia material del caso.

Sin embargo, la Corte sostiene que no es posible incorporar excepciones judiciales al régimen legal vigente, ya que ello implicaría sustituir la labor legislativa, lo que podría comprometer la seguridad jurídica. El fallo, en consecuencia, reafirma el modelo filiatorio biológico-formalista actualmente vigente en el ordenamiento jurídico argentino. También, enfatizó el tribunal en el carácter de orden público del régimen de filiación. De esta manera, se reafirma la doctrina tradicional en materia de división de poderes y se advierte que cualquier modificación al régimen vigente debe ser dispuesta por el Congreso. De este modo, la Corte rechazó cualquier posibilidad de incorporar criterios de interpretación conforme con los derechos humanos invocados, o de realizar una ponderación que favoreciera el reconocimiento judicial de la voluntad procreacional por sobre

la literalidad del hecho biológico del parto.

Este posicionamiento tuvo consecuencias relevantes en el caso en particular. En primer lugar, limitó el alcance práctico del consentimiento informado en los procedimientos de TRHA, al dejar sin efectos jurídicos las manifestaciones expresas de la gestante que excluyen la voluntad de asumir un rol materno. En segundo lugar, implicó un retroceso respecto de la tendencia observada en ciertos pronunciamientos judiciales anteriores, que habían reconocido de manera más flexible la importancia de la intención parental como fundamento de la filiación en contextos no tradicionales.

Por último, la sentencia dejó en evidencia una importante laguna legislativa: la falta de regulación específica de la gestación por subrogación —que fue excluida del texto definitivo del Código Civil y Comercial, a pesar de haber estado contemplada en el anteproyecto— genera incertidumbre jurídica y obliga a las partes a recurrir a mecanismos procesales complejos, sin garantías claras de éxito, aun en casos como este, en que todas las personas involucradas coinciden en la configuración de una única estructura familiar deseada.

IV. Consideraciones constitucionales y de derechos humanos

Los actores plantearon la vulneración de normas del bloque de constitucionalidad, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, argumentando que el rechazo de su pretensión afecta su derecho a formar una familia y el interés superior del niño.

Uno de los aspectos centrales del litigio giró en torno a la posible vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, particularmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Tanto los actores como la mujer gestante alegaron que la interpretación y aplicación literal del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, tal como fue sostenida por los jueces de Cámara y luego confirmada por la Corte Suprema, desconocía principios constitucionales básicos, entre ellos: la autonomía personal, el derecho a formar una familia, la igualdad ante la ley, la no discriminación por orientación sexual, y el interés superior del niño.

En primer lugar, se denunció una violación del derecho a la vida privada y familiar, entendido como el espacio en el que los individuos deciden libremente sus proyectos de vida, incluidos los modos de conformación familiar.

En tal sentido, la negativa estatal a reconocer efectos filiatorios a una práctica como la gestación por subrogación —aun con consentimiento expreso y coincidente de las partes— se presenta como una injerencia desproporcionada y arbitraria en la esfera privada de los individuos.

En segundo lugar, se planteó una afectación al derecho a la igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en el artículo 1 de la CADH. Los actores alegaron que la interpretación restrictiva del artículo 562 impacta especialmente sobre parejas homosexuales masculinas, para quienes la gestación subrogada es, en muchos casos, la única vía posible para formar una familia con descendencia genética.

En cambio, las parejas heterosexuales pueden, mediante técnicas convencionales o sustitución ovular, lograr ese objetivo sin necesidad de recurrir a una mujer gestante externa. Si bien la Corte intentó neutralizar este argumento señalando que las consecuencias legales derivadas del artículo 562 son iguales para todas las personas, lo cierto es que su impacto real no es equitativo, y afecta con mayor severidad a ciertos modelos familiares, perpetuando desigualdades estructurales.

En tercer lugar, se denunció la violación del interés superior del niño, principio rector en todas las decisiones que lo afectan directa o indirectamente (art. 3 de la CDN, art. 3 y 11 de la Ley 26.061). El niño J.P.S. vive desde su nacimiento con los dos actores, quienes lo reconocen como hijo y ejercen de hecho la crianza y protección. Su filiación biológica es parcial —uno de los actores habría aportado material genético— pero, más importante aún, su filiación afectiva y social se encuentra plenamente consolidada con ellos. El reconocimiento registral de una madre que nunca quiso ni quiere ejercer ese rol no sólo contradice la realidad del niño, sino que también lo priva de la seguridad jurídica que representa tener una identidad acorde a su entorno de crianza.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha instado a los Estados a garantizar el derecho a la identidad y a vivir con su familia (art. 8 y 9 de la CDN), y ha advertido sobre los efectos negativos que pueden tener los regímenes legales que no reconocen las configuraciones familiares reales de los niños. La Corte Suprema, sin embargo, consideró que el régimen actual es general, objetivo y no discriminatorio, y que existen otros mecanismos disponibles —como la adopción de integración— que permiten regularizar la situación jurídica del niño. Esta respuesta, si bien formalmente válida, resulta insuficiente frente a las exigencias derivadas del principio del interés superior del niño, que impone una lectura dinámica y actualizada de los derechos humanos de la infancia.

Por otra parte, también se invocó el principio de legalidad (art. 19 de la CN), en su vertiente de libertad civil: aquello que no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico se presume permitido. En este marco, los actores sostuvieron que la gestación por subrogación no está prohibida en Argentina, y que, por tanto, su práctica no debería ser invalidada judicialmente, menos aún cuando se encuentra sustentada en la voluntad procreacional conjunta de los adultos involucrados y en el interés del niño nacido. La Corte, sin embargo, rechazó esta línea argumental, entendiéndole que la existencia de una norma expresa que regula la filiación en casos de TRHA (art. 562 CCyC) excluye cualquier interpretación que apele a la analogía con el silencio legislativo.

Este razonamiento pone en evidencia una tensión estructural entre literalismo normativo y principio pro persona, consagrado por el artículo 75 inciso 22 de la CN. De acuerdo con este principio, las normas jurídicas deben ser interpretadas del modo más favorable a la protección de los derechos fundamentales, y los jueces tienen la obligación de adoptar una hermenéutica que maximice el goce efectivo de los derechos, especialmente cuando se trata de grupos históricamente marginados o vulnerabilizados.

Sin embargo, la Corte desestima estos argumentos señalando que la normativa nacional no establece distinciones fundadas en la orientación sexual ni limita el acceso a la parentalidad, y que existen otros mecanismos legales —como la adopción— que permiten la integración del niño a su núcleo familiar.

La Corte deja constancia de que el régimen actual es general y no discriminatorio, aunque reconoce, de forma implícita, que los desafíos que presenta la gestación por subrogación exigen una regulación específica.

V. Derecho comparado y tensiones normativas

A diferencia de Argentina, en muchos países existen modelos regulatorios específicos sobre subrogación. En jurisdicciones como Canadá, el Reino Unido y varios estados de EE.UU., se permite la gestación por subrogación altruista con ciertos requisitos legales. Otros, como Francia y Alemania, la prohíben en todas sus formas. En este escenario, Argentina permanece en una situación ambigua: la práctica no está prohibida expresamente, pero tampoco regulada, lo que genera incertidumbre jurídica y decisiones judiciales contradictorias.

El pronunciamiento de la Corte reafirma una postura conservadora, centrada en el texto de la ley, que contrasta con enfoques más flexibles adoptados en otras jurisdicciones, donde se prioriza la voluntad procreacional y el respeto por la autonomía familiar.

VI. Conclusiones

El fallo *S., I. N. c/ A., C. L.* constituye un precedente que confirma la vigencia del artículo 562 del Código Civil y Comercial y de la Nación, estableciendo que la filiación se determina por el hecho del parto. A pesar de ello, la resolución reconoce, de manera indirecta, que la ausencia de un marco normativo específico genera conflictos y deja a muchas personas sin una vía clara para ejercer su derecho a formar una familia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver el caso, adoptó una interpretación fundada en la literalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial, privilegiando una lectura que enfatiza la seguridad jurídica, la previsibilidad normativa y el respeto a la función legislativa. Esta decisión se alinea con una concepción formalista del derecho, que valora la estabilidad del sistema filiatorio vigente, y que considera que las eventuales reformas deben emanar del Congreso Nacional, como expresión del principio de división de poderes.

En ese marco, el Tribunal descartó la posibilidad de introducir excepciones de carácter judicial a las reglas establecidas en el régimen legal, incluso cuando todas las personas involucradas en el caso coincidían en su voluntad procreacional y en la estructura familiar deseada. La sentencia, en consecuencia, reafirma el criterio normativo actualmente vigente, aunque deja planteada, de modo indirecto, la necesidad de avanzar hacia un debate legislativo que brinde respuestas más adecuadas y acordes a las nuevas realidades familiares.

El debate legislativo se impone como necesario para saldar esta deuda normativa, en un contexto social y científico que exige soluciones jurídicas acordes con el pluralismo familiar y los derechos reproductivos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional.

En definitiva, el caso *S., I. N. c/ A., C. L.* pone de relieve las tensiones no resueltas entre derecho y biotecnología, entre legalidad y justicia, entre la letra de la ley y el pulso social de la realidad. La decisión de la Corte Suprema confirma una matriz jurídica que prioriza lo biológico-formal por sobre lo afectivo-volitivo, pero al hacerlo exhibe también las limitaciones de un sistema jurídico que aún no ha sabido dar respuesta a los desafíos del siglo XXI en materia de reproducción, familia y diversidad.

La gestación por subrogación no puede ser reducida a un conflicto puntual entre adultos, ni a un mero problema registral. Se trata de una cuestión estructural que afecta a los modelos de familia, a la distribución del poder reproductivo, y a la posibilidad de ejercer derechos en condiciones de igualdad. El derecho argentino tiene ante sí la responsabilidad de actualizar sus categorías, de ampliar sus horizontes y de reconocer, sin reservas, que el deseo de criar, cuidar y amar a un hijo no puede quedar atrapado en una literalidad normativa que desconoce los vínculos reales que fundan una familia.

Referencias bibliográficas

- Bossert, G., & Zannoni, E. (2019). *Derecho de familia* (2ª ed.). Astrea.
- Constitución de la Nación Argentina. (1994, 24 de agosto). *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, 22 de noviembre). San José, Costa Rica.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989, 20 de noviembre). Naciones Unidas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 28 de noviembre). *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica: Fondo, excepciones preliminares y reparaciones*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2024, 22 de octubre). *S., I. N. c/ A., C. L. s/ Impugnación de filiación*. <https://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recursos-hecho-deducidos-cla-causa-impugnacion-filiacion-ins-lgp-causa-civ-86767-2015-2-rh2-otro-impugnacion-filiacion-fa24000154-2024-10-22/123456789-451-0004-2ots-eupmocsollaf>
- Decreto 956/2013. (2013, 3 de julio). Reglamentación de la Ley N.º 26.862. *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Famá, M. (2013). Voluntad procreacional y técnicas de reproducción asistida. En A. J. Bueres (Dir.), *Derecho de familia: Cuestiones actuales* (pp. 125-150). Hammurabi.
- García de Solavagione, A. (2022). *El concepto 'padre' en el universo jurídico: Reordenamiento filiatorio y la socioafectividad*. Thomson Reuters.
- Herrera, M. (2016). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *Tratado de derecho de familia* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.
- Ley 26.061. (2005, 26 de octubre). Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Ley 26.862. (2013, 25 de julio). Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Organización Mundial de la Salud. (2017). *Glosario de términos sobre infertilidad y fertilización in vitro*. OMS.
- Pautassi, L. (2014). Género, reproducción asistida y autonomía: los límites del derecho. *Revista Jurídica de la UBA*, (24).

Reglas inestables, derechos frágiles: el impacto del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 en la medicina prepaga

Unstable regulations, fragile rights: the impact of the Necessity and Urgency Decree 70/2023 on private health insurance

Carla Dalla Nora¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)19](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)19)

Comentario a

DECARA, GUILLERMO ANTONIO c/ YPF y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986
Cámara Federal de Apelaciones de La Plata - Sala II

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En diciembre de 2023, el flamante Gobierno argentino sancionó el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, mediante el cual se modificó una cantidad importante de disposiciones normativas diferentes. Entre ellas, se eliminó la facultad de la Autoridad de Aplicación para controlar el valor de las cuotas correspondientes a los planes de las empresas de medicina prepaga, lo que desencadenó en un aumento exponencial de esos valores. En ese contexto, la Cámara Federal de la Plata declaró la inconstitucionalidad de dichas normas, dejando sin efecto aquellos aumentos fijados por las demandadas a partir del mes de enero de 2024.

ABSTRACT

In December 2023, the newly inaugurated Argentine National Government enacted the Necessity and Urgency Decree 70/2023, which modified a wide range of regulatory provisions. Among these changes, the authority responsible for overseeing the pricing of private health insurance plans was stripped of its power to regulate subscription fees. This led to a sharp increase in those fees. In this context, the Federal Court of Appeals in La Plata declared the relevant provisions unconstitutional, nullifying the price increases imposed by the defendants since January 2024.

¹ Abogada (UNC). Maestranda en Derecho (LLM) con orientación en Derecho Constitucional (UA). Profesora adscripta a la cátedra de Derecho Político (UNC).
Correo electrónico: carladallanora@mi.unc.edu.ar. ORCID: 0009-0004-3341-7360.

PALABRAS CLAVE: Medicina prepaga - aumentos - decretos de necesidad y urgencia - acceso a la salud - derechos de los consumidores y usuarios.

KEYWORDS: Private health insurance - increases - necessity and urgency decrees - access to healthcare - consumer law.

I. Introducción

La parte actora demandó a sus prestadoras de medicina prepaga, con el objeto de que se dejen sin efecto los aumentos realizados en las cuotas por los servicios de salud prestados por las demandadas y se disponga el reintegro de los cobros indebidamente efectuados. Solicitó, en ese sentido, que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023.

La acción fue incoada en el entendimiento de que la no aplicación de la Resolución N° 2577/2022 del Ministerio de Salud de la Nación devino en un injustificado incremento del 78% en la cuota de medicina prepaga. A su vez, manifestó el actor que mediante el decreto impugnado se desreguló un servicio esencial, en exceso de las facultades previstas en la Constitución Nacional.

El juez de grado rechazó la demanda, en atención a que consideró que el decreto cuestionado fue dictado invocando las facultades previstas en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional y la urgencia causada por la crisis económica en nuestro país.

Asimismo, el a quo determinó que la parte actora no logró acreditar en el caso la inexistencia de la situación de necesidad y urgencia alegada, y que los hechos invocados por el Estado Nacional son de público conocimiento e integran la verdad jurídica objetiva.

En ese contexto, la causa arribó al conocimiento de la Cámara, mediante recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la sentencia de primera instancia referida.

II. La doctrina del fallo

En sus argumentos, la Cámara manifestó que, pese a la compleja coyuntura económica nacional, la situación de emergencia del sistema de salud no surge suficientemente fundamentada en el decreto cuestionado, ni tampoco ha sido probada en la causa.

Agregó que las demandadas no han logrado identificar las circunstancias de urgencia y necesidad que permitirían, de manera excepcional, saltar el trámite constitucional para la modificación de una ley. Asimismo, dijo que tampoco se observa un nexo causal entre la desregulación anunciada y un supuesto "beneficio directo para la población en general".

El tribunal concluyó que la mera invocación de razones de emergencia, urgencia o crisis por parte del Poder Ejecutivo Nacional no resulta suficiente para acreditar la situación contemplada por el constituyente de 1994. Por tal motivo, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023, en cuanto derogan los artículos 5 inciso "g" y 17 de la ley N° 26.682.

Invocó que la decisión bajo análisis no supera el estándar de razonabilidad que cabe exigir de una norma jurídica de semejante calidad. En ese sentido, estableció: "...el avance

sobre el ámbito competencial propio del Congreso exige un fundamento serio y verificable. La necesidad y la urgencia no pueden estar dadas por evitar el debate, ni por sortear la oposición de las cámaras legislativas ni por la necesidad de dar golpes de efecto.”

Determinó que corresponde al Ministerio de Salud de la Nación, Autoridad de Aplicación designada por ley N° 26.682, autorizar y revisar los valores de las cuotas que propusieron los sujetos comprendidos en el artículo 1 de esa norma, quedando sin efecto aquellos aumentos fijados por las demandadas a partir del mes de enero de 2024.

En ese marco, con la intención de armonizar los derechos individuales y responsabilidades sociales en juego, ordenó a la prepaga demandada que proceda a la limitación de los aumentos al porcentaje arrojado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), de forma acumulativa, respecto del último valor de cuota fijado por la Autoridad de Aplicación.

En cuanto a la petición del reintegro de los cobros indebidamente efectuados a la actora, afirmó que la referida autoridad resulta ser el órgano competente a los fines del establecimiento de los valores de las cuotas, por lo que en forma alguna podría el tribunal en esa instancia definir cuál es el diferencial percibido legítimamente.

III. La situación jurídica de las empresas de medicina prepaga desde el dictado del DNU 70/23

El día 20 de diciembre de 2023, el flamante Gobierno nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. Su sanción implicó profundos cambios a una gran variedad de normas, con el fin de “corregir la crisis terminal que enfrenta la economía argentina”.

Dentro de su extenso contenido, en el Título XI -referido a la salud- se encuentran las disposiciones relativas al sistema de medicina prepaga.

En primer lugar, el artículo 267 del decreto reza: “Deróganse los artículos 5°, incisos “g” y “m”, 6°, 18, 19, 25 inciso “a” y 27 de la Ley N° 26.682”.

El derogado inciso “g” del artículo 5 disponía que dentro de los objetivos y funciones de la Autoridad de Aplicación se encontraba: “g) Autorizar en los términos de la presente ley y revisar los valores de las cuotas y sus modificaciones que propusieren los sujetos comprendidos en su artículo 1°”.

Por su parte, el artículo 269 dispone la sustitución del artículo 17 de la ley N° 26.682 por el siguiente: “Cuotas de Planes. Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley pueden establecer precios diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de TRES (3) veces entre el precio de la primera y la última franja etaria”.

El anterior artículo 17, por su lado, establecía: “ Cuotas de Planes. La Autoridad de Aplicación fiscalizará y garantizará la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales.

La Autoridad de Aplicación autorizará el aumento de las cuotas cuando el mismo esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos.

Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley pueden establecer precios

diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de tres (3) veces entre el precio de la primera y la última franja etaria”.

De esta manera, la derogación de los artículos citados significó la desregulación del valor de las cuotas de las empresas de medicina prepaga, quedando éstas bajo el principio de la “libre competencia”. La consecuencia principal que tuvo esa medida fue el aumento exponencial de dichos valores, que desde el período de enero a abril de 2024 se elevaron en un promedio del 158% entre las prestadoras mayoritarias (Barca, 2024).

A raíz del aumento, un gran número de afectados interpuso demandas de amparo, a los fines de que se dejen sin efecto los incrementos sufridos.

En ese contexto, en abril de 2024, el Poder Ejecutivo Nacional, a través de la Superintendencia de Servicios de Salud, presentó una acción de amparo en contra de las principales empresas de medicina prepaga con el fin de retrotraer estos aumentos que consideraron abusivos, producto de su posición dominante en el mercado. También se pidió que se ordene la devolución a los usuarios de lo percibido por encima de la inflación en esos últimos cuatro meses.

Asimismo, en una acción complementaria, la Secretaría de Comercio avanzó con una medida tutelar ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia contra prepagas del sector por cartelización².

Dicha entidad le estableció a un grupo de empresas de medicina prepaga, mediante la Resolución RESOL-2024-1-APN-SIYC#MEC del 17/04/2024, una limitación al valor de las cuotas de sus planes, a través de un cálculo, similar al posteriormente utilizado en el convenio que se detallará a continuación.

En el marco del proceso judicial, en mayo de 2024 se arribó a un acuerdo entre la Superintendencia y las demandadas. Allí, se pactó que “...las empresas de medicina prepaga acuerdan la devolución de los montos cobrados en exceso por encima del IPC de los meses de Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2024 tomando para cada uno de los meses el IPC correspondiente al mes anterior. Se calculará en cada mes la diferencia entre el porcentaje de incremento realizado y el que hubiera correspondido por el IPC del mes anterior. Al resultante de cada mes, se calculará el monto de diferencia, hubiera, hasta el mes de Junio ajustado por Tasa Pasiva partir del mes de Julio 2024 los montos consolidados se devolverán en 12 cuotas mensuales y consecutivas ajustado por Tasa Pasiva da BNA...”.

A su vez, la cláusula segunda estableció que las empresas de medicina prepaga aceptaban reincorporar en iguales condiciones y sin restricción ni penalización alguna a quienes hayan sido dados de baja por falta de pago, debido a los incrementos que fueron objeto del proceso.

Sin perjuicio de ello, en la tercera cláusula se dispuso que a partir de julio de 2024 las cuo-

2 La Ley de Defensa de la Competencia (ley N° 27.442) tiene como objetivo evitar que “...los oferentes o demandantes impidan o limiten la competencia con sus prácticas productivas o comerciales porque, se supone, la competencia favorece al consumidor o usuario con mejores productos y servicios, con precios más bajos, con mayores oportunidades de elección...” (Gelli, 2018).

tas de los afiliados "...se ajustarán libremente, conforme estructuras de costos y debido cálculo actuarial de cada una de las empresas...".

La Secretaría de Industria y Comercio, con motivo del acuerdo celebrado en la causa judicial previamente aludida, emitió la Resolución RESOL-2024-107-APN-SIYC#MEC del 03/06/2024, por medio de la cual dejó sin efecto la disposición antes referida.

Entonces, si bien aquellas personas que sufrieron los aumentos comenzaron a ver reflejadas en sus facturas las devoluciones pactadas, los incrementos continuaron efectuándose, en virtud de la nueva liberación que se produjo a partir del mes de julio de 2024. Es por ello que la judicialización ha continuado y, al mismo tiempo, el descontento de los consumidores aún siguió latente.

IV. Argumentos plasmados en la jurisprudencia reciente en contra de los aumentos

Tal como se ha mencionado anteriormente, con la desregulación descrita se vio afectado un importante sector de la sociedad. A raíz de ello, se desató una judicialización masiva al respecto, por lo que distintos tribunales del país han tenido que expresarse con relación a la temática.

A continuación, se realizará un breve repaso por los principales argumentos esgrimidos en resoluciones judiciales relevantes.

1. Argumento formal: falta de configuración de las "circunstancias excepcionales" del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional para habilitar la sanción del DNU

En el fallo de referencia, la Cámara se ha centrado en que el Poder Ejecutivo Nacional ha simplemente invocado las circunstancias excepcionales justificatorias para saltar el trámite previsto para sancionar las leyes, mas no ha logrado comprobar efectivamente su acaecimiento. Por lo tanto, concluyó que el DNU ha sido sancionado de manera arbitraria e ilegítima, en exceso de las facultades constitucionales que tiene atribuidas ese poder.

A su vez, en autos "Morsenti, Fernando Ismael c/ OSDE s/ Amparo Colectivo" (Sent. del 16/08/2024), la Cámara Federal de Paraná, al declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del decreto bajo análisis, ha también expresado que las causas vertidas por el ejecutivo no resultaban suficientes para saltar el procedimiento ordinario que la Constitución establece para la sanción de una ley.

Sobre lo citado, corresponde destacar que las "circunstancias excepcionales" a las que alude la Constitución resultan un requisito indispensable para que el poder ejecutivo pueda dictar esta clase de decretos, dado que por regla se encuentra prohibida la emisión por su parte de disposiciones de carácter legislativo (art. 99 inc. 3 CN). Ello, recordando que en un sistema republicano de gobierno, como el que rige en el país, cada uno de los poderes del estado tiene sus funciones concretamente delimitadas en el texto constitucional.

En ese contexto, la doctrina ha admitido que la separación de poderes en Argentina es sumamente flexible, en contraste con otros modelos del derecho comparado (Bianchi, 2018). Sin embargo, la flexibilización ha llegado a un punto tal que, en la práctica, la rama ejecutiva se ha excedido en la producción de decretos de necesidad y urgencia, utilizándolos como "decretos de conveniencia" (Sagüés, 2018).

Particularmente, sobre el caso del DNU 70/2023, se ha resaltado que al confeccionar el decreto se produjo una confusión conceptual entre “emergencia pública” y las “circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia”. Esta distinción aquí cobra relevancia dado que en el DNU se ha declarado la emergencia pública, facultad que le corresponde al Congreso de la Nación. A diferencia de ello, el poder ejecutivo solamente puede fundarse en circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia para emitir estas disposiciones, las que solo justifican medidas legislativas concretamente definidas, en contraste con la amplitud de decisiones que permite la situación declarada de emergencia (Puga, 2023).

2. Argumento sustancial: la irrazonabilidad de los aumentos efectuados por las empresas de medicina prepaga y la vulneración de derechos constitucionales

En otra causa con objeto similar, la Sala III de la Cámara Federal de la Plata ha analizado la situación desde otra perspectiva. Precisamente, el tribunal dispuso que los aumentos por parte de la empresa demandada no han sido razonables y que, además, contradicen las normas de protección de los usuarios y consumidores. Asimismo, subrayó que la medicina prepaga está sujeta al control estatal, pues incide no sólo en asuntos comerciales, sino que su tarea vincula a cuestiones de salud pública, por lo tanto, tienen un innegable rol social (“RAMIREZ, Carlos Eduardo c/ Obra Social YPF y Otro s/ Amparo ley 16.986”, Sent. del 24/10/2024).

Con respecto al derecho a la salud, no debe soslayarse que se encuentra expresamente reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN), entre ellos, en el artículo 12, inciso “c” del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 6, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como asimismo el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el Estado Nacional tiene una responsabilidad *subsidiaria* en la prestación de los servicios de salud que se atribuyen a las obras sociales y a los entes locales, pero *primaria y principal* en la articulación de las políticas sanitarias, en la supervisión y fiscalización de aquellas obligadas y en la respuesta urgente cuando las prestadoras del Servicio de Salud incumplen la prestación (Gelli, 2018).

En cuanto al goce efectivo de este derecho, se ha definido que existen determinantes sociales que lo afectan, es decir, factores sociales que inciden en la salud de las personas. Entonces, estos determinantes, así como su distribución social, afectan tanto al nivel de salud obtenido, como a las desigualdades de salud entre personas y grupos (Lema Añón, 2021).

Por su parte, sobre el derecho que asiste a los consumidores y usuarios, nuestro Máximo Tribunal ha señalado que la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución Nacional denota la protección especial que el constituyente decidió brindar a los usuarios y consumidores, en razón de ser sujetos particularmente vulnerables. Por lo tanto, este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo, donde el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural (cfr. Fallos: 340:172).

V. Conclusiones

El fallo bajo análisis pone en evidencia que los decretos de necesidad y urgencia no deben ser utilizados como una herramienta de conveniencia por el poder ejecutivo, sino que resulta fundamental que las circunstancias excepcionales invocadas efectivamente se verifiquen.

Desde la incorporación del artículo 99 inciso 3 en la reforma constitucional de 1994, en nuestro país se ha realizado un abuso de esta clase de decretos, desnaturalizando completamente la intención de limitar su producción al añadirse dicha cláusula.

En efecto, esa extralimitación resulta severamente perjudicial para nuestras instituciones, ya que la Constitución es clara: el órgano facultado como regla para emitir disposiciones legislativas es el Congreso de la Nación.

Permitir que el poder ejecutivo legisle indiscriminadamente significa desconocer las luchas históricas que se han producido para lograr arribar a un estado de derecho, esto es, sujeto a leyes. Esa sujeción a normas estables, producidas por un órgano deliberativo y representativo del pueblo, se contraponen a las normas emitidas por uno solo, quien puede modificarlas a su arbitrio.

Las reglas inestables, modificables por la sola voluntad del presidente, tienen como consecuencia la perpetuación de inseguridad jurídica, lo que significa un obstáculo para la consecución de un correcto desarrollo social y económico del país.

Inclusive, desde un punto de vista económico, el DNU no luce como la vía idónea para establecer pautas comerciales, ya que el mercado exige estabilidad en las reglas claras y bien definidas que regulan el comportamiento de las personas. Por lo tanto, si la intención del Gobierno es fomentar el mercado, debe tener presente que éste requiere necesariamente de un estado de derecho (Caminos, 2023).

Por otro lado, en lo sustancial, como se ha citado, resulta improcedente la desregulación de la medicina prepaga. Lo dicho se debe a que, como ha definido la Corte Suprema, estas entidades tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (Fallos 330:3725).

Estos emprendimientos surgieron de manera espontánea, a partir de la crisis del hospital público, cubriendo una necesidad social (Badeni, 2010). Entonces, por el carácter social que revisten estas empresas y, a su vez, por la relación de consumo que se desarrolla con quienes contratan, resulta esencial que continúe existiendo un marco regulatorio claro, en protección de los derechos de la parte débil de la relación.

Asimismo, esta situación de vulnerabilidad del consumidor se agrava cuando el afectado es una persona con discapacidad o un adulto mayor. Desde la desregulación entablada mediante el DNU 70/2023, los más damnificados por los incrementos desmedidos han sido estos sectores, quienes necesitan una atención médica especializada, viéndose claramente afectado su derecho a la salud.

Evidentemente, no se puede dejar librado a la suerte del mercado el goce del derecho a la salud de las personas integrantes de estos grupos, ya que contraría la especial protec-

ción constitucional y convencional que se les ha otorgado.

En definitiva, de acuerdo a los argumentos expresados, se concluye que la desregulación de la medicina prepaga contenida en el DNU 70/2023 es inconstitucional.

Es que, como bien dice Arendt, esta impaciencia por obtener resultados saltando por encima los procedimientos, convierte al pueblo en ignorante de por qué ocurren las cosas, lo somete al poder de los accidentes y, por lo tanto, a los accidentes del poder, dejándolo impotente para orientar su propio destino (Nino, 2005).

Referencias bibliográficas

- Badeni, G. (2010). *Tratado de derecho constitucional: Edición actualizada y ampliada*. La Ley.
- Barca, J. M. (2024, 9 de abril). Por las fuertes subas de las prepagas, el Gobierno investiga si hubo cartelización y evalúa tomar medidas. *Clarín*. https://www.clarin.com/economia/fuerte-subas-prepagas-gobierno-investiga-cartelizacion-evalua-tomar-medidas_0_b33o-jtWl7T.html
- Bianchi, A. B. (2018). La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, 14446, 6-16.
- Caminos, P. A. (2023). Populismo, decretos, estado de derecho y mercado. *Revista Jurídica La Ley*, 240, 2-4.
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y concordada*. La Ley.
- Lema Añón, C. (2021). *Los determinantes sociales de la salud: Más allá del derecho a la salud*. Dykinson.
- Nino, C. S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea.
- Puga, M. (2023). Un DNU-comodín: La inconstitucionalidad del DNU 70/23. *ICONS Argentina*. https://iconsar.github.io/blog/dnus_mp/
- Sagüés, N. P. (2012). *Manual de derecho constitucional*. Astrea.

La necesidad de la tutela judicial diferenciada: enfermedades poco frecuentes y medicamentos huérfanos

The need for differentiated legal protection: rare diseases and orphan drugs

Emilia Josela Romero¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)20](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)20)

Comentario a

B., O. N. Y OTRO C/APROSS. AMPARO (LEY 4915)

Auto n.º 201, de fecha 12/12/2024

**Tribunal Superior de Justicia de Córdoba
(Sala Electoral y de Competencia Originaria)**

RESUMEN:

Por medio del presente trabajo se analizará el Auto n.º 201, del 12/12/2024, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. El mismo resolvió la procedencia de una medida cautelar de provisión del medicamento catalogado “voxzogo-vorositide” a una afiliada menor de edad con discapacidad, que padece una enfermedad poco frecuente denominada acondroplasia.

La finalidad es, a partir del estudio pormenorizado de los argumentos vertidos en la decisión y atendiendo a las particularidades del caso en cuestión, dilucidar los alcances actuales de la cobertura de medicamentos para el tratamiento de enfermedades poco frecuentes y reflexionar sobre los principios de alcance constitucional que sirven como pautas interpretativas imperativas a la hora de resolver en los amparos de salud en la Provincia de Córdoba.

¹ Estudiante avanzada de la carrera de derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Alumna sobresaliente promoción 2024. Miembro del Cuadro de Honor promoción 2024. Escolta del Cuerpo de Porta Estandarte de la Facultad de Derecho, UNC. Becaria en la Universidad Federal de Santa María, Rio Grande do Sul, Brasil. Se desempeña como auxiliar en la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba. Mail: romeroemilia692@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5257-9600>

ABSTRACT

This paper analyzes the Resolution n.º 201 issued by the Superior Court of Justice of Córdoba. The ruling addressed the admissibility of a precautionary measure ordering the provision of the drug known as Voxzogo (vosoritide) to a minor with a disability, diagnosed with a rare disease called achondroplasia.

The aim is to elucidate the current scope of drug coverage for the treatment of rare diseases through a detailed analysis of the arguments made in the decision and in light of the specific circumstances of the case. Moreover, it seeks to reflect on the constitutionally grounded principles that serve as mandatory interpretative guidelines when adjudicating health protective actions (amparos de salud) in the Province of Córdoba.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; vulnerabilidad; enfermedades poco frecuentes; acondroplasia; Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos No Registrados.

KEYWORDS: Right to health; vulnerability; rare diseases; achondroplasia; Exceptional Access Regime for Unregistered Medicines.

I. Introducción

En el caso objeto de análisis, una niña de cuatro años de edad padece una enfermedad genética denominada acondroplasia, que ralentiza el crecimiento óseo generando tallas bajas desproporcionadas y otras tantas consecuencias médicas. Frente a ello, sus padres, en el marco de una acción de amparo interpuesta ante la Cámara Contencioso-Administrativa de Segunda Nominación, solicitaron una medida cautelar a los fines de que la Administración Provincial del Seguro de Salud (en adelante APROSS) cubriera la provisión de un medicamento denominado vosoritide, marca comercial voxzogo, del laboratorio Biomarin International Limited, en adelante Biomarin, para tratar tal patología. La cautelar fue rechazada a instancia de la Cámara mediante el Auto n.º 354/2024 del 17/09/2024.

A partir del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, el Tribunal Superior de Justicia valoró la causa desde un enfoque tuitivo del derecho a la salud y se pronunció respecto a la procedencia de la cautelar al considerar acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Los principios fundantes del sistema de salud en atención al delicado contexto de la accionante resultaron dirimentes y favorables a la decisión de los magistrados.

En ese sentido, se ponderaron los elementos que integran el caso concreto a la luz de la pertenencia de la niña a una situación de vulnerabilidad, en virtud de su minoría de edad y su discapacidad, el padecimiento de una enfermedad poco frecuente, la inscripción del medicamento en el Registro Nacional de Especialidades Medicinales (en adelante REM) con el respectivo cumplimiento de la primera etapa en favor de su comercialización y la autorización de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (en adelante ANMAT) para importar la medicación a Argentina a partir del Régimen de Acceso Excepcional de Medicamentos (en adelante RAEM).

El presente trabajo tiene por objetivo analizar los fundamentos jurídicos utilizados por el Tribunal para resolver el amparo de salud bajo estudio. Este análisis permitirá examinar el marco normativo vigente en los niveles convencional, constitucional e infraconstitu-

cional, así como la jurisprudencia consolidada en relación con los diferentes tópicos de relevancia invocados en el caso de estudio.

II. Los hechos y la tramitación de la causa.

Agotados los trámites administrativos correspondientes, los padres de C.B.P, en su carácter de representantes de la menor, interpusieron acción de amparo y solicitaron una medida cautelar a los fines de que APROSS otorgará la cobertura integral del medicamento.

Asimismo, se acompañó el informe brindado por la médica pediatra a través del cual se explica que el vorositide es la única alternativa farmacológica existente para el tratamiento de la afiliada, se suministra por inyecciones y es urgente su provisión en tanto debe administrarse desde los dos años hasta la ocurrencia del cierre de los cartílagos. El procedimiento terapéutico anterior a la creación del remedio era la elongación ósea, un procedimiento lento, progresivo y cruento, con intervención quirúrgica.

Los accionantes obtuvieron la autorización de la ANMAT para el ingreso de la medicación, en el marco de la Disposición n.º 10401/2016, referida al RAEM. Asimismo, la droga fue aprobada por la Disposición n.º 5624/2024 de la ANMAT que posibilitó la inscripción de la especialidad médica en el REM, para ser comercializada en Argentina por "Gobbi Novag S.A."

No obstante, la cautelar fue rechazada por la Cámara con fundamento en la no configuración de los requisitos de procedencia de la medida. Ante ello, la parte actora interpuso recurso de apelación.

En la instancia recursiva APROSS manifestó que su actuar se adecuó a la ley, que la prueba de la actora no demostraba que el medicamento fuese indispensable o el único recurso viable y eficaz para el tratamiento de la acondroplasia ni que la información científica sobre la medicación fuera concluyente respecto a su efectividad. Alegó la disponibilidad de alternativas terapéuticas e insistió en que el medicamento no estaba permitido ni determinado como obligatorio por la autoridad de aplicación y que la autorización de la ANMAT para uso compasivo, a través del RAEM, suponía el reconocimiento de que este no estaba autorizado para su circulación en el país, que no era de administración libre por los profesionales de la salud y no integraba el Programa Médico Obligatorio. Remarcó el alto costo de la droga y la ausencia de un estudio de costo-efectividad.

III. Derecho a la salud. Tarea interpretativa a la luz de la perspectiva de vulnerabilidad.

La Organización Mundial de la Salud define a la salud, en el preámbulo de su Constitución (1946), como "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano y está ligado al derecho a la vida y a la dignidad humana, reconocidos tanto en la Carta Magna como en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha reiterado en varias oportunidades que la vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica. Así ocurre en el caso de análisis, en que una menor de edad que posee una discapacidad pretende obtener por tal vía la cobertura de un medicamento que le permita mejorar su calidad de vida.

En Las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008) se determina que:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad (...).²

El Tribunal Superior de Justicia al hacer lugar a la medida cautelar solicitada, apeló a la "perspectiva de vulnerabilidad". Resaltó que impregna todo sistema jurisdiccional y que posee carácter fundamental. Entendió además que mientras mayor es la vulnerabilidad, mayor debe ser el esfuerzo interpretativo para alcanzar una solución que sea lo más tuitiva de los derechos en juego.

La confluencia de supuestos de vulnerabilidad conduce a afirmar la existencia de situaciones de hipervulnerabilidad que conllevan a una mayor tutela jurídica (Sosa, 2020:125). Tal perspectiva emerge como un criterio interpretativo que exige la aplicación prioritaria del marco normativo más protectorio, cuando una persona reúne algún tipo de vulnerabilidad, lo cual la coloca en una posición de especial fragilidad proyectada tanto en el plano físico como moral.

La reforma constitucional del año 1994 no la incluyó de manera textual, sin embargo, en palabras de Pedernera Allende (2024, p. 22):

La inclusión de la noción de vulnerabilidad en la reforma de 1994 puede darse por medio de, al menos, dos órdenes de razones. Por un lado, un cierto cambio de ethos constitucional implicado en la reforma. Por otro lado, la recepción de elementos normativos textuales de los que podría inferirse la noción.

Respecto de lo primero, cabe afirmar que la última reforma supuso una evolución en el modelo constitucional imperante con el correlativo énfasis y centralidad en la persona humana, tanto en el ámbito de creación legislativa como así también en la posterior interpretación de las normas. A partir de ello, la perspectiva de la persona se erige como garantía de la objetividad y razonabilidad en la interpretación.

En ese mismo sentido la CSJN ha hecho prevalecer la centralidad cardinal de la persona con las siguientes palabras: "El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional" (Fallos: 302:1284; 310:112). Y "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (Fallos: 316:479).

En cuanto al segundo aspecto, es dable resaltar que la CSJN ha interpretado que el reco-

2 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. 2008. Sección 2da. Beneficiarios de las Reglas. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

nocimiento de la idea de vulnerabilidad está dado por el artículo 75 inc. 23³ que designa ciertos grupos a los que protege especialmente, incluso a través de medidas de acción positivas, que tal como expresa Gelli (2024, p. 597), tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos.

Los derechos humanos reconocidos a partir de la constitucionalización de los tratados internacionales (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), constituyen principios jurídicos esenciales integrados en el orden constitucional y aplicables a la sociedad en su conjunto. En cuanto aquellos referidos a la preservación de la salud y del bienestar, se destacan el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (art. 12), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. 11).

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adopta expresamente el modelo social de la discapacidad⁴ y determina el reconocimiento que estas tienen de gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad⁵. En consonancia con este tratado, la Ley Nacional n.º 22.431 estableció un régimen de protección integral, bajo el modelo rehabilitador y fijó responsabilidades en materia de asistencia, prevención, salud, seguridad social, trabajo, educación, seguridad, transporte y arquitectura⁶. Por su parte, la Ley n.º 24.901 modificó el sistema de protección integral de la Ley n.º 22.431 e instituyó a nivel nacional, un sistema de prestaciones básicas.

Se refuerza la protección diferenciada a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone que en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, debe atenderse en forma primordial al interés superior del menor, que los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud y que se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios⁷.

En el campo específico de los derechos humanos vinculados a la niñez con discapacidad, la efectividad, promoción y restitución integral de derechos como así también la consideración especial del interés superior del niño, se erigen como imperativos con jerarquía superior que imponen una mayor flexibilidad a la tarea interpretativa.

3 Art. 75 inc. 23: "Corresponde al Congreso (...) 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

4 Véase Gargarella Roberto, Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria. Tomo II. La Ley. 2016 (p. 318)

5 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 25. Salud. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

6 La CSJN interpretó tal ley y declaró sus objetivos como insertos en el modelo rehabilitador: "El objetivo de la ley 22.431, se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encuentran discapacitados, franquicias y estímulos que les permitan, en lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca, a la vez que otorgar oportunidades para que puedan desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales" (CSJN. 03/07/1990, "Franchi, Hector Laerte s/ jubilación". Fallos 313:579).

7 Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 3: interés superior del niño. Art. 24: Salud y servicios médicos. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

Con la misma orientación tuitiva, la Ley n.º 9277 -de creación de APROSS- establece que la obra social se compromete a proporcionar una *“atención especial al discapacitado”*. El Máximo Tribunal, en el caso que se analiza, determinó el alcance de tal norma y entendió que APROSS no puede ser ajena a la protección especial que merecen las personas con discapacidad y que es un mandato legal y no una mera interpretación jurisdiccional extensiva.

IV. Enfermedad poco frecuente. Acondroplasia.

Como se indica en el Informe Las Enfermedades Poco Frecuentes en Argentina (2018, p. 4):

Las enfermedades poco frecuentes se caracterizan por su complejidad etiológica, diagnóstica y evolutiva, su importante morbi-mortalidad, altos niveles de discapacidad que dificultan el desarrollo de la persona y su entorno familiar, y que requieren de un cuidado integral de la salud de las personas afectadas.

La acondroplasia es una condición congénita determinada genéticamente. Se origina por una mutación en un gen llamado receptor del factor de crecimiento de fibroblastos tipo 3, FGFR-3, cuya alteración produce falta de crecimiento óseo. Está categorizada como enfermedad poco frecuente según la Resolución n.º 307/2023 del Ministerio de Salud. Esto implica que, como máximo, 1 de cada 2000 personas posee esta patología.

En el orden interno, el Congreso de la Nación sancionó en el año 2011 la Ley Nacional n.º 26.689, y asumió el compromiso de proporcionar un marco más apropiado para reforzar los esfuerzos de su política pública en salud, específicamente en lo referido a las enfermedades poco frecuentes. Fue reglamentada mediante el Decreto n.º 794/2015 que dispuso la creación del Programa Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes en el ámbito del Ministerio de Salud, para orientar y asesorar técnicamente a los programas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que adhieran al referido programa nacional.

La ley promueve el cuidado integral de la salud de las personas con EPF y con una marcada orientación asistencial regula los objetivos que la autoridad de aplicación debe promover, tales como acciones destinadas a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación, en el marco del efectivo acceso al derecho de la salud para todas las personas (art. 1). Se destaca el art. 6 que establece la obligación de cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación.

En el ámbito local, por medio de la Ley n.º 10.388, la Provincia de Córdoba adhirió a la norma nacional (art. 1) y reguló la obligación de APROSS de *“adecuar sus prestaciones a la Ley Nacional n 26689 cuando así correspondiere”* y de efectuar los ajustes presupuestarios que resulten necesarios para poder brindar una respuesta adecuada a las personas con EPF.

Por otro lado, la Ley n.º 9.277, estableció en su art. 14 inc. que APROSS cuenta con la atribución de proveer excepcionalmente medicamentos y readecuar la cartilla con el fin de brindar una cobertura diferenciada. En concreto, dispone que el directorio podrá reglamentar los supuestos excepcionales de reconocimiento parcial o total de tales gastos, siempre que la patología de que se trate no cuente con solución terapéutica alternativa en tales listados, vademécum o protocolo.

Como se indica en el informe *Las Enfermedades Poco Frecuentes en Argentina* (2018, p. 40):

Los medicamentos específicamente desarrollados para tratar enfermedades poco frecuentes, muy graves o que causan una amenaza para la vida son llamados "medicamentos huérfanos" según la definición de la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos (EMA). Estos medicamentos, en su gran mayoría, son la única opción terapéutica disponible para un número de EPOF. Por ello, se los considera de alto valor terapéutico que muchas veces viene asociado también a altos costos de I+D.⁸ Si bien el interés de las compañías farmacéuticas de medicamentos huérfanos está creciendo, aún en la actualidad existe un número muy escaso de estas drogas destinadas a ralentizar las enfermedades y aún menos las destinadas a curarlas.

No escapa a la realidad que los tratamientos y medicamentos de este tipo de enfermedades sean costosos, pues son requeridos por una pequeña fracción de la población. Pero el acceso a los mismos no debería considerarse un privilegio ni el factor económico un impedimento adicional, es que no sirven de nada las conquistas de la técnica médica si no son accesibles a la población.

En esa misma línea lo pregona el art. 15.1 inc. b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) al asegurar el derecho de todos de gozar de los beneficios del progreso científico y de su aplicación. Sostener lo contrario implica una conducta discriminatoria y paradójica, al restringir el acceso a medicamentos y tecnologías, precisamente, al colectivo que más puede verse favorecido por dichos avances en el campo médico.

En este mismo sentido, el tribunal exigió a la obra social ir más allá de puras consideraciones económico-financieras a la hora de decidir respecto de la cobertura del medicamento y abordar el caso específico de la afiliada dejando a un lado los juicios genéricos. Criticó la ausencia de elementos numéricos aportados por la demandada que permitan apreciar la supuesta relevancia del costo del medicamento.

Es decir que la judicatura ponderó el alto costo económico de conceder la cautelar solicitada y las consecuencias al sistema de solidaridad y previsión que conforma APROSS y el estado provincial, porque si bien no debe restringirse el derecho a la salud por motivos meramente económicos, un gasto de la magnitud del necesario para adquirir la droga solicitada sólo puede justificarse frente a la evidencia de su necesidad real y efectiva para el tratamiento de la enfermedad, con beneficios significativos frente a terapias soporte y con medicamentos comercializados en el país. Tales circunstancias fueron acreditadas en el caso de análisis por medio de la a) prescripción de la médica tratante de la menor, b) la autorización de ANMAT respecto de la importación de los medicamentos, c) la incorporación del fármaco al REM durante al año 2024, d) el trámite previsto por el RAEM, e) la prueba de la ausencia de un fármaco alternativo.

Finalmente, el tribunal destacó la posibilidad de la accionada de celebrar acuerdos interjurisdiccionales para suministrar el medicamento, conforme lo regula el art. 7 de la Ley 26.689⁹.

⁸ I + D hace referencia a los costos de investigación y desarrollo del medicamento.

⁹ Art. 7 Ley n° 26.689: El Ministerio de Salud de la Nación debe promover acuerdos con las autoridades jurisdiccionales,

En definitiva, esta novedosa decisión judicial que legitima la procedencia del fármaco solicitado, pone de relieve la importancia que posee el derecho a la salud por sobre consideraciones de tipo patrimoniales y de rigurosidad en cuanto a los procedimientos administrativos de autorización estatal (Barone, 2021, p. 196). Es que, tal como lo sostuvo el Tribunal Superior, si bien no debe prescindirse de un análisis económico del caso y sus proyecciones jurídicas, sociales y económicas, tampoco la tutela judicial, cuando se trata del derecho a la salud, podría medirse por razones exclusivamente presupuestarias.¹⁰

V. La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.

1. El Registro de Especialidades Medicinales.

Las actividades de importación y comercialización de especialidades medicinales se encuentran contempladas en la Ley n.º 16.463 y en los Decretos n.º 9763/64 y 150/92 (t.o. 1993) y sus normas complementarias, que establecen que tales actividades podrán realizarse previa autorización, y bajo contralor, de la autoridad sanitaria.

Por su parte, el art. 1 del Decreto n.º 9763/64, reglamentario de la Ley n.º 16.463, establece que el ejercicio del poder de policía sanitaria referido a las actividades indicadas en el art. 1 de la mentada ley se hará efectivo por el Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, actual Ministerio de Salud.

Además, el decreto n.º 1490/92 crea la ANMAT, organismo autárquico y descentralizado de la Administración Pública Nacional, con jurisdicción en todo el territorio nacional, con funciones de contralor y fiscalización sobre la sanidad y calidad de las drogas, medicamentos, y todo producto de aplicación en medicina humana, como así también la facultad para otorgar registros sanitarios.

El decreto n.º 150/92 (t.o. 1993), reglamentario de la Ley n.º 16.463, se refiere al registro, elaboración, fraccionamiento, expendio, comercialización, exportación e importación de medicamentos y especialidades medicinales. Establece que la comercialización de especialidades medicinales o farmacéuticas en el mercado local está sujeta a la autorización previa de la autoridad sanitaria nacional y que las especialidades medicinales o farmacéuticas autorizadas para su expendio en el mercado nacional serán las inscriptas en un registro especial. El art. 3 reglamenta lo relativo al procedimiento de solicitud de inscripción en el REM. Por su parte, la disposición de ANMAT n.º 7075/11 establece los requisitos y exigencias para el registro de especialidades medicinales de origen biológico.

Una vez especificado el marco normativo aplicable, cabe destacar que en el caso que se analiza, en sede administrativa, la accionada rechazó la cobertura integral del medicamento bajo el argumento de que no se encontraba en estado de ser comercializada y se amparó para ello en el art. 14 inc. b. de la Ley n.º 9.277 que establece que APROSS no otorgará cobertura asistencial ni reconocerá reintegro de gastos cuando se trate de prestaciones y medicamentos en etapa experimental, no avalados por instituciones científicas reconocidas a nivel nacional, y no incluidos en su menú prestacional.

para proveer atención integral de la salud a las personas con EPF, que no estén comprendidas en el artículo 6º de la presente ley, conforme lo establezca la reglamentación.

¹⁰ "Monteverde, Sabrina Sofía c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS)- Amparo (Ley 4915)". Expediente 99255639.

Sin embargo, para que opere tal previsión, deben de reunirse tres condiciones simultáneas: a) que sea un medicamento en etapa experimental; b) que no esté aprobado por instituciones científicas a nivel nacional y c) que no esté incluido en la cartilla de prestaciones de la obra social. Lo cual no ocurrió en autos.

El quid de la cuestión radica en la comercialización del medicamento para tratar la acondroplasia. Se acreditó en la causa que la firma Biomarin, representado en la Argentina por Gobbi Novag S.A., pidió la inscripción en el REM del producto voxzogo/vosoritide y que tal solicitud fue autorizada por medio de la Disposición n.º 5624 de fecha 25/06/2024, una vez probado un aceptable balance riesgo- beneficio de la especialidad médica, lo cual, a criterio del Máximo Tribunal, conjuró la aseveración de la accionada respecto de que la droga no había sido aprobada por la autoridad científica correspondiente.

2. El Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos

Cuando se presentan circunstancias excepcionales -como la inexistencia de tratamientos específicos, la intolerancia a las terapias disponibles, la incompatibilidad farmacológica o el riesgo fundamentado de efectos adversos con los medicamentos existentes- surge la necesidad de una respuesta idónea y eficaz, y de adecuar la normativa vigente para que contemple estas situaciones concretas.

Es por ello que el Decreto n.º 150/92 (t.o. 1993), ya explicado precedentemente, que determina la prohibición en todo el territorio nacional de la comercialización de especialidades medicinales o farmacéuticas no registradas, establece excepciones a tal regla. Entre ellas se destaca el Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos, un procedimiento específico implementado por la ANMAT que permite importar drogas bajo un régimen de uso compasivo, destinado a situaciones excepcionales en las que no existe en el país una alternativa terapéutica adecuada para el tratamiento de pacientes particulares. Fue aprobado por la Disposición n.º 10401 / 2016 de la ANMAT.

La Disposición de ANMAT N.º 10874/ 17, por su parte, se aplica en casos de pacientes que requieran imprescindiblemente de un medicamento que no esté registrado en el país pero que sí lo esté en países incluidos en el Anexo I del Decreto n.º 150/92 o en países con los que se haya establecido convergencia regulatoria, o en un paciente con condiciones clínicas que contraindiquen la utilización de los medicamentos en sus formas farmacéuticas o concentraciones disponibles en el país y requiera de uno que si lo esté en alguno de los países mencionados. También en las solicitudes destinadas a pacientes con serio riesgo de vida o de secuelas graves en los que el tratamiento necesario se halle aún en investigación clínica avanzada en uno de los países indicados, o en el Anexo I de la ley, y del que se disponga de información suficiente y de moderada a alta calidad que sugiera que el balance beneficio- riesgo es aceptable para los pacientes.

El pedido de importación de un medicamento a través del nuevo registro deberá realizarse junto con la presentación de una declaración jurada confeccionada por el médico tratante, que posea los antecedentes profesionales suficientes para garantizar la pertinencia de la indicación y el seguimiento de los tratamientos, fundamentado con evidencia científica, más el consentimiento informado firmado por el paciente o sus representantes legales.

Puede decirse en conclusión que el núcleo duro del uso compasivo yace en la relación médico-paciente: el primero, que tiene un rol determinante, a través de su informe re-

quiriéndolo como indispensable y; el segundo, que es quien decide someterse al tratamiento y presta su consentimiento (Medina 2016:8).

En el caso que se analiza, los progenitores de la afiliada iniciaron el trámite administrativo previsto por el RAEM de manera previa a la interposición de la demanda y obtuvieron la autorización de ANMAT para la importación de dieciocho cajas de medicamento a nombre de la menor el día 10/05/2.024.

Tal autorización revistió importancia para el tribunal a la hora de analizar el caso, pues fue una prueba de la verosimilitud del derecho. Ello porque la propia ANMAT al aprobar la importación del vorositide, entendió que era la mejor alternativa para cubrir las necesidades clínicas de la menor, a partir del examen de la médica de la afiliada y el sustento científico.

Cabe destacar que son los médicos los que están en mejores condiciones de elegir el tratamiento más adecuado. Esto, por su conocimiento directo de la patología de sus pacientes. Por otro lado, el informe que confeccionó la firma Biomarin refuerza esta conclusión, ya que responde directamente a la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Excelencia Clínica (CONETEC). En dicho documento, se destaca que el vosoritide es el único tratamiento farmacológico disponible para la acondroplasia que actúa contrarrestando el efecto de la mutación del gen FGFR3 subyacente que causa la enfermedad.

El Tribunal Superior razonó en el caso bajo análisis que el catálogo de prestaciones vigentes no constituye el criterio determinante para evaluar la verosimilitud del derecho invocado por el afiliado. Esta interpretación se fundamenta en que, de adoptarse el criterio contrario, resultaría suficiente que un servicio o medicamento no se encuentre comprendido en el listado de la obra social para denegar cualquier pretensión sanitaria. Tal interpretación subordinaría los derechos fundamentales a la salud y a la vida —que gozan de amplia protección constitucional y convencional— a las limitaciones contingentes de los listados prestacionales.

VI. Conclusiones

Entiendo que los jueces deben dejarse guiar por la directiva axiológica y hermenéutica pro homine, que informa al campo de los derechos humanos y que deben ser los principios constitucionales de desarrollo progresivo y no regresividad de los derechos los que rijan la tarea interpretativa de los magistrados al resolver controversias.

Los jueces no resuelven tesis de derechos encerrados en principios abstractos, sino que deciden casos concretos, segmentos del cotidiano drama de la vida, caracterizados por infinitas diferencias.

No escapa la realidad que una resolución en el caso concreto puede modificar el destino de los recursos públicos sin una correlativa planificación gubernamental, por lo cual, el magistrado debe resolver con cautela y con la debida fundamentación lógica y legal, con sustento en las particularidades del caso en cuestión, tomando en consideración las situaciones de vulnerabilidad de quienes procuran la tutela jurisdiccional, muchas veces en situación de desespero frente a los apremiantes motivos de salud que los impulsan a procurar el auxilio de los tribunales, en la incesante búsqueda de una respuesta justa, expedita y tuitiva.

La resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la causa de análisis resulta interesante en cuanto a la novedad del objeto de la controversia, que es la provisión de un medicamento de reciente invención y autorización por la autoridad sanitaria. Consideración aparte merece el análisis brindado por la judicatura respecto de las pautas orientativas e interpretativas que deben regir la tarea jurisdiccional. Opino que el juez debe, a través de un rol activo y motivado por el sentido de justicia, ponderar los factores que surgen en cada caso concreto a la luz de la perspectiva de la vulnerabilidad, para poder prestar un servicio de justicia de calidad y con base en la equidad.

Estimo relevante apostar a una visión de la salud como un bien social y no como una mercancía. Existe una discusión centrada en la optimización de los recursos presupuestarios que desplaza el interés en las reales necesidades de la población. Esto conlleva el riesgo de la aparición de un nuevo paradigma que postergue al paciente y erija una atención centrada en los costos.

Tal como lo expresó el Dr. Ricardo Lorenzetti (Fallo 330-3725) “corresponde afirmar claramente que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger”.

En ese sentido, estimo que todos quienes integran el Estado tienen el deber indelegable de garantizar una protección especial y diferenciada, conforme a las particularidades de cada situación concreta y considerando los diversos contextos de vulnerabilidad que pudieran presentarse. Todo ello, con el objeto de asegurar la máxima operatividad y eficacia de la tutela de los derechos humanos, evitando así que se conviertan en declaraciones carentes de efectividad o en meros *derechos de papel*.

Referencias bibliográficas

- Barone, L. D. (2021). *Amparo de salud: Un análisis desde la jurisprudencia*. Advocatus.
- Federación Argentina de Enfermedades Poco Frecuentes. (2018). *Las enfermedades poco frecuentes en Argentina* [Informe]. https://fadepof.org.ar/_recursos/noticias/archivos/202304170137554776.pdf
- Gelli, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y concordada*. La Ley.
- Medina, G. (2016). *Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados expresamente por ley*. La Ley.
- Organización Mundial de la Salud. (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. https://apps.who.int/gb/edg/pdf_files/Ref-docs/constitucion-sp.pdf
- Pedernera Allende, M. (2024). La vulnerabilidad como categoría de control de constitucionalidad: La reforma constitucional de 1994 como condición necesaria. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, 11, 24. <https://www.elderecho.com.ar/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=433&idedicion=22079>
- Sosa, G. L. (2020). El poder de la vulnerabilidad: Implicancias en la interpretación y aplicación del derecho. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, 8, 125. <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/issue/view/287>

- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. ACNUR.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Control jurisdiccional de actos administrativos que deniegan prestaciones de salud: entre la razonabilidad y la proporcionalidad

Judicial review of administrative acts denying health benefits: between reasonableness and proportionality

María Alejandra Asencio¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)21](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)21)

Comentario a

B., M.L C/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) - Amparo (Ley 4915)
Sentencia N° 139 de fecha 04/03/2024

**Cámara Contencioso- Administrativa de Segunda Nominación
de la Ciudad de Córdoba**

RESUMEN:

El presente artículo analiza la decisión adoptada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, en el marco de una acción de amparo por salud, interpuesta por una afiliada contra la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS), con el objeto de obtener la cobertura integral de una prótesis con características específicas no contemplada en el nomenclador prestacional de la obra social. El pronunciamiento judicial brinda una oportunidad para reflexionar sobre los estándares de tutela del derecho a la salud de las mujeres con discapacidad, con especial atención a la perspectiva de vulnerabilidad. Asimismo, permite indagar la ponderación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como herramientas para el control de los actos administrativos que niegan o restringen prestaciones sanitarias.

¹ Abogada (UNC); Egresada sobresaliente. Escribana (U.Siglo 21). Diplomada Derecho Procesal Civil y Administrativo (UBP). Maestranda Derecho Procesal Civil (U. Siglo 21); Se desempeña en la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de Provincia de Córdoba.
Mail: aleasencio@gmail.com. Nro. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9147-2609>.

ABSTRACT

This article analyzes the decision rendered by the Second Chamber of the Administrative Litigation Court of the City of Córdoba, in the context of a health-related amparo action filed by a beneficiary against the Provincial Health Insurance Administration (APROSS), seeking full coverage for a prosthesis with specific features not included in the health insurer's benefit schedule. The judicial ruling provides an opportunity to reflect on the standards for safeguarding the right to health of women with disabilities, with particular attention to the vulnerability perspective. It also allows for an examination of how the principles of reasonableness and proportionality are weighed as tools for reviewing administrative acts that deny or restrict access to health benefits.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la Salud. Discapacidad. Prestaciones médicas. Perspectiva de vulnerabilidad. Discrecionalidad Técnica.

KEYWORDS: Right to Health. Disability. Medical Benefits. Vulnerability Perspective. Technical Discretion.

I. Introducción

La actora -mujer de 33 años, laboralmente activa, a cargo de una hija de 4 años-, con una gravísima afección denominada osteosarcoma, sufrió una amputación transfemoral de su pierna derecha para salvar su vida. Como consecuencia de ello, interpuso acción de amparo en contra de APROSS, con el objeto de obtener la cobertura integral de un equipamiento protésico específico, conforme a la prescripción de su médico tratante para su caso particular.

La demandada se opuso al progreso de la acción en el entendimiento de que la prótesis requerida no se encontraba en el nomenclador prestacional de la obra social. En su defensa, ofreció una alternativa protésica que —según sostuvo— cumplía con las especificaciones técnicas indicadas por el profesional tratante.

La causa fue resuelta por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, la cual, tras valorar los antecedentes médicos y jurídicos del caso, hizo lugar a la acción interpuesta.

En el presente artículo nos proponemos analizar la labor desarrollada por el Tribunal en la ponderación de las disposiciones reglamentarias y el margen de discrecionalidad técnica invocados por la demandada para justificar la negativa de cobertura del equipamiento prescripto, y su compatibilidad con el principio de la tutela judicial efectiva del derecho a la salud de una persona en situación de vulnerabilidad.

La controversia sometida a consideración de la Cámara exige dilucidar si la denegatoria de cobertura constituye un acto arbitrario o manifiestamente ilegal, incompatible con el plexo constitucional que tutela el derecho a la salud. Asimismo, corresponde examinar si la obra social demandada se resultaba jurídicamente obligada a otorgar la prestación solicitada, conforme a las disposiciones de la normativa nacional e internacional vigente, y si, en caso de haber actuado con fundamento en reglamentaciones propias, si éstas superan el test de razonabilidad constitucional.

II. El derecho a la salud. Régimen jurídico

1. Protección constitucional y convencional

Es indiscutible que en el presente caso se encuentra comprometido el derecho a la salud de la amparista y, en consecuencia, el derecho a la vida, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339). Dicho derecho, además, se encuentra consagrado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, CN), entre ellos: el artículo 12, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 4.1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conf. Fallos: 323:1339 y A. 891. XXXVIII, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo – medida cautelar", del 18/12/2003).

En el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), adoptada en 1946 y en vigor desde 1948, redefine el concepto de salud y establece principios rectores para las políticas sanitarias de los Estados. Es así que consagra que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

En el marco del plexo convencional específico que reconoce una protección reforzada para las personas con discapacidad y constituye una guía hermenéutica relevante para la interpretación del alcance de los derechos involucrados, destacamos el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador-, adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en El Salvador, el 17/11/1988, aprobado por Argentina por la Ley N° 24.658 (B.O. 17/07/1996), en su artículo 10 sobre Derecho a la salud consagra que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, y en el artículo 18 el derecho de las personas con disminuciones físicas o mentales a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobada por la Ley N° 26.378 (B.O. 09/06/2008), incorporada con jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la C.N. por Ley N° 27.044 (B.O. 22/12/2014 – CSJN Fallos 338:556), define que su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (artículo 1).

El artículo 20 ib. bajo el título "movilidad personal", dispone que los Estados deben "... adoptar medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible".

Entre ellas, deben "...facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible" (inc. a) y facilitar el acceso "...a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible" (inc. h).

Como se indica en el voto que comentamos "El propio texto convencional, tutela de modo especial la situación de las mujeres con discapacidad, y en el artículo 6, impone que los Estados Partes ´...adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales´ y ´...tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales...".

De lo expuesto es posible advertir un enfoque interseccional de género que la Convención incorpora y exige una especial protección de las mujeres con discapacidad, a fin de garantizar sus derechos.

En nuestro país, la Constitución Nacional reconoce el carácter de integral e irrenunciable de los beneficios de la seguridad social. A su vez, a partir de la reforma de 1994, se reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad al advertir que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, en especial respecto de la niñez, la mujer, las personas con discapacidad y otros grupos vulnerables, artículo 75 inc. 23 (CSJN, Fallos: 335:452).

A nivel provincial, la Constitución de Córdoba en el artículo 59 establece que la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social, imponiendo al Estado el deber de garantizar su efectividad mediante acciones y prestaciones adecuadas. También dispone que el sistema de salud debe organizarse sobre la base de la universalidad de la cobertura, a través de acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación. En concordancia, el artículo 19, inciso 1º, reconoce a todas las personas el derecho a la vida desde la concepción, así como el derecho a la salud, a la integridad psicofísica y moral, y a la seguridad personal, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

2. Legislación Nacional

Antes de la sanción de las leyes aprobatorias de estos tratados, internacionales, la Ley N° 22.431 (B.O. 20/03/1981) estableció el Sistema de Protección Integral de Discapitados, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca (artículo 1).

La Ley N° 24.901 (B.O. 05/12/1997) Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, a la que la Provincia de Córdoba adhirió mediante el Decreto Pcial. N.º 1297/1999 y la Ley N.º 8811, garantiza la cobertura integral de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad, reconociendo a tal fin prestaciones básicas clasificadas en prestaciones preventivas (artículo 14), de rehabilitación (artículo 15), terapéuticas educativas (artículo 16),

educativas (artículo 17) y asistenciales (artículo 18), además de los servicios específicos que enuncia la ley a partir del artículo 19 y siguientes. En el marco de la Cláusula Quinta del Convenio de Adhesión, el Estado Provincial se obligó a adoptar el Nomenclador de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad, aprobado por el Directorio del Sistema Único de Prestaciones Básicas, y procurar la atención de tales prestaciones a través de efectores públicos y privados debidamente registrados.

La actora cuenta con Certificado de Discapacidad otorgado en el marco de la Ley Nacional N° 22.431 (artículo 3), la Ley N° 24.901 y el Decreto Reglamentario N° 762/1997, por padecer de “anormalidades de la marcha y movilidad – amputación de miembro(s) como consecuencia de un tumor maligno de los huesos largos del miembro inferior”.

3. Régimen Especial para Enfermedad Poco Frecuente (EPoF).

La patología que afecta a la actora -osteosarcoma- constituye una Enfermedad Poco Frecuentes (EPoF). En virtud de ello, resulta aplicable la Ley N° 26.689, reglamentada por el Decreto N.º 794/2015 (B.O. 18/05/2015), cuyo objeto es promover el cuidado integral de la salud de las personas con este tipo de patologías y mejorar la calidad de vida de ellas y sus familias (artículo 1), incluyendo las acciones destinadas a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación, en el marco del efectivo acceso al derecho a la salud para todas las personas (artículo 3).

A los efectos de esta ley se consideran EPoF a aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil (1 en 2000) personas, referida a la situación epidemiológica nacional. La ley mencionada, fija también los objetivos que debe impulsar la Autoridad de Aplicación, en el marco de la asistencia integral establecida para las personas que presentan que las padecen.

En este marco, la nomenclatura internacional Orphanet proporciona un sistema de identificación y seguimiento para la visibilización de las EPoF en los sistemas de información sanitaria y para su adecuado abordaje en el ámbito de la investigación. Cada enfermedad incorporada en Orphanet cuenta con un código único y permanente denominado ORPHACODE. La Resolución Ministerial N° 307/2023 aprobó el Listado de Enfermedades Poco Frecuentes (Anexo I IF-2022-124510220-APN-DMEYAP#MS), incluyendo al osteosarcoma bajo el código ORPHA:668 (Ministerio de Salud de la Nación, 2023).

La Provincia de Córdoba, adhirió a esta normativa mediante la Ley N° 10.388 (B.O. 03/11/2016) y creó en el ámbito del Ministerio de Salud, o el organismo que en el futuro lo sustituyere, un Registro Provincial de Enfermedades Poco Frecuentes, garantizando siempre el derecho a la intimidad personal y familiar y la protección de sus datos personales. Los profesionales, efectores públicos y privados de salud tienen la obligación de denunciar todo diagnóstico confirmado. El artículo 3 dispone que la APROSS debe adecuar sus prestaciones a la Ley N.º 26.689 cuando corresponda, y el artículo 5 encomienda al Ministerio de Finanzas realizar las adecuaciones presupuestarias necesarias.

De acuerdo con la caracterización doctrinaria y normativa vigente, las Enfermedades Poco Frecuentes (EPF) presentan dos rasgos distintivos que justifican su tratamiento diferenciado en materia de política sanitaria. Por un lado, su baja prevalencia en la población, entendida como una afectación igual o inferior a una en dos mil personas, conforme a lo establecido por la Ley 26.689 y sus reglamentaciones. Por otro lado, se advierte la limita-

da disponibilidad de conocimientos científicos desarrollados sobre estas enfermedades, lo cual dificulta su diagnóstico, tratamiento y abordaje terapéutico. Esta combinación de escasa frecuencia y alta incertidumbre clínica genera una situación de especial vulnerabilidad para las personas que las padecen, y exige respuestas estatales basadas en los principios de equidad, razonabilidad y buena administración del derecho a la salud (Massimino, 2025).

4. Alcances de la cobertura prestacional de APROSS

La Administración Provincial del Seguro de Salud, creada en 2005 por Ley Provincial N° 9277, brinda cobertura de salud a las y los agentes en actividad y pasividad de los tres Poderes del Estado Provincial y de los municipios y comunas adheridos. Es una entidad autárquica con individualidad financiera. Su función es la de organizar y administrar un sistema de seguro de atención médica para los habitantes de la provincia de Córdoba, con el fin de organizar la salud de la población mediante coberturas de atención médica con el aporte solidario de todos sus afiliados.

De acuerdo con su ley de creación, la APROSS debe seguir los lineamientos sanitarios del Poder Ejecutivo Provincial, asegurando equidad y accesibilidad en la atención. En ese marco, su Directorio ha definido cinco líneas de cuidado priorizadas, entre ellas: el cuidado de la salud de las mujeres y de niños y niñas; la prevención de infecciones de transmisión sexual; el fortalecimiento del primer nivel de atención; la atención de enfermedades crónicas no transmisibles; y el cuidado socio-sanitario de personas mayores. Tales prioridades refuerzan la obligación institucional de brindar respuestas adecuadas a quienes se encuentran en condiciones de especial tutela, como es el caso de la amparista².

Garay y Jaimarena Brion (2014) sostienen que las obras sociales provinciales son "...entes autárquicos, que se sustentan en la filosofía de la seguridad social, los que tienen la finalidad de brindar servicios de salud y sociales a sus afiliados / beneficiarios forzosos, los que son financiados mediante el aporte y la contribución obligatorios, de los trabajadores / empleados públicos y del Estado provincial empleador". En consecuencia, si bien comparten la naturaleza y objeto, las Obras Sociales Provinciales no son parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud, no están sujetas al poder de contralor de la Superintendencia del Seguro de Salud; sólo deben rendir cuentas de sus acciones a las instancias de contralor del respectivo Estado provincial.

Por ello, y conforme lo establece el artículo 13 de la Ley N° 9277, las prestaciones, servicios e insumos a cargo de APROSS serán brindados en la medida de sus posibilidades técnico-financieras y conforme a las reglamentaciones dictadas por el Poder Ejecutivo Provincial y el Directorio del organismo.

Por su parte, el inciso k del artículo 14 ib. dispone, como principio general, que no se cubrirán prestaciones o servicios brindados por profesionales o instituciones no contratadas por APROSS. No obstante, el artículo 15 ib. establece que el Directorio podrá reglamentar los supuestos excepcionales en los que se admita el reconocimiento parcial o total de dichos gastos, siempre que se trate de prácticas reconocidas por las autoridades sanitarias competentes y tendrán efectos limitados al caso particular en que se dicten, sin que generen precedentes obligatorios para terceros.

2 Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) página web: <https://www.apross.gov.ar/institucional/>, entrada del 09/06/2025.

III. Fundamentación del criterio médico legal de indispensabilidad de la prestación solicitada. Valoración en el caso concreto

En las acciones de amparo, especialmente en salud, no se discute sólo la procedencia de la cobertura pretendida, sino que se encuentran indisolublemente mezcladas con la pretensión distintas cuestiones como el derecho al acceso a la salud, su naturaleza jurídica, argumentaciones relativas a la equidad, el principio de no regresión, el deber de cuidar la salud, las políticas públicas de salud, la sustentabilidad del sistema en general, entre otras facetas (Carignani & Carnota, 2018).

Sin perjuicio de ello, resulta insoslayable destacar que la prueba y fundamentación del criterio médico-legal de indispensabilidad de la prestación solicitada constituye un eje central para la valoración judicial.

Gozaíni señala que la prueba constituye una de las actividades esenciales en todo proceso, inclusive en el amparo. La simplicidad estructural de este proceso no implica la eliminación del ofrecimiento de prueba ni la posibilidad de producirla cuando resulte pertinente. Antes bien, la particularidad del amparo exige una concentración de actos y diligencias, sobre todo en aquellos casos en que la ilegitimidad o arbitrariedad de la conducta estatal no surgen con claridad del expediente. De allí que resulte admisible incorporar medios probatorios para despejar la controversia y dotar de mayor sustento a la decisión judicial (Gozaíni, 2002, p. 433).

En términos generales corresponde a la parte actora acreditar entre los extremos fundamentales: (i) el dato fáctico de la enfermedad que afecta de manera decisiva su autonomía personal, lo cual se acredita mediante prueba documental, informativa y pericial médica; (ii) la idoneidad y pertinencia de la prestación prescrita por los profesionales tratantes, también respaldada por documental, informes médicos y dictámenes periciales; y (iii) el costo de la prestación en relación con los ingresos de la amparista, lo que se prueba mediante prueba documental e informativa.

Ahora bien, si la demandada no comparte el criterio médico sostenido por los profesionales tratantes de la amparista, le corresponde probar, mediante dictamen técnico fundado de especialistas en la materia, con la oportuna intervención de sus áreas administrativas pertinentes, que la prestación requerida carece de eficacia terapéutica, no resulta necesaria en función de la patología invocada o que existen alternativas suficientes ya contempladas en el menú prestacional. No es suficiente, a tal efecto, con formular una negativa genérica o amparada exclusivamente en criterios administrativos o contractuales: se exige una refutación médica específica que dialogue con el contenido de las prescripciones acompañadas y con el estado clínico documentado de la paciente.

Distinto es el supuesto en que la parte demandada justifica la negativa a brindar la prestación invocando razones de sostenibilidad financiera o equidad distributiva. En tales casos, recae sobre ella la carga de demostrar que el reconocimiento de la prestación solicitada ocasionaría un perjuicio estructural al sistema de salud o al universo de afiliados, de tal magnitud que supere el daño individual que sufriría la persona amparista ante la denegatoria. En ausencia de esa acreditación concreta y documentada, la decisión administrativa deviene irrazonable y, por tanto, ilegítima frente al caso particular sometido a revisión judicial.

Una de las dimensiones esenciales del derecho a la prueba radica precisamente en que las pruebas aportadas en el proceso no sólo deben ser admitidas, sino también valoradas adecuadamente por el órgano judicial. Esta valoración debe efectuarse con motivación suficiente y conforme a criterios objetivos y razonables. De allí se desprenden dos exigencias: por un lado, no omitir el análisis de las pruebas relevantes aportadas por las partes; y por otro, motivar debidamente esa valoración con fundamentos adecuados a los fines de resolver la controversia (Carranza Torres, 2020).

En el caso bajo estudio, y tal como lo ha señalado la Sra. Vocal del primer voto, no se encuentra controvertido ni el diagnóstico que padece la amparista ni la necesidad de contar con un equipamiento protésico adecuado para una amputación transfemoral.

La controversia radica, en cambio, en las características técnicas del dispositivo prescrito por los profesionales tratantes, cuya idoneidad resulta determinante para resguardar de manera eficaz el derecho a la salud, reconocido y protegido tanto por la Constitución Nacional como por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

La cuestión debatida sin dudas es compleja, pues se encuentra involucrado el derecho a la salud de la actora y la correlativa obligación de la obra social demandada de otorgar esa prótesis en particular.

La parte actora acompañó como prueba documental, las prescripciones e informes efectuadas por los médicos tratantes —jefe de Ortopedia y Traumatología y Médico Cirujano especialista en Traumatología y Ortopedia, ambos prestadores de APROSS, dato no menor—, quienes explicaron la patología de base, detallaron el estado clínico de la actora y fundamentaron la necesidad concreta de provisión del equipamiento indicado.

La prestación requerida concretamente consistía en un sistema protésico de alta complejidad para amputación transfemoral, que incluye una rodilla biónica con control mediante microprocesador, diseñada para brindar mayor estabilidad, seguridad en la marcha y autonomía funcional, conforme a las características personales y clínicas de la paciente. Por su parte, la demandada acompañó un informe elaborado por su prestadora de insumos y prótesis “Angiocor”, en el cual se señala que la prótesis prescrita no se encuentra contemplada dentro del convenio vigente, motivo por el cual se propone un equipamiento alternativo. A su vez, el Área de Prótesis e Insumos de la demandada sostuvo que la actora no estaría en condiciones de utilizar el dispositivo solicitado, por lo que recomendó iniciar con una prótesis de transición que facilitara su adaptación progresiva.

Frente a dicha postura, los profesionales tratantes de la actora refutaron de manera categórica tal criterio, afirmando que el equipamiento alternativo ofrecido por APROSS restringiría de forma considerable la movilidad de la amparista y comprometería su desenvolvimiento autónomo en la vida diaria. Resaltaron, en particular, que la rodilla biónica indicada presenta menor riesgo de caídas en comparación con la rodilla mecánica ofrecida, posee autorregulación en tiempo real, y reduce significativamente la carga física y cognitiva durante la marcha. Asimismo, desaconsejaron el uso del sistema de recomendando.

Ante estas divergencias técnicas planteadas, como medida para mejor proveer, el Tribunal ordenó dar intervención a la Oficina de Auditorías y Pericias Médicas del Poder

Judicial, a fin de que se realizara una valoración médica integral de la amparista. En particular, se encomendó a dicho cuerpo técnico que informe si la provisión del equipamiento protésico con las características especiales requeridas por los profesionales tratantes resulta procedente conforme a la situación clínica actual de la paciente y al estadio evolutivo de su discapacidad. Asimismo, se solicitó que se evaluara comparativamente la funcionalidad de la prótesis ofrecida por APROSS y la requerida por la actora, con el objeto de determinar cuál resulta más adecuada para cumplir la finalidad específica del equipamiento, en función del estado físico y funcional de la paciente.

Tal como lo destaca la doctrina especializada, estas medidas probatorias que ordena el Tribunal tienen un carácter complementario respecto de la prueba ya producida, y su objeto consiste en despejar dudas o esclarecer aspectos técnicos relevantes para una decisión ajustada a derecho y justicia. No sustituyen la carga probatoria de las partes, pero permiten al juez superar estados de incertidumbre en torno a los hechos esenciales del caso (Díaz Villasuso, 2016, pp. 264-265).

El informe del Comité resultó dirimente en tanto concluyó que la prótesis solicitada, al contar con microprocesador, brinda mayor seguridad y reduce el esfuerzo físico y cognitivo, lo cual resulta esencial dada la condición de la amparista. En contraste, la ofrecida por APROSS carece de dicho sistema, implicando menor protección frente a caídas.

Cobra sentido que “En un proceso constitucional el magistrado no puede estar atado de pies y manos, sino que debe tener amplias facultades para dirigir el proceso de oficio. La carga probatoria se vuelve dinámica e incluso se acepta iniciativa probatoria del juez. El magistrado puede tomar medidas inaudita parte y sancionar la falta de colaboración de las partes. El contradictorio no se elimina, pero puede ser diferido” (Peláez Moll, 2021, p. 246).

El Tribunal ha valorado de forma acertada las constancias obrantes en la causa, toda vez que lo prescripto por los profesionales de la salud —especialistas de reconocida trayectoria— se sustenta en una indicación médica concreta, técnicamente fundada y adaptada al estado clínico y situación personal de la amparista, joven, laboralmente activa y a cargo del cuidado de su hija menor.

La negativa de la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) a reconocer el equipamiento protésico indicado, bajo el argumento de que el ofrecido posee características técnicas similares, resultó desvirtuada por los fundamentos del médico tratante y por el dictamen elaborado por el Comité de Prácticas Médicas, Sanitarias y Bioéticas del Poder Judicial (CO.PRAME.SAB).

IV. Discrecionalidad Técnica de APROSS en la aplicación de excepciones al Régimen Prestacional (artículo 15 de la Ley N° 9277)

Como adelantáramos, el inciso k del artículo 14 de la Ley N° 9272 dispone que, en principio, no se cubrirán prestaciones brindadas por profesionales o instituciones no contratadas por APROSS. No obstante, el artículo 15 ib. autoriza al Directorio a reconocer excepciones en casos particulares, siempre que las prácticas estén avaladas por autoridades sanitarias competentes. Estas decisiones tienen efectos limitados al caso concreto y no generan precedentes obligatorios.

Al respecto, ha dicho la jurisprudencia del Máximo Tribunal Provincial y la Cámara Con-

tencioso Administrativa de Segunda Nominación, que el juicio técnico de indispensabilidad efectuado por la APROSS para autorizar o denegar el reconocimiento de prestaciones médicas por vía de excepción, encierra un típico concepto jurídico indeterminado, cuya determinación debe efectuarse conforme a un juicio médico de carácter técnico y de universal consenso, a partir de premisas tolerables³.

La Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia ha expresado que la discrecionalidad técnica implica una valoración técnico-administrativa opuesta a la discrecionalidad pura, que se expresa mediante un procedimiento volitivo. La discrecionalidad técnica implica la valoración de hechos previstos por la norma como presupuestos del obrar estatal sujetos a conocimientos técnicos. Una vez efectuada la valoración, el cauce procedimental se desarrolla en forma vinculada (Tribunal Superior de Justicia, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia N° 127 de 29/12/2009, "Citto, Mario Alfredo c/ Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción - Recurso Directo").

La doctrina especializada ha abordado detalladamente esta temática, y enseña que la remisión normativa a valoraciones técnicas no supone automáticamente la atribución al órgano administrativo de una potestad inmune al control judicial. En efecto, las reglas técnicas (conocimiento especializado) de universal consenso, o al menos tolerables (cuando trasuntan una verdad relativa), las reglas de la experiencia (conocimientos prácticos comunes) como los estándares de conductas, integran el orden jurídico administrativo por remisión expresa o implícita de éste (Sesin, 2007).

Aun cuando el reenvío no surja tácitamente del ordenamiento, las pautas o reglas referidas pueden tener igualmente relevancia jurídica por el conocimiento acabado de los hechos y la apreciación de la prueba con arreglo a la sana crítica racional.

A partir del análisis realizado por Sesin (2007), y siguiendo su razonamiento, se concluye que por más que el orden jurídico se remita a cuestiones técnicas complejas, de difícil comprensión o de imposible reproducción probatoria (por su característica intrínseca), de certeza técnica o científica relativa, la decisión administrativa debe ser controlada por el Juez. Al menos, debe verificar si la decisión administrativa adopta una solución técnicamente aceptable, "tolerable", cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación.

Desde esta perspectiva, corresponde enfatizar que no se trata de un mero control de legalidad formal externa, el Juez debe examinar detenidamente la verificación material de los hechos y aún la apreciación de éstos mediante la aplicación de pautas técnicas razonables, además de la calificación jurídica respectiva.

En definitiva, acreditado que la amparista reúne los criterios médicos objetivos para acceder a la prestación requerida, la negativa fundada en protocolos generales o criterios administrativos se revela infundada frente a la singularidad del caso concreto, máxime cuando la propia normativa de la APROSS habilita su otorgamiento en supuestos excepcionales.

3 Sentencia N° 6 de fecha 12/03/2020 "STUTZ" y Sentencia N° 51 de fecha 25/11/20202 "ZAPATA", entre otras.

V. Control judicial de los motivos determinantes de la denegatoria

Un principio cardinal en el abordaje judicial del derecho a la salud consiste en considerar, de manera prioritaria, las circunstancias particulares del caso concreto.

En efecto, se hace operativa la doctrina legal del Tribunal Superior de Justicia, en pleno, según la cual, el examen de un caso donde esté de por medio la salud, y con ella, el derecho a la vida de las personas, debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo, en aras de dotar de equidad a la solución que se procure (Tribunal Superior de Justicia, Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 381 de 15/08/2014, "Rubiolo").

Es que "... el juez debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión y ello sólo se logra ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia..." (CSJN Fallos 302:1611).

En el caso bajo análisis, se impone examinar si la decisión adoptada por la APROSS - consistente en rechazar la cobertura de la prótesis prescrita por los médicos tratantes, alegando su exclusión del menú prestacional y la existencia de alternativas con cobertura vigente— se ajusta a los estándares de razonabilidad, proporcionalidad exigidos por el bloque de constitucionalidad y la doctrina consolidada en materia de derecho a la salud. Cabe recordar que la razonabilidad es el tamiz mediante el cual se valorarán las decisiones de la APROSS en función de la efectividad para el derecho a la salud en riesgo. Ello por cuanto, sin lugar a duda, se erige además como un patrón de valoración decisivo de la constitucionalidad de todo acto de reglamentación o restricción de derechos dictados en nuestro Estado de Derecho por imperio del artículo 28 de la Constitución Nacional (Tribunal Superior de Justicia, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 161 del 26/07/2016, "S.M.D.").

Cianciardo (2003) distingue tres subprincipios del control de razonabilidad: i.- Adecuación: exige que el medio elegido por el legislador sea apto para alcanzar el fin propuesto; ii.- Necesidad: impone seleccionar, entre los medios adecuados, aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales; iii.- Proporcionalidad en sentido estricto: requiere que exista un equilibrio entre las ventajas que genera la medida y las desventajas que impone al derecho afectado, evaluando incluso la posible inalterabilidad del derecho comprometido.

En su proyección actual, la razonabilidad, proporcionalidad o congruencia es una técnica que indaga la relación entre los medios utilizados y los resultados conseguidos, en base a un criterio mitad racional y mitad justo, pudiendo relacionarse con las más diversas modalidades del ejercicio de la función pública.

Específicamente en materia de salud, el avance de la ciencia, de las técnicas y de los cuidados de la salud humana, tiene un costo agregado en las prestaciones que rodea de mayor complejidad el test de razonabilidad que es insoslayable realizar, toda vez que deben ser ponderados los derechos individuales y garantizar el acceso igualitario a dichas prácticas por parte del universo de afiliados y/o ciudadanos que las requieran, sin que con ello se pongan

en crisis las prestaciones que benefician a los demás asociados (Tribunal Superior de Justicia, Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 239 de fecha 29/11/2016, “Álvarez”).

Ese test resulta insoslayable, en tanto exige ponderar adecuadamente los derechos individuales involucrados —en particular, el derecho a la salud del afiliado— frente a la necesidad de garantizar un acceso equitativo a tales prácticas por parte del universo de beneficiarios, sin que ello implique comprometer la sustentabilidad del sistema ni poner en riesgo el conjunto de prestaciones destinadas a los demás asociados.

Tal como argumentó la Dra. Sosa en el voto que analizamos, aun cuando APROSS — como entidad autárquica con individualidad financiera— actúa dentro del sistema de seguridad social y tiene como función esencial organizar y administrar la cobertura de salud de sus afiliados conforme a un Modelo de Atención Médica reglamentado, procurando una distribución solidaria y eficiente de recursos limitados, lo cierto es que, dada la excepcional situación de la amparista y la contundencia de los informes médicos obrantes en autos, la negativa a proveer el equipamiento requerido carece de razonabilidad en el caso concreto.

V. Conclusiones

Compartimos el criterio adoptado por la Cámara, en tanto procura resguardar de modo efectivo la garantía constitucional del derecho a la salud de la actora, especialmente frente a la situación excepcional que presenta el caso, con el fin de evitar consecuencias perjudiciales para su integridad y dignidad.

Los informes médicos específicos no sólo prescriben la provisión de las prótesis requeridas, sino que además fundamentan con precisión la improcedencia de utilizar el modelo ofrecido por APROSS —lo que, a su vez, se encuentra avalado por el dictamen técnico del COPRAMESAB—, acreditan la indispensabilidad de la prótesis requerida. En consecuencia, en la situación de la actora, resulta razonable y proporcional disponer la cobertura integral del equipamiento prescripto.

No puede dejar de ponderarse la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra la amparista —reconocida expresamente en el fallo—, toda vez que la prestación solicitada persigue la finalidad de modificar sustancialmente sus condiciones de vida, facilitando su integración social plena y autónoma mediante el uso de tecnología destinada a suplir las funciones perdidas como consecuencia de la amputación que debió afrontar para preservar su vida.

Las constancias objetivas incorporadas al proceso permiten acreditar que el equipamiento requerido resulta idóneo para alcanzar dichos fines, al proveerle estabilidad, seguridad e independencia, elementos todos que contribuyen a una mejora sustancial en su calidad de vida.

Desde esta perspectiva, la decisión del Tribunal exhibe particularidades que han sido objeto de una valoración prudente y contextualizada, orientada a garantizar una respuesta jurisdiccional razonable y equitativa.

El mandato legal que tiene APROSS de garantizar la cobertura integral de las contingencias de salud no ha encontrado una respuesta satisfactoria en relación con la situación de la afiliada. Frente al carácter excepcional del caso, se imponía la adopción de medidas

igualmente excepcionales y ajustadas a sus necesidades concretas, a fin de procurar la solución más adecuada para preservar los derechos fundamentales de la actora.

La provisión y cobertura del equipamiento solicitado no sólo se sustenta en criterios médicos sólidos, sino que constituye una condición esencial para garantizar el pleno ejercicio del derecho a una vida digna, autónoma y activa en los ámbitos personal, laboral y familiar.

La mirada holística exige que se adopte una perspectiva centrada en la persona y orientada por el principio pro homine, que impone la aplicación de la norma más favorable a la protección de los derechos fundamentales en juego. En esa dirección, y dado que se encuentra comprometida la dignidad humana en sus expresiones más sensibles —la autonomía, la integridad física, la inclusión social y la calidad de vida—, corresponde adoptar una decisión que materialice de manera efectiva los mandatos constitucionales y convencionales vigentes.

Referencias bibliográficas

- Carranza Torres, L. R. (2020). *Actuación profesional en los amparos de salud*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD Ediciones Jurídicas.
- Carignani, A., & Carnota, W. F. (2018). La relevancia de la argumentación en los amparos de salud: nuevas tendencias. *El Derecho*, (14.518), 280.
- Cianciardo, J. (2003). Medios y fines en el control constitucional de razonabilidad: el sub-principio de adecuación. *En prensa en las Actas de las Jornadas de Derecho Administrativo 2002*, Universidad Austral. Id SAJ: DACF030017.
- Díaz Villasuso, M. A. (2016). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado. Doctrina y jurisprudencia* (Tomo II, arts. 241 a 455, pp. 264-265). Córdoba: Advocatus.
- Garay, O. E., & Jaimarena Brion, G. (2014). Obras sociales provinciales y el derecho a la salud. *La Ley*, 2014-B, 743.
- Gozaíni, O. A. (2002). Derecho procesal constitucional: Amparo (p. 433). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Massimino, L. (2025). La buena administración del derecho a la salud. Con especial referencia a la cuestión de las enfermedades poco frecuentes. En J. Rodríguez-Arana Muñoz (Dir.) & M. del C. Rodríguez Martín-Retortillo (Subdir.), *La buena administración para la realización de los derechos sociales fundamentales en el derecho administrativo iberoamericano* (pp. 209-233). Madrid: Colex.
- Ministerio de Salud de la Nación. (2023). *Listado de Enfermedades Poco Frecuentes aprobado por Resolución Ministerial N.º 307/2023*. <https://www.argentina.gob.ar/salud/pocofrecuentes/listado>
- Palacio de Caeiro, S. B., & Junyent de Dufour, P. M. (2016). *Acción de amparo en Córdoba* (p. 560). Córdoba: Advocatus.
- Peláez Moll, G. (2021). El activismo judicial en los amparos de salud. En L. D. Barone (Dir.), *Amparo en salud: Un análisis desde la jurisprudencia* (pp. 241-258). Córdoba: Advocatus.
- Sesin, D. (2007). El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. <http://www.acader.unc.edu.ar>

El Derecho a la Salud en las Relaciones de Consumo: Inocuidad Alimentaria y Responsabilidad por Productos Contaminados

The Right to Health in Consumer Relations: Food Safety and Liability for Contaminated Products

Gino Martín Valenti¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)22](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)22)

Comentario a

Venencio Lemos, Dahyana Gisel c/ Embotelladora del Atlántico S.A. - Abreviado - Daños y Perjuicios – Otras Formas De Responsabilidad Extracontractual
Sentencia n.º 7 de fecha 07 de febrero de 2024

Cámara Civil y Comercial de Quinta Nominación de la Ciudad de Córdoba

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente artículo analiza la demanda promovida por una consumidora contra la empresa fabricante de una bebida gaseosa que, al momento de su adquisición, presentaba cuerpos extraños en su interior, habiéndose alterado su contenido. En razón de ello, reclamó los daños y perjuicios sufridos, aun cuando decidió no consumirla. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación de la ciudad de Córdoba, mediante la aplicación del Estatuto del Consumidor, resolvió responsabilizar a la empresa proveedora. Consideró que el producto fue puesto en el mercado en condiciones que implicaban un riesgo para la salud de los consumidores, contrario al deber de seguridad que pesa sobre el proveedor. Es que, en las relaciones de consumo, la protección del derecho a la salud ocupa un rol central, dado que se trata de un derecho fundamental que no admite estándares mínimos, sino una tutela reforzada.

¹ Abogado (UNC), Maestrando en Derecho Civil Patrimonial (UNC), Adscripto de la Cátedra "A" de Privado III (Contratos) y de la Cátedra "A" de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho UNC; Instructor de Oralidad – Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: gino_valenti@mi.unc.edu.ar / ginomartin.valenti@gmail.com
Nro. De ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1058-7670>

ABSTRACT

This article discusses a lawsuit filed by a consumer against the manufacturer of a soft drink that was found to contain contaminating materials and had its contents altered at the time of purchase. Although the consumer chose not to drink it, she sought compensation for the damages she suffered. The Civil and Commercial Court of Appeals (Fifth Chamber) in Córdoba held the company liable under consumer protection laws. The court emphasized that the product had been released into the market in a condition that posed a risk to consumers' health, violating the supplier's duty to ensure safety. In consumer relations, the right to health plays a central role and requires stronger safeguards, not just adherence to minimum legal standards.

PALABRAS CLAVE: Derecho del consumidor; Derecho de la salud; Obligación de seguridad; Alimentos; Tolerancia cero.

KEYWORDS: Consumer law; Health law; Duty of safety; Food; Zero tolerance.

I. Introducción

El análisis que aquí se expone se centra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación de la ciudad de Córdoba, en los autos caratulados "VENENCIO LEMOS, DAHYANA GISEL C/ EMBOTELLADORA DEL ATLANTICO S.A. - ABREVIADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL", por la cual se responsabilizó a la empresa fabricante por la comercialización de una bebida gaseosa que, al momento de ser adquirida, presentaba en su interior elementos extraños con potencial riesgo para la salud de la consumidora. De esta forma, el trabajo busca evaluar los fundamentos del fallo y, particularmente, la protección de la salud de la persona a través del Estatuto de Defensa del Consumidor. Consecuentemente, se desprende que el derecho a la salud ocupa un lugar fundamental dentro del ordenamiento jurídico y, sin el cual una vida digna sería imposible.

Se trata de un caso de especial interés para reflexionar sobre los alcances del deber de seguridad en la comercialización de productos alimenticios y el criterio de tolerancia cero frente a la contaminación de productos destinados al consumo humano. De esta forma se podrá concluir que la exigencia de inocuidad alimentaria es un presupuesto ineludible dentro de la producción y comercialización de ellos.

II. Síntesis de la causa**1. Plataforma fáctica. Resolución de primera instancia**

Ingresando al análisis de la plataforma fáctica que motivó la resolución, se observa que, con fecha 23/11/2016, la Sra. Dahyana Gisel Venencio Lemos promueve demanda abreviada en contra de Embotelladora del Atlántico S.A. (EDASA), en virtud de haber adquirido una bebida gaseosa "Coca-Cola" que contenía elementos extraños en su interior. Antes de abrir el envase retornable de vidrio de 350ml, cerrado con tapa metálica y adquirido unos minutos antes, advirtió la presencia de pequeñas bolas de color negro depositadas en el fondo, por lo que optó por no consumirla. En consecuencia, promovió una acción de daños y perjuicios, reclamando la reparación del daño patrimonial (por el gasto incurrido), daño moral y daño punitivo.

De las constancias de la causa surge la calidad de consumidora de la actora, así como que los elementos precipitados en el fondo del envase correspondían a hongos, moho y levadura que de haber sido ingeridos habrían comprometido su salud. Asimismo, se concluyó que la manipulación del envase se produjo con posterioridad a su salida de la planta, en atención a que la empresa cuenta con un proceso de producción altamente automatizado, con elevados estándares de calidad y seguridad. Tal circunstancia permitió descartar una falla interna y ubicar el hecho fuera de la esfera de control del fabricante. Se indicó, en ese sentido, que la apertura del envase habría provocado el ingreso de aire, lo cual produjo pérdida de carbonatación y permitió el desarrollo de los elementos extraños.

En definitiva, el juez de primera instancia entendió que, pese a tratarse de un supuesto de responsabilidad objetiva, no se acreditó que el vicio del producto se hubiera originado dentro de la cadena de producción. En virtud de ello afirmó que no se logró demostrar que las sustancias extrañas ya estuvieran presentes al momento de la compra. En consecuencia, el sentenciante consideró que no se configuraban los presupuestos necesarios para la procedencia de la pretensión resarcitoria y, por ello, rechazó la demanda.

2. La resolución de la Cámara de Apelaciones

La resolución de primera instancia fue apelada por la parte actora, quien se agravió por la valoración de la prueba y la aplicación del instituto de la responsabilidad objetiva realizada por el juez a quo. Fundamentó su recurso en las disposiciones de la Ley n° 24.240, de Defensa del Consumidor (en adelante LDC), enfatizando que, acreditado el daño y el nexo con el objeto riesgoso, corresponde al proveedor la carga de demostrar la ruptura del nexo causal.

Al resolver el recurso, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación reconoció la aplicabilidad del régimen protector del derecho del consumidor, en tanto se trataba de un supuesto de responsabilidad objetiva por productos elaborados. Señaló que estaba comprometida la seguridad de una bebida destinada al consumo humano, y que el hecho de haberse vulnerado el cerramiento del envase, provocó la contaminación de su contenido. En consecuencia, se puso en riesgo la salud de la accionante. Asimismo, destacó que, si bien se encontraba probado que la planta industrial de EDASA contaba con estrictos estándares de control de calidad, ello no exime por sí mismo de responsabilidad, en virtud de la obligación de seguridad que pesa sobre los proveedores de bienes de consumo (arts. 5 y 6 LDC). Aplicó lo dispuesto por el art. 40 de la misma ley, en virtud del cual la actora se encontraba legitimada para reclamar frente al fabricante.

El tribunal sostuvo que, acreditado el riesgo derivado del estado del producto y configurada una responsabilidad de tipo objetiva, la empresa demandada solo podía liberarse demostrando que la causa del daño le fue ajena a actuación, sea por culpa de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder. Consideró que tal extremo no había sido probado, y que no resultó acreditado que la adulteración del envase se hubiese producido por el obrar de un tercero totalmente ajeno al proceso de producción y comercialización.

Por ello, concluyó que, en los términos de los arts. 5, 6 y 40 de la LDC, EDASA resultaba responsable por los daños sufridos por la actora al haber adquirido un envase de gaseosa cuya tapa había sido vulnerada y cuyo contenido se encontraba alterado, presumiendo

do que dicha adulteración tuvo lugar con anterioridad a su adquisición. En consecuencia, hizo lugar al reclamo por daño patrimonial y daño moral, rechazando el daño punitivo, con la disidencia de la vocal Dra. Zalazar respecto a este último punto.

3. Análisis del Tribunal Superior de Justicia

Denegado el recurso de casación por la Cámara interviniente, la demandada Embotelladora del Atlántico SA interpuso recurso directo ante el Tribunal Superior de Justicia. Al resolver, el Alto Tribunal sostuvo que no se logró justificar adecuadamente el nexo de causalidad atribuido a la empresa demandada. Si bien se acreditó que la apertura del envase ocurrió durante el proceso de comercialización, resultaba necesario un razonamiento argumentativo suficiente que permitiera descartar la ruptura del nexo causal, tal como había sido sostenido en primera instancia. Sin ingresar al fondo de la cuestión debatida, anuló la Sentencia n°7 del 07/02/2024 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación, y ordenó el reenvío de los autos para su nuevo tratamiento, el cual se encuentra pendiente de resolución.

III. Consideraciones en torno a la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones

1. La salud del consumidor: obligación de seguridad

La lectura de la causa nos permite ingresar en el análisis del derecho a la salud de uno de los principales sujetos intervinientes de las relaciones jurídicas de derecho privado de índole patrimonial: el consumidor. Es quien adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (cfr. art. 1 LDC) y, en consecuencia, ingresa a la cadena de elaboración, producción y comercialización como último eslabón. Por ello, será beneficiario de una especial tutela por el ordenamiento jurídico, con base en su falta de información y de conocimiento, rodeado a su vez por las necesidades de la vida cotidiana. Es que, el consumidor se configura como un sujeto vulnerable en el ámbito de las relaciones jurídicas de consumo, en las que interactúa con contrapartes dotadas de un poder superior —ya sea económico, epistémico o simbólico—, y que detentan un conocimiento especializado y una experiencia consolidada en el ámbito del negocio jurídico que se celebra.

Ello justifica que se reconozcan diferentes prerrogativas que hacen a su tutela, como el acceso a información adecuada, completa y veraz; o a la seguridad en el consumo, la protección de su salud y sus intereses. Estos derechos son fundamentales y de orden público, consagrados no solo por la ley especial que los regula -Ley de Defensa del Consumidor (LDC)-, sino también el Código Civil y Comercial (CCCN) y la Constitución Nacional (CN). A su vez, se integra con diferentes leyes modificatorias y complementarias, de índole nacional, provincial e inclusive municipal. De esta forma, el derecho del consumidor se ha elaborado alrededor de diferentes preceptos y disposiciones de diferentes ramas y jerarquía, que en definitiva han generado un sistema multidisciplinario. En este sentido, el principal fundamento del llamado “estatuto del consumidor” es el de “corregir los desequilibrios del mercado entre los consumidores y sus proveedores” (Junyent Bas et al., 2016: 13). Dicha protección se extiende a todas las etapas en las que el consumidor interviene, incluso en ausencia de contrato. Tal instrumento, si bien es una pieza clave dentro de la relación de consumo, no es el único acto jurídico que puede configurarla.

Ahora bien, en lo que aquí nos interesa, el art. 42 de la Carta Magna reconoce en su primer párrafo a la protección de su salud y seguridad como derechos elementales de

quien accede a una relación de consumo. En idéntico sentido, el art. 5 de la LDC establece: "Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". Además, el art. 6 agrega: "Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. (...)." Se consagra así la obligación de seguridad por la cual el proveedor se ve obligado a garantizar la indemnidad de la persona con quien contrata en el marco de una relación de consumo. De carácter autónomo y secundario, en principio de resultado (XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2005: 3), hace referencia a que al consumidor no le debe ser causado ningún daño de ninguna naturaleza, ni en su persona ni en sus bienes. Se reconoce por ende el deber de mantener la inocuidad del objeto de la relación de consumo. El único requisito exigido se vincula con la previsibilidad o el uso normal del objeto involucrado en la relación de consumo; sin embargo, no alude al grado de diligencia desplegado en la utilización del bien, sino a que, para excluir la responsabilidad del proveedor, el daño a la salud del consumidor debe derivar de un uso anormal o imprevisible del producto, es decir, atribuible al hecho de la víctima.

En efecto, bajo los lineamientos de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (2014: 1), proteger la salud del consumidor es mantener el completo bienestar físico, mental y social con el cual se da inicio a la relación jurídica o, en su caso, mejorarlo. Es decir, garantizar que dicho estado no se vea alterado como consecuencia del vínculo de consumo. Por consiguiente, surge como deber del proveedor evitar que la integridad psicofísica del consumidor se vea vulnerada: al término de la relación de consumo su situación debe ser, como mínimo, igual al que presentaba al momento de iniciar. Es, en definitiva, un derecho humano fundamental ya que no se podría concebir una vida sin salud y menos aún, inmersos en la sociedad de consumo, relaciones jurídicas donde no se haga énfasis en su protección.

¿Cómo influye en nuestro caso de análisis? En pocas palabras, los autos se originan a partir de la comercialización de un producto alimenticio que presentaba una condición no apta para el consumo humano, generando un riesgo concreto para la salud de la actora. Por ello, en primer lugar, fue de principal relevancia encuadrar la relación jurídica dentro del fenómeno consumeril y por ello hacer extensivos los principios tutelares.

Resulta pertinente destacar que la parte actora no logró acreditar la existencia de la compraventa celebrada. En efecto, no acompañó elementos probatorios básicos, tales como el recibo o el comprobante fiscal que permitieran tener por perfeccionado el negocio jurídico. No obstante ello, el Tribunal reconoció el carácter de consumidora fáctica de la reclamante, en virtud de que mantuvo la posesión del producto -en este caso, la botella- hasta su posterior reserva en la Secretaría del Tribunal.

En tal dirección, cabe señalar que pesa sobre el proveedor la obligación de documentar adecuadamente la operación realizada. Si bien la factura constituye el medio probatorio usual, el propio artículo 1145 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que, en los casos en que no sea práctica habitual emitir dicho comprobante, el proveedor debe entregar al menos un instrumento que acredite la venta. Esta circunstancia no impide

que la existencia del contrato pueda probarse por otros medios admitidos en derecho, conforme las reglas generales en materia contractual.

Al respecto se ha dicho que “para demostrar la celebración de un vínculo de este tipo puede aportarse el contrato escrito o algún instrumento existente entre las partes que, aunque sea incompleto, pueda ser completado por otras fuentes de pruebas: testigos, confesión expresa o ficta, informes, pericias, presunciones.” (Lorenzetti, 2021: 228). En autos, no se acompañó más que la botella que, junto al informe del Laboratorio Bromatológico de la Municipalidad de Córdoba, a nombre de la pareja de la actora, permitía consolidar la relación de consumo invocada. Como se advirtió, no se requiere de un contrato para activar la protección del plexo consumeril. Tal tutela no protege solo la contratación entre proveedores y consumidores sino, directamente, el fenómeno de consumo. Cabe destacar que el art. 42 CN se encarga de resguardar los derechos de quien se encuentra dentro de la relación jurídica en el marco del mercado, en una situación de inferioridad: “Con la norma constitucional, que es operativa, la protección tuitiva legal alcanzaría no solamente a los contratos onerosos de consumo, como señala la ley, sino que también se extendería a los contratos gratuitos, a los hechos y actos jurídicos, y, como sostiene Alcides Tomasetti Jr., a las relaciones antecontractuales (...).” (Rinessi, 2007: 59). En consecuencia, deja de ser relevante la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, ya que en ambos supuestos se aplica un criterio objetivo.

Establecida la relación de consumo, el Tribunal ingresó al análisis de la protección de la salud del consumidor. Esta obligación, en primer lugar, hace referencia al deber de abstención por el cual el proveedor se obliga a no colocar en el mercado bienes o servicios que dañen la salud o afecten la seguridad del consumidor. En segundo lugar, al deber de prevención, ya que se deben adoptar todas las medidas que permitan evitar la producción de un daño. Finalmente, garantizar la indemnidad del consumidor mediante la obligación de seguridad. De los antecedentes de la causa se desprende que la responsabilidad de la demandada deviene de la falta de cuidado al insertar en el mercado un objeto con viciado. Al respecto, Pizarro y Vallespinos (2022: 247) entienden como cosa viciosa aquella que “presenta un defecto de fabricación, de funcionamiento, de conservación o de información, que la tornan inepta para la función que debe cumplir de acuerdo a su naturaleza (...)”. Además, los autores concluyen que tendrá repercusión siempre y cuando la cosa tenga virtualidad para convertirse, a través de su intervención activa, en la causación del daño, en una fuente de riesgos para terceros conforme lo que sucede según el curso normal y ordinario de las cosas. En este sentido, del dictamen pericial de autos el Tribunal pudo establecer la existencia de una deficiencia en la bebida adquirida que la tornaba inapta para el destino, lo que podría haberse derivado en una lesión a la salud de la actora.

Como se advertía previamente, en el marco del derecho del consumidor el proveedor se ve obligado a prevenir, mediante un obrar positivo, la producción de un daño. Se trata de un análisis anticipado de lo que el objeto de la relación jurídica puede producir tanto en la persona del consumidor como en sus bienes. En este sentido, Rinessi (2007: 54) destaca que: “Los derechos que se vislumbran en la relación de consumo son de naturaleza preventiva, por regla general; en consecuencia, la configuración de la situación que afecta a este derecho, y que necesariamente debe ser protegido, es preventiva. Si bien no se ha consumado el daño necesariamente la normativa legal entra a funcionar para prevenirlo.”. De esta forma, el producto -en este caso, la bebida- debía llegar al consumi-

dor en condiciones de seguridad, que la hicieran apta para su destino. En este sentido, se entiende que “No alcanza con pretender que el proveedor se abstenga de poner en riesgo la salud del consumidor. Debe implementar las medidas necesarias para prever el daño amenazante, controlarlo y así evitar la mengua a la salud del consumidor y la afectación de su seguridad.” (Japaze, 2009: 227). En los presentes, la demandada reconocía la posibilidad de que su envase sea adulterado, algo que efectivamente ocurrió. Incluso si el producto egresó de la fábrica en buenas condiciones, el proceso comercial no había finalizado, permaneciendo vigente la obligación de garantizar su seguridad hasta su recepción por el consumidor final. Es que, tal como tiene en cuenta el Tribunal, el deber de seguridad rige durante todo el proceso productivo y hasta que el producto llegue a manos del consumidor. La prueba pericial permitió acreditar la inocuidad de la bebida al salir de la demandada. Sin embargo, Japaze (2009:227) señala que “en las tareas de envasado, embalaje, etiquetamiento y posterior traslado del bien a los centros de consumo o comercialización, las precauciones impuestas al proveedor deben ser mantenidas a fin de no comprometer los bienes cuya tutela aquí analizamos. La conservación del producto hasta su adquisición por el consumidor importa, asimismo, diligencias particulares a fin de evitar que sea, en esta etapa del proceso de comercialización, cuando se introduzca el vicio y el riesgo consecuente.” En consecuencia, tal inocuidad del producto debe conservarse hasta que es puesto a disposición de la sociedad, sin que puedan admitirse interrupciones en dicha cadena que vulneren la obligación de seguridad en manos del proveedor. Ello no aconteció en la causa: la presencia de hongos en el interior de la botella, cuyo contenido era destinado a consumo humano, demuestra el incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de la demandada EDASA SA. La empresa falló en la prevención del riesgo, en el diseño del sistema de cerramiento, aún si también se omitió un correcto control durante la cadena de comercialización.

En definitiva, incluso si la accionante no consumió la bebida, limitándose a adquirirla y observar la presencia de elementos extraños, y en consecuencia no se produjo un menoscabo concreto en su salud, la sola exposición al riesgo bastó para comprometer sus derechos.

2. Criterio de tolerancia cero en la comercialización de alimentos

Posteriormente, la Vocal de primer voto, Dra. Zalazar, se refiere al criterio de “tolerancia cero” en lo que respecta a la comercialización de productos alimenticios destinados al consumo humano, en virtud de comprometer directamente a la salud del consumidor. En esa línea, sostiene que la empresa demandada debía extremar los recaudos en el diseño y conservación del envase, a fin de evitar cualquier posibilidad de apertura que, al permitir el ingreso de aire, pudiera facilitar la proliferación de hongos u otros elementos contaminantes. Es decir, deviene inaceptable la exposición del consumidor a riesgos que comprometan su salud o integridad, especialmente cuando se trata de productos destinados a ser ingeridos. Por ello, Chamatropulos (2012) ha señalado que “(...) en ciertas actividades, ‘no hay margen para la falla’; el hecho de que un empresario decida incursionar en una industria determinada lo obliga a asumir esas obligaciones, entre las cuales está ‘la de no equivocarse’.” En esa misma línea, se considera que en estos casos la obligación de seguridad adquiere un carácter más estricto. Asimismo, el autor agrega que “(...) en determinadas actividades (como lo es sin dudas la provisión de alimentos y bebidas) la función que cumplen las empresas es de una importancia tal que su conducta debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada, distinta de la que le cabría a un simple proveedor de otro rubro. Su diligencia deberá ser apreciada, por lo tanto, sobre la

base de la interpretación conjunta de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil y que puede resumirse en la expresión: 'a mayor responsabilidad, mayor diligencia.'

En este sentido, la "tolerancia cero" surge directamente del art. 1725 CCCN, en cuanto señala, en sus primeros dos párrafos: "Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes." Por ello, al proveedor especializado en la producción de alimentos se le exigía mayor diligencia. Se advierte así que el principio rodea todo el proceso de comercialización, desde que el alimento es producido hasta que es ingerido por el consumidor, exigiendo la máxima diligencia al proveedor. Repárese en que no podría tolerarse que los alimentos no cumplan con altos estándares de seguridad, en tanto su consumo implica una incorporación directa al organismo y, con ello, un contacto inmediato con lo más esencial del ser humano: su salud. En consecuencia, ningún elemento extraño debería estar presente en los alimentos y, en el proceso de traslado desde el lugar de elaboración, debería respetar la inocuidad que lo caracteriza. Es más, por ello que se ha considerado que los consumidores y terceros están alcanzados en la relación de consumo por el incontrastable derecho de no ser expuestos a peligros que atenten contra su incolumidad física y, frente a un producto que represente riesgo, los productores deben retirarlo del mercado (Rinessi, 2007: 67).

En el caso de autos, lo cierto es que, si el sistema de cierre del envase no asegura la preservación de la bebida en condiciones aptas para el consumo, se configura una afectación al criterio señalado. La empresa demandada conocía las fallas en el mecanismo de cierre del envase lo que, en definitiva, permitió la alteración de la bebida. En efecto, se acreditó que la apertura del envase fue con posterioridad al proceso de elaboración, cuando ya circulaba. Por ello, podría considerarse que se vio interrumpido el nexo causal. Sin embargo, impactó en la seguridad alimentaria y, aún si la empresa demandada no podía prever qué sucedería con su botella una vez fuera de la fábrica, su responsabilidad prevalece. En este contexto, resulta imprescindible subrayar el estándar elevado de tutela que merecía el consumidor involucrado. El caso no se limita a la evaluación de un incumplimiento contractual, sino que involucra la protección de bienes jurídicos de la máxima relevancia, el resguardo de un derecho personalísimo: la salud y la seguridad de las personas.

En contraposición se consideró, en los siguientes votos, al analizar la procedencia de daños punitivos, que no resultaba aplicable el criterio en análisis. En este sentido se argumentó que la falta de consumo por parte de la actora obsta su aplicación, por lo que no existió un daño cierto y real para la salud o vida del consumidor. Sin embargo, el peligro era latente. Acreditada la presencia de elementos extraños en el interior del envase, su eventual ingesta representaba un riesgo cierto para la salud de la actora. Como se señaló anteriormente, la protección del consumidor no se limita a la reparación del daño, sino que opera desde un estadio anterior, admitiendo su carácter preventivo. Además, la falta de consumo deviene una cuestión poco relevante para lo que aquí interesa: resulta inaceptable la contaminación alimentaria. Y aún si el daño es potencial, la empresa es responsable por la inocuidad de sus productos. La posibilidad por parte de la reclamante de "visualizar en su interior los hongos" constituye un elemento alejado de la responsabilidad objetiva que se encuentra presente en los autos. Al respecto, se

ha señalado, que en lo que hace a los alimentos "(...) no puede haber margen de error, pues si el mismo acaece, los daños que se producen pueden ser gravísimos. Es por eso que si un proveedor sabe que en su actividad, su margen para fallar es casi nulo; cuando el incumplimiento se produce, no cabe más que hablar de culpa grave de una manera casi automática." (Chamatropulos, 2012). La obligación de seguridad propugna que el producto sea producido con los máximos estándares de calidad y seguridad y que llegue a manos del consumidor manteniendo tales estándares. Además, pese a entenderse que vivimos en un "mercado de riesgo", Japaze (2009: 229) plantea que: "El empresario proveedor, que pretende actuar en el mercado como tal, asume el coste de prevenirlos y resarcirlos si se concretan."

Por otro lado, incluso si en el resolutorio se hizo referencia a que el Código Alimentario -Ley n.º 18.284- prevé en su art. 184 que se "Deberán disponer de cierres o sistemas de cierres que eviten la apertura involuntaria del envase en condiciones razonables. No se exigirán sistemas o mecanismos que los hagan inviolables o que muestren evidencias de apertura intencional salvo los casos especialmente previstos en el presente Código." Sin embargo, ello no obsta a que el proveedor presente envases más seguros y, ante el eventual daño por su apertura, ser responsable, ya que no basta con que sea un envase de difícil apertura, en condiciones razonables. Es decir, la normativa reconoce la posibilidad de apertura inintencionada, lo que podría suceder excepcionalmente. Lo cierto es que el destino de una botella es ser abierta para su consumo, pero ello no exime la responsabilidad que cabe en el fabricante por una alteración del producto que comercializa.

3. Importancia de la calidad de los productos.

El resolutorio tuvo en cuenta, y enfatizó, en los altos estándares de calidad que EDASA SA mantenía en sus productos. De la pericial producida, surgió que la demandada era experta en materia alimentaria, higiene y seguridad. Su actuación revestía una gran profesionalidad, con producción altamente automatizada y de calidad internacional, con muy bajo margen de error. Aun así, conocía la posibilidad de que el contenido de su botella sea alterado en el proceso de comercialización.

La presencia de estos estándares de calidad alimentaria, por un lado, otorga confianza al consumidor en cuanto a lo que adquiere, ya que le permite prever que la ingesta de estos alimentos será en condiciones de seguridad, garantizando la protección de su salud. Sin embargo, ello no hace que los procesos y mecanismos sean infalibles. En este sentido, Japaze (2009: 230/231) considera: "Con acierto se señala que no hay productos o servicios absolutamente seguros." Además, a renglón seguido agrega que "(...) el principio señala que los productos y servicios colocados en el mercado deben satisfacer las expectativas de seguridad que de ellos legítimamente se espera. Se entiende que las expectativas son legítimas cuando, confrontadas con el estado de la ciencia y la tecnología y el contexto de tiempo y lugar, se estiman justificadas." Se incluye la noción de previsibilidad en el producto seguro, influyendo la confianza que el consumidor puede tener en una marca. De esta forma, Rinesi (2007: 90) considera que: "Productos seguros serán entonces aquellos que ofrezcan desde su primera puesta en el mercado y durante todo el tiempo de su utilización previsible, en condiciones normales o razonablemente previsibles, la seguridad que las personas puedan razonable y legítimamente esperar para ellas y sus bienes, teniendo en cuenta las circunstancias de su puesta en el mercado a disposición de los consumidores y usuarios."

En el caso de análisis, se advierte que no podía preverse la presencia de hongos en el interior de la botella, producto de su apertura. Es decir, era un hecho sorpresivo e imprevisible. Por un lado, debido a la profesionalidad con la que interviene EDASA SA en el mercado y su reconocimiento internacional. Por otro lado, porque su contenido se destina para consumo humano. De hecho, se destacan los métodos de producción, tendientes a la prevención y preservación de la mayor asepsia en la elaboración del producto. Sin embargo, surge desde la óptica del consumidor la ilusión de que la gaseosa se encontraría en perfectas condiciones con la calidad que acostumbra la empresa. En este sentido, tal como expresa el resolutorio, correspondía a la empresa experta en materia alimentaria, encontrar un mecanismo para evitar la apertura de botella inintencionada. En este contexto, la contaminación advertida se vincula con un defecto en el diseño de la tapa de su envase que, pese a ser de difícil apertura, puede abrirse y ocasionar la alteración de su contenido. Más bien, si se considera que el envase es óptimo, hay un defecto en su comercialización: no debería haber llegado a manos de la consumidora una gaseosa contaminada.

4. Responsabilidad objetiva y solidaria

En conclusión, acreditada la contaminación de la bebida con hongos y levadura, poniendo en riesgo la salud de la accionante, se responsabiliza objetivamente por el vicio de la cosa a la demandada. Se entendió aplicable el art. 40 LDC, en virtud de la intervención de EDASA SA en la cadena de producción y comercialización del producto, aun si el daño en la salud de la actora era eventual. Al respecto, el art. 40 de la LDC establece que: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena." En su calidad de fabricante, la demandada fue responsabilizada por la presencia de objetos extraños. No interesa cuándo efectivamente se produjo el daño (podría haber sido en la fabricación, distribución, accidenta o por falta de información), ya que la tutela del consumidor se impone. Se trata así de una responsabilidad objetiva, donde la accionada responde por dicha alteración, en virtud de haber violado la obligación de seguridad que mantenía, prescindiendo del análisis de la culpa en su intervención. Ocurre que, la obligación de seguridad -y especialmente en la comercialización de alimentos o productos destinados al consumo humano- es de resultado. Rinesi (2007: 92) considera que la obligación de resultado consistirá en la provisión de una cosa inocua, es decir, no dañina y que sirva adecuadamente a su destino normal de uso o consumo; y agrega: "Esta obligación de seguridad es de resultado por lo que su incumplimiento acarrea responsabilidad de tipo objetivo con fundamento en la tutela especial del crédito o en la idea de garantía". Por ello, debe alcanzar un resultado concreto y determinado: mantener incólume la salud del consumidor.

La única forma de liberarse, según señala la norma, era acreditando que la causa del daño le ha sido ajena. En este sentido, si bien EDASA SA aportó prueba tendiente a acreditar la inocuidad de la bebida cuando salió del establecimiento fabril, la Cámara lo entendió insuficiente. Es decir, si un tercero intervino y abrió la botella debería haber sido alguien absolutamente ajeno al proceso, no integrando la cadena de comercialización responsable en los términos indicados. Por ende, el tercero no debe tener ningún vínculo

jurídico. Corresponde tener en cuenta que tal eximente no abarca los daños producto de quienes intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución ya que, el demandado sería igualmente responsable, pudiendo luego dar inicio a una acción de regreso (Pizarro y Vallespinos, 2022: 490), dado que responden solidariamente todos los intervinientes de la cadena de producción y comercialización.

IV. Conclusiones

La resolución comentada visibiliza una situación que podría atravesar cualquier persona en su vida cotidiana. Resulta habitual que, en medio de una jornada atareada, un consumidor adquiera una bebida gaseosa en un comercio y la consuma sin mayores reparos. Esta conducta se funda en la confianza depositada en quienes intervienen en la cadena de producción y comercialización, bajo el entendimiento de que los productos ofrecidos al público cumplen con los estándares de seguridad. Consideran, quizás sin mucho pensarlo, que el producto es inocuo.

Por un lado, el fallo adquiere el carácter de un llamado de atención a los consumidores ya que, por más confianza que se pueda tener en un producto, los riesgos normales de la sociedad provocan que siempre haya un daño latente. Por otro lado, es un llamado de atención a los proveedores, quienes tienen la obligación de adoptar todas las medidas razonablemente exigibles para evitar que los bienes que introducen en el mercado se conviertan en una fuente de riesgo. Ello implica no solo cumplir con los estándares mínimos de calidad y seguridad, sino también avanzar de manera sostenida hacia prácticas que garanticen productos progresivamente más seguros y confiables. Finalmente, interpela a los operadores judiciales. En materia alimentaria, aceptar la existencia de riesgos previsible resulta incompatible con la protección integral de la persona. Cuando la salud y la integridad física están comprometidas la obligación de seguridad del producto es incuestionable.

El sentido de todo ello es comprender que “los bienes, servicios y establecimientos deben ser apropiados desde un punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad.” (Zalazar y Carranza, 2019: 31). De no cumplirse con tales exigencias nos encontramos con una afectación directa a la salud del consumidor que, como manifestación concreta del derecho a la vida, constituye un presupuesto esencial para el ejercicio de todos los demás derechos.

Referencias bibliográficas

- XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (2005). Conclusiones de la Comisión N.º 2 – Obligaciones: Obligación de seguridad en el derecho de daños. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
Disponible en <https://www.austral.edu.ar/derecho/ediciones-antecedentes/1993-2007/>
- Chamatropulos, D. A. (2012). *Daños punitivos sí, daños punitivos no...* La Ley, 3 LA LEY 2012-C, 63. Cita: TR LALEY AR/DOC/2047/2012.
- Japaze, B. (2009). El derecho a la salud y a la seguridad del consumidor. En D. Rusconi (Dir.), *Manual de derecho del consumidor* (pp. 225–261). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Junyent Bas, F., Garzino, M. C. y Rodríguez Junyent, S. (2016). *Cuestiones claves de derecho*

del consumidor: a la luz del Código Civil y Comercial (1.ª ed.). Córdoba: Advocatus.

- Lorenzetti, R. L. (2021). *Tratado de los contratos. Parte especial* (Tomo I, 1.ª ed. rev.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Organización Mundial de la Salud. (2014). *Documentos básicos* (48.ª ed.). Ginebra: OMS. Disponible en <https://www.who.int/publications/i/item/basic-documents-48th-edition>
- Pizarro, R. D., y Vallespinos, C. G. (2022). *Tratado de responsabilidad civil. Parte especial* (Tomo II). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni
- Rinesi, A. J. (2007). El riesgo en la relación de consumo. *Revista de Derecho de Daños: Creación de riesgo II*, (2007-1), 53–105.
- Zalazar, C. E. y Carranza, G. G. (2019). Aproximación sistémica al concepto de derecho a la salud. En C. E. Zalazar y G. G. Carranza (Dir.), *Derecho y salud en perspectiva: estudios de derecho a la salud* (pp. 29–49). Córdoba: Advocatus.

La vacunación como garantía del derecho a la salud en su plano individual y colectivo, y del interés superior del niño

Vaccination as a guarantee of the individual and collective right to health and of the best interest of the child

Maximiliano Etchegoín¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)23](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)23)

Comentario a

Causa 13264044 - Medidas Urgentes

**Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género
y Penal Juvenil San Francisco**

RESUMEN:

A los fines del comentario del fallo en cuestión, en primer lugar, para tener una acabada idea del mismo, se procederá a su síntesis. Con el entendimiento de los hechos que se presentaron ante el magistrado, es posible extraer los temas centrales del mismo, más precisamente, los institutos jurídicos aplicados, y los derechos que entran en colisión. Así, respecto al primero se puede mencionar a la responsabilidad parental, mientras que entre los segundos se encuentra el derecho a la salud (y su vínculo con la vacunación), a la intimidad, y el interés superior del niño. A partir de las nociones más importantes de estos es que se analiza propiamente el fallo, relacionando la información obtenida previamente para comprender y desarrollar lo resuelto por el tribunal, determinando la propia postura respecto lo decidido.

ABSTRACT

For the purpose of commenting on the ruling in question, first of all, in order to have a complete idea of it, we will proceed to its synthesis. With the understanding of the facts that were

1 Abogado (UNC). Maestrando en Derecho Procesal (Universidad Siglo XXI). Docente adscripto en la Cátedra "A" de Derecho Privado III, Derecho de los Contratos (UNC). Se desempeña como Auxiliar en el Juzgado de 7ª Nominación en lo Civil y Comercial, Concursos y Sociedades 4, de Córdoba.
Mail: maximilianoetchegoin@hotmail.com.ar. N.º de Orcid <https://orcid.org/0009-0003-7054-6682>.

presented before the magistrate, it is possible to extract the central themes of the same, more precisely, the legal institutes applied, and the rights that enter in collision. Thus, with respect to the former, parental responsibility can be mentioned, while the latter include the right to health (and its link with vaccination), privacy, and the best interests of the child. Based on the most important notions of these, the judgment itself is analyzed, relating the information previously obtained to understand and develop what was resolved by the court, determining one's own position with respect to what was decided.

PALABRAS CLAVE: Vacunación; Salud; Intimidad; Interés superior; Responsabilidad parental.

KEYWORDS: Vaccination; Health; Privacy; Best interest; Parental responsibility.

I. Introducción

Según la OMS, por intermedio de las vacunas podemos prevenir más de treinta enfermedades e infecciones potencialmente letales, lo que obviamente nos ayuda a obtener una mayor longevidad y salud durante el curso de nuestras vidas. De esta manera, sostiene la propia OMS que en la actualidad la inmunización evita por año la muerte de entre 3,5 y 5 millones de personas por enfermedades como "...la difteria, el tétanos, la tosferina, la gripe y el sarampión...". Así, la considera como un éxito sanitario que salva millones de vidas, convirtiéndose las vacunas en la base para la seguridad sanitaria mundial (OMS, 2025a).

A partir de ello es que en múltiples países se reguló la vacunación, estableciéndose su obligatoriedad. Ese es el caso de la Argentina, donde rige la ley 27491, que reconoce, entre sus principios, la obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas.

Ahora bien, los individuos gozan de libertad para tomar distintas decisiones sobre su vida, situación que tiene protección jurídica por intermedio del derecho a la intimidad. Este se proyecta no solo en la faceta individual de cada uno, sino también en sus afectos y en su familia. Por lo tanto, sea cual sea la causa, y en ejercicio de este derecho, hay ciudadanos que optan por ejercer un acto de objeción de conciencia, y se niegan a vacunarse. Incluso, padres, en ejercicio de la responsabilidad parental, y en representación de sus hijos, optan por no colocarles las vacunas establecidas en el calendario de vacunación. Esta decisión pone en conflicto dos derechos tutelados por nuestra constitución: el derecho a la intimidad, y el derecho a la salud, tanto de la sociedad como del menor, y, en consecuencia, su interés superior. Dicha situación llegó a decisión del magistrado de San Francisco, lo que se analizará a lo largo de este trabajo.

II. Síntesis de la sentencia

Ante el pedido del Dr. Luis Balsa, médico pediatra de la guardia de la Clínica San Justo de la localidad, el juzgado de San Francisco tuvo que dictar sentencia el 15 de octubre de 2024. El caso concreto consistía en que Araceli B. y Julián B. se negaron a que su hijo nacido a las 09:25 hs. de ese mismo día reciba las vacunas correspondientes al calendario de vacunación obligatorio. Dada inmediata intervención a la SENAF-UDER, informa la misma plataforma fáctica del caso, poniendo en conocimiento del juez dicha circunstancia. De esa manera, además de darle intervención al Equipo Local de Niñez y al Área de

Salud, por la urgencia del caso (el niño debía recibir la vacuna dentro de las primeras 12 hs. de vida), ingresa inmediatamente en la resolución del caso el magistrado. En dicha tarea, analiza primeramente la Ley Nacional 27.491. Entiende que la misma considera a la vacunación como una estrategia de salud pública preventiva y altamente eficaz, destacando sus principios, entre los que se encuentran la obligatoriedad para los habitantes de su aplicación, y el suministro obligatorio de aquellas incluidas en el calendario nacional de vacunación. Analiza también los arts. 10 y 14 de la ley, de los cuales, el primero le atribuye la responsabilidad de la vacunación de las personas incapaces de ejercicio o con limitación a la capacidad a sus representantes, y el segundo, la atribución al Estado del ejercicio de acciones tendientes a la efectivización de la vacunación. Por otro lado, considera también el ejercicio de la responsabilidad parental, el cual no es absoluto, sino que encuentra límites principalmente en el interés superior del niño. Por lo tanto, si bien al resolver no debe desconocer el principio de la autonomía de la voluntad, reconoce que debe guiarse por el interés superior del recién nacido, ya que es el más vulnerable y necesitado de protección. En este sentido, el magistrado entiende que la negativa de los padres a la colocación de las vacunas en el transcurso de la mañana afecta de manera ostensible este interés superior. Además, merita también que es un deber del Estado el asegurar la salud. En este apartado, al no vacunar al niño, los padres no solo lo afectan a él, sino que introducen un riesgo para la comunidad puesto que comprometen la eficacia del régimen de vacunación oficial, lo que incide en la salud pública, cuyo objetivo principal es reducir y erradicar los contagios en la población. Como consecuencia de todo lo analizado, autoriza a las autoridades de la clínica a proceder a la vacunación compulsiva del recién nacido, emplazando a sus progenitores a cumplir con el calendario nacional de vacunación bajo apercibimiento de ley.

III. Derechos e institutos jurídicos relacionados al caso

De la breve síntesis desarrollada anteriormente surgen rápidamente los temas involucrados en este caso. En efecto, Olmo y Scasserra (2019, pág. 1) señalan que la oposición de los padres a la aplicación de vacunas obligatorias a su hijo recién nacido hace confluir distintos temas del campo del derecho civil, que van desde las cuestiones relativas a materia de salud en el campo de la bioética, hasta institutos propios del derecho de familia. Así, se puede evidenciar la relación que existe entre la vacunación obligatoria y la tutela al derecho a la salud del menor, constituyendo la primera un medio para la protección de la segunda. Ahora, tratándose de un recién nacido el protagonista del caso, sus progenitores ejercen sobre él la responsabilidad parental, que implica la adopción de múltiples decisiones protegidas por el derecho a la intimidad, pero que tiene sus límites, entre los que se encuentra su interés superior, que debe primar al momento de resolver y adoptar decisiones a su respecto. Todos estos elementos, que son los abordados en el fallo, serán expuestas en los próximos párrafos.

1. Derecho a la salud y reconocimiento constitucional

El derecho a la salud constituye un derecho humano básico del cual son titulares todas las personas. En sí, ingresa dentro de los derechos sociales, y es uno de los más importantes, puesto que forma la base indispensable para el ejercicio de los otros (Fortuna, 2019, pág. 2).

A los fines de explicarlo, es preciso en primer lugar dar una noción la salud. A su respecto, cabe mencionar que no siempre fue concebida de la misma manera. Así, aunque en un primer momento se la relacionaba con la ausencia de enfermedades, en la actualidad

abarca varias dimensiones. En efecto, este concepto evolucionó hasta abarcar el completo bienestar físico, psíquico y social, el que ha significado también la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento, y el mejoramiento de su calidad de vida (Videtta, 2014).

De manera muy similar a lo expuesto en el párrafo anterior se encuentra consagrado este derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos. En sí, en su artículo 5 Inc. 1 dispone que "...toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...". Este derecho, así como sus distintas proyecciones, es objeto de tutela también por múltiples tratados internacionales, a los cuales se le otorgó jerarquía constitucional en la reforma de 1994. Al sólo efecto de su enumeración, se destacan los siguientes: "...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. I, VII y XI; en la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3º, 8º y 25; en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6º, 7º y 24; en la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4º, inc. 1, 5, incs. 1 y 2, 19 y 25; en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo del Salvador", art. 10 y en la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3º, 6º, 23, 24 y 25..." (Videtta, 2014, pág. 2). Por su parte, en Córdoba, este derecho es reconocido en los art. 19 y 59 de la Constitución Provincial.

Para garantizarlo, el Estado debe adoptar acciones de carácter positivo, lo que se traduce en políticas públicas concretas para su satisfacción integral. Entre ellas se encuentran las acciones destinadas a la atención inmediata para el restablecimiento de la salud, y las acciones preventivas tendientes a mantener el bienestar general del individuo y la comunidad (Fortuna 2019, pág. 3). La primera implica la atención al paciente, que conlleva la información de su dolencia y tratamientos, y la decisión sobre la proyección de su enfermedad en base a las alternativas adecuadas a su estado de salud y material disponible. Respecto a la prevención, "...la actividad sanitaria tiene un impacto directo en la salud pública...", pudiéndose mencionar como ejemplos "...campañas de prevención, programas de vacunación, información e higiene, que el Estado debe emprender masivamente sobre toda la población..." (Gázquez, 2019, pág. 2).

2. Reconocimiento del derecho a la salud en menores

En relación más específica con el fallo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a los niños, estableciendo entre las medidas que deben seguir los Estados para proteger su derecho a la salud la reducción de la mortalidad y mortalidad en ellos, así como también la garantía de su sano desarrollo. En consonancia, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en el art. 24.1 su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, y a servicios para el tratamiento de enfermedades, así como también la rehabilitación de la salud. Para ello, conforme el art. 24.2, los Estados partes adoptarán, entre otras, las medidas tendientes a asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sea necesaria para todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria (Inc. "B"); el combate de enfermedades y malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud (Inc. "C"); y el desarrollo de la atención sanitaria preventiva.

De esta manera, la protección del derecho de la salud de los niños goza de tutela específica y constitucional conforme el art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional. Incluso más,

a partir de este instrumento internacional nuestro país dictó la Ley 26.061, cuyo art. 14 reconoce el derecho a la salud de los menores, y garantiza, el acceso a los servicios de salud; programas de asistencia integral, rehabilitación e integración. Asimismo, postula que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, recibir asistencia médica necesaria y acceder a los servicios de prevención, tratamiento oportuno, y recuperación de la salud. Esta norma es replicada en nuestra provincia en el art. 17 de la Ley 9944.

Todo este marco normativo denota una especial protección para los menores, ya que instituye al Estado obligaciones concretas y específicas para el resguardo de su salud. Así, además de garantizarse el tratamiento integral de la salud, que incluye la atención, rehabilitación y restitución ante padecimientos, se pregona también la prevención y la atención primaria de la salud, la que, para la Organización Mundial de la Salud, consiste en "...un enfoque que incluye a toda la sociedad y tiene por objeto garantizar el mayor nivel posible de salud y bienestar y su distribución equitativa mediante la atención centrada en las necesidades de las personas tan pronto como sea posible a lo largo del proceso continuo que va desde la promoción de la salud y la prevención de enfermedades hasta el tratamiento, la rehabilitación y los cuidados paliativos, y tan próximo como sea posible del entorno cotidiano de las personas..." (OMS, 2025b). Así, quedan comprendidas en su tutela las dos facetas que implica esta prerrogativa, es decir, la concerniente a la atención del paciente, y la prevención de la enfermedad.

3. Vacunación

La Organización Mundial de la Salud define a la vacuna como "...cualquier preparación destinada a generar inmunidad contra una enfermedad, al estimular la producción de anticuerpos..." (OMS, 2025c). De esta manera, a partir del efecto que produce en los individuos, es que la vacunación se convirtió en uno de los elementos más importantes del Estado para garantizar el derecho a la salud. Al reseñar sus ventajas, Gázquez (2019, pág. 3) indica que por su intermedio se erradican enfermedades infectocontagiosas (entre las que se pueden destacar la viruela y la poliomielitis) y se asegura el acceso equitativo de la población a este instrumento de prevención. Por su parte, Fortuna (2019) sostiene que la vacunación, además de la erradicación de enfermedades, impide el retorno de aquellas, ya que, si se interrumpiera, podría haber rebrotes o incluso epidemias. Así, la vacuna se convierte no sólo en un instrumento tendiente a la prevención de distintas enfermedades, sino que también contribuye a la prestación primaria de la salud, permitiendo por su intermedio el cumplimiento de los distintos tratados internacionales y leyes internas citadas previamente.

A partir de su importancia es que nuestro país dictó la Ley Nacional de Vacunación 27.491. En su art. 1 indica su objetivo de regular la implementación de la política pública atinente a la prevención de enfermedades a través de la vacunación. En efecto, en el decreto 439/2023, mediante el cual se reglamenta, identifica como objeto de la ley "...el regular la implementación de una política pública de control de enfermedades prevenibles por vacunación...". El mismo reconoce que la ley entiende a la vacunación como una estrategia de salud pública preventiva altamente efectiva, puesto que es esencial para evitar y controlar brotes de enfermedades infecciosas. Así, el estado nacional, procura por intermedio de la referida ley la realización del derecho a la salud en su segunda faceta, que no es la preventiva.

A tales fines, se establecen entre los objetivos de la ley la gratuidad y el acceso a los servicios de vacunación, la disponibilidad de las vacunas y dichos servicios, la participación de todos los sectores de la salud y demás áreas de la sociedad vinculadas, además de establecer su obligatoriedad y la prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular.

En consonancia, mediante el art. 6 aprueba el calendario de vacunación establecido por la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud, y en el art. 7 establece propiamente la obligatoriedad de las vacunas para todos los habitantes de la nación, tanto las del calendario nacional, como las recomendadas para los grupos en riesgo y las personas indicadas en situación de emergencia epidemiológica. De esta manera, y en el marco de la obligatoriedad, el art. 10 dispone que, para las personas incapaces, limitadas en su capacidad, y los niños, niñas y adolescentes, los responsables de su vacunación son los padres, sistemas de apoyo, curadores, y en sí, todos quienes sean sus representantes.

Esta obligatoriedad debería provocar, ante el incumplimiento del deber de vacunación, que se apliquen sanciones, o medidas tendientes a su cumplimiento. No obstante, la ley no es del todo precisa en este tema. Así, aunque postula en su art. 13 que la certificación de cumplimiento del calendario nacional de vacunación (que acredita el cumplimiento del calendario) deberá ser presentada al ingreso y egreso del ciclo lectivo, la obtención o renovación de DNI, pasaporte, y la tramitación de asignaciones familiares y monetarias no retributivas, entre otros, aclara en el último párrafo (al igual que la respectiva reglamentación), que el incumplimiento del deber no impedirá la realización del correspondiente trámite o el ingreso al ciclo lectivo, sino que sólo generará la obligación a quien se entere de la situación de comunicarla a la autoridad administrativa de protección de derechos de las niñas, los niños y adolescentes, tal como dispone el art. 11 de la ley. No obstante, el art. 14 establece que dicho incumplimiento generará acciones de la autoridad sanitaria de la jurisdicción tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva. No obstante, este artículo no se encuentra especialmente reglamentado, por lo que no prescriben específicamente las sanciones a adoptar, sino que pareciera dejar un amplio margen de acción.

4. Responsabilidad parental.

En el caso bajo análisis, como bien se reseñó en la síntesis previa, fueron los progenitores del niño quienes, en ejercicio de la responsabilidad parental, y en su representación, se negaron a la colocación de las correspondientes vacunas. Este instituto implica un conjunto de deberes y facultades sobre ambos progenitores destinados, principalmente, a satisfacer el interés superior del niño. En tal sentido, el propio art. 639 del Código Civil y Comercial sostiene los principios que rigen su ejercicio los siguientes: El interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo, conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

De esta manera, son los padres quienes deben hacerse cargo de sus hijos, y por ende les corresponde brindar protección, y decidir de forma beneficiosa a sus derechos, absteniéndose de obrar de forma tal que les impidan el acceso a ellos. Desde otra arista, Luft (2012) explica que la responsabilidad otorgada a los padres está vinculada al requisito de que actúen en el interés superior del niño, de manera que su función es la de ofrecer dirección y orientación adecuadas para que ejerza sus derechos por sí. Ello aplica tanto

a los pequeños como a los mayores, aunque con distinta intensidad. Esto se debe al otro principio que orienta la responsabilidad parental, que es el de autonomía progresiva, el que, en palabras de Herrera y Fernández (2021, pág. 3), implica el reconocimiento de las actividades y las facultades de los adultos con la finalidad de que los propios menores ejerzan sus derechos, conforme su edad y grado de madurez. En el caso de los más pequeños, no es tan notorio este desempeño por ellos mismos ya que dependen totalmente de otros. No obstante, no son meros receptores pasivos de orientación y atención, sino agentes sociales activos, que requieren protección y cuidado, y que forman vínculos muy fuertes con sus padres y tutores, relaciones estas que les ofrecen seguridad, a través de las cuales construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. Así, los padres son el conducto principal por el que practican sus derechos (Luft, 2012, pág. 5) Ahora bien, a medida que van creciendo y madurando, la intensidad de esta dirección va disminuyendo, de manera que, si bien continúan desempeñándose a través de sus representantes legales, puede también realizar los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico sin aquellos.

Se observa así una relación inversamente proporcional entre autonomía progresiva y responsabilidad parental, ya que a medida que el hijo adquiere mayor autonomía, la responsabilidad parental disminuye proporcionalmente (Herrera y Fernández, 2021, pág. 3). La norma que ejemplifica esto es el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, que reconoce en su primer párrafo que los menores ejercen sus derechos a través de sus representantes, pero párrafo seguido consagra que aquellos que tengan edad y grado de madurez suficiente pueden realizar por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, entre los que se encuentran los relativos a la disposición del cuerpo para los mayores de 13 años, y los de cuidado de su salud para los mayores de 16 años.

Finalmente, queda destacar respecto a la responsabilidad parental el otro eje rector de su ejercicio que es el derecho del niño a ser oído, y que su opinión sea tomada en cuenta. En sí, Córdoba (2023, pág. 1) sostiene, para su amplio ejercicio, que, al no existir un mínimo de edad, es necesaria la práctica de formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial, a partir de las cuales los niños muy pequeños demuestran su capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. Asimismo, la norma reseñada, como tantas otras, reconoce que se tendrá en cuenta su opinión conforme su edad y grado de madurez, aunque esta última tiene preeminencia, ya que la capacidad de comprensión del niño no va ligada de manera uniforme a su edad biológica.

5. Derecho a la intimidad.

La responsabilidad parental es una figura que se ejerce en el ámbito de la familia. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño la reconoce como una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, cuidado, y el desarrollo de los niños, la que incluye la familia nuclear, la ampliada, y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria (Luft, 2012, pág. 5). Ahora, al ejercerse la responsabilidad parental en este ámbito, de carácter privado, está protegida por el derecho de reserva y el de intimidad.

Precisamente, Tagle (2017, pág. 163) indica sobre este derecho que es aquel que garantiza el ámbito de reserva de la vida, sentimientos y creencias de la persona, que tutela la vida privada en forma independiente, con un mínimo de injerencia ajena. Juanes y Carrasco (2014, Pág. 6) precisan que se inserta dentro del ámbito de protección de los derechos personalísimos, y tutela no solo la reserva de la persona en cuanto a su situa-

ción individual, sus expresiones y comunicaciones, sino también en lo relacionado con sus vínculos afectivos. Por lo tanto, se proyecta no sólo en el individuo, sino también a los vínculos afectivos más cercanos y al lugar donde desarrolla su vida. Así, su protección comprende la vida personal, familiar y profesional, sus sentimientos, creencias religiosas, situación económica y medios de vida (Tagle, 2017, pág 167).

De forma similar se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso "N.N. o D., v. s/ protección y guarda de personas" mediante la sentencia dictada el 12 de junio de 2012. En ella, reconoció que la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestionable tutela por la Constitución Nacional. El art. 19 de la Constitución Nacional le otorga al individuo un ámbito de libertad en el que puede tomar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención por parte del estado o los particulares en las mismas, siempre que no vulneren el orden, la moral y los derechos de terceros. Además, este derecho se extiende a situaciones que alcanzan al grupo familiar, erigiéndose en el derecho a privacidad de todo el grupo. En consecuencia, y vinculado plenamente con la responsabilidad parental, los progenitores pueden elegir libremente y sin interferencias el proyecto de vida que desean para su familia, con el límite de lo dispuesto por el mismo art. 19 de la Constitución.

Merlo (2014) reseña la multiplicidad de tratados de derechos humanos que protegen este derecho, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del niño, la que en su artículo 5 postula que los Estados parte respetaran las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartirle al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos por la propia Convención.

6. Interés Superior del Niño

Aunque fue mencionado entre los principios que rigen el ejercicio de la responsabilidad parental, corresponde un desarrollo mayor del interés superior del niño. Como bien postula el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todas las medidas concernientes a los niños que adopten instituciones públicas o privadas, los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos, se dictará atendiendo su interés superior. Si bien este tratado de jerarquía constitucional reconoce expresamente esta garantía, la legislación local se encarga de brindar un concepto. Así, el Art. 3 de la Ley Nacional 26061 y la Ley Provincial 9944 conceptualizan al mismo como la "... máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidas...". Asimismo, ambos ordenamientos prescriben, tal como lo hace el Código Civil y Comercial, que dicho principio rige en materia de patria potestad.

Mucci Migliano (2013, pág. 4) explica que este principio se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños (es decir, su debilidad, inmadurez y falta de experiencia) y en la necesidad de favorecer su desarrollo, de manera de asegurar la realización de sus derechos, permitiendo el amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Para esto, Medina (2024, pág. 3) destaca el enfoque prioritario y primordial que por su intermedio debe dársele a sus prerrogativas, necesidades y bienestar en todas las decisiones y acciones que los afecten, en las que se debe evaluar y considerar siempre lo que mejor los proteja.

Ahora, para conseguir esta finalidad, tanto la ley nacional como la provincial establecen

que "...cuando existan conflictos entre los derechos de niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros...". De esta manera, este principio brinda un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los Niños, Niñas y Adolescentes, optándose por la resolución más beneficiosa para estos, priorizándose su interés frente al de los adultos. Así se separa el interés del niño de los derechos de otros sujetos, ya sean individuales a colectivos, otorgándoles preeminencia (Urbina, 2019, pág. 4).

IV. Argumentos y resolución adoptada en la sentencia

1. Interés Superior del Niño aplicado a la resolución del caso

Del desarrollo del último apartado, resulta claramente que el Interés Superior del niño no solo constituye principio rector que rige la patria potestad (conforme se vio oportunamente), sino que también es una pauta objetiva que debe emplearse al momento de resolver conflictos en los que se encuentran involucrados menores de edad.

Ahora bien, como fuera y tal como fue expuesto en la síntesis del caso, Araceli B. y Juan B., en ejercicio de la responsabilidad parental, se negaron a que su hijo recién nacido reciba las vacunas obligatorias correspondientes al calendario de vacunación. Lo cierto es que en el fallo no se brindan precisiones respecto a los motivos que dieron lugar a la decisión. No obstante, estando las vacunas dentro del calendario oficial de vacunación, su aplicación es obligatoria a partir de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley 27491, siendo los responsables de su cumplimiento los progenitores, conforme el art. 10 de la misma Ley. Por lo tanto, ante el incumplimiento de este deber se puede inferir que se está ante un caso de objeción de conciencia. Tobías (2020, pág. 7) la define como "...un comportamiento individual contrario a los deberes de normas jurídicas basados en motivos de conciencia... fundada en deberes religiosos o convicciones de esa naturaleza, pudiendo ser también morales o filosóficos...". El propio autor reseña que los grupos "antivacunas", que reniegan de este avance en la medicina, suelen fundar su posición en argumentos de esta índole, o en la ausencia de efectividad, sus riesgos, o en estilos de vida naturalista. Sea cual fuere la causa, justifican esta objeción, desde lo jurídico, en el derecho constitucional a la libertad, y también a la intimidad.

Es que, tal como se desarrolló respecto a este derecho, todas las personas pueden adoptar las decisiones fundamentales atinentes a su vida sin la intervención del estado ni la de terceros, encontrándose dentro de estas las atinentes al cuidado de la salud. Además, dicha protección no se circunscribe al plano individual, sino que también se extiende al afectivo y familiar. Por lo tanto, las determinaciones tomadas al ejercer la responsabilidad parental, también se encuentran protegidas por esta prerrogativa, por lo que son determinadas libremente conforme sus concepciones y su proyecto de vida familiar, sin interferencia alguna. Las mismas, si bien tienden a la dirección del menor a los efectos de que pueda ir ejerciendo por sí sus derechos conforme el principio de autonomía progresiva, cuando resulta tan pequeño como en el caso bajo análisis, en que solo tiene un par de horas de vida, son sumamente relevantes por su particular situación, y están consecuentemente orientadas a su protección.

Empero, como también fuera desarrollado, el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto, o sea, no goza de plena libertad, sino que tiene límites. El más importante de ellos lo constituye su interés superior del niño, es decir, que todas las medidas que los

involucren deben tender a obtener la mayor máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías reconocidos en favor de ellos. Ahora bien, dentro de estos derechos, justamente, se encuentra el derecho a la salud, que como bien se destacó a lo largo de lo trabajado previamente, se encuentra reconocido para toda la población, pero tiene una tutela especial para menores. En este sentido, se encuentra protegido por los arts. 24.1 y 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y art.14 de la Ley Nacional 26.061 y el art. 17 de la Ley Provincial 9944, y cuenta con dos aristas: la primera de ellas la referida al tratamiento y a la rehabilitación en caso de sufrir, y la segunda, la relativa a la prevención de enfermedades, en la que adquieren particular importancia las campañas de vacunación. En sí, como se destacó oportunamente, por su intermedio se genera inmunidad en los individuos respecto a distintas enfermedades, de manera que se erradican y se evita que vuelvan a aparecer. En consecuencia, en nuestro país, a través de la Ley Nacional 27.491 y su decreto reglamentario, se entiende a la vacunación como una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva ya que esencial para prevenir y controlar brotes de enfermedades infecciosas. Por lo tanto, para garantizar el derecho a la salud a través de ellas, se consagró en la legislación nacional el principio de obligatoriedad respecto de las vacunas que integran el calendario oficial.

De esta manera, la negativa a su colocación provoca la colisión de dos derechos: por un lado, el derecho de privacidad o la intimidad de la familia en el ejercicio de la responsabilidad parental, y por el otro la salud del niño, ambos de jerarquía constitucional. Por supuesto los dos fueron reconocidos por el juzgado al momento de resolver, pero no fue necesaria la realización de una actividad de ponderación entre ellos, ya que, precisamente, la legislación nacional y provincial, a los fines de tutelar los derechos del niño dada su especial vulnerabilidad, establece un criterio objetivo para la resolución de conflictos. En efecto, en ambos ordenamientos se reconoce que en caso de conflictos con derechos de otras personas que fueran igual de legítimos, tendrán preminencia los del menor, adoptándose la resolución más beneficiosa a ellos. Conforme a este principio resolvió el Juez, quien al no poder contar con la opinión del niño (por su imposibilidad de manifestarla ante su escasa edad, la que provoca que tampoco tenga una opinión propia), decidió de forma objetiva, disponiendo su vacunación compulsiva, garantizando así su derecho a la salud y su interés superior, en detrimento de la decisión contraria de los progenitores, que ingresa dentro de su ámbito de reserva que se proyecta a su familia. De esta manera, no sólo resolvió conforme la legislación y los tratados vigentes al darle preminencia al derecho a la salud del niño, sino también de manera consonante al correcto ejercicio de la responsabilidad parental, ya que se privilegió el interés superior del niño, el que, recordemos, es uno de los principios rectores de su ejercicio.

2. Salud como derecho colectivo

Además de la salvaguarda del interés superior del niño, el magistrado sustentó su decisión en otro argumento, que es el derecho a la salud, pero su faceta colectiva. Tal como se ha desarrollado, la vacunación no solo ha erradicado enfermedades potencialmente mortales, sino que la continuidad en su aplicación impide el rebrote de aquellas “extintas”. Este efecto no se produce solo por la inmunidad provocada en las personas que se la colocan, sino también en aquellos que por distintos motivos no pueden colocársela. Al respecto, explica Fortuna (2019, pág. 9) que existen múltiples grupos de individuos que no pueden recibir vacunas a causa de su edad, patologías de base y condiciones económicas y sociales, o que, colocándoselas, quedan susceptibles a padecer las enfermedades, por lo que son vulnerables a las patologías que intenta evitarse. No obstante,

la masividad de la vacunación provoca una especie de inmunidad de grupo generando una barrera epidemiológica que evita los contagios hacia los no vacunados al no circular los patógenos. Ahora, mientras mayor sea la cantidad de individuos que se niegan a inocular, crecerá el riesgo de que aquellos se enfermen ante la mayor incidencia del virus, lo que podría generar la reaparición de las enfermedades que se consideraban erradicadas. Por lo tanto, la vacunación no sólo incide en los individuos, sino en la sociedad, convirtiéndose en un medio indispensable para garantizar la atención primaria de la salud (que tiene precisamente un enfoque social), y el derecho a la salud. Por lo expuesto, en su art. 2, la Ley 27.491 reconoce la gratuidad de las vacunas y el acceso a los servicios de vacunación, e instaura un principio fundamental que es la predominancia de la salud pública por sobre el derecho individual.

De esta manera, en su segundo argumento, el magistrado nuevamente volvió a privilegiar el derecho a la salud por sobre el de la intimidad de los progenitores, en este caso, en su faceta colectiva, dándole operatividad al referido principio declarado en la ley. Además, el derecho a la intimidad tiene como límite el derecho de los terceros, y en consecuencia, de la sociedad, que en este caso, es la salud colectiva.

3. Medida adoptada

Para tutelar la salud del niño, el magistrado autorizó a la clínica vacunarlos compulsivamente. No obstante, existe una postura contraria a dicha solución. Al respecto, Rivera (2023, pág. 3) cita a Santos Cifuentes, quien sostiene que no hay nada más privado que el propio cuerpo y que por ello sería inadmisibles ejercer violencia para inocular a quien no quiere hacerlo. En efecto, ahí ingresan nuevamente en colisión dos derechos: el de la disposición del cuerpo, y el derecho a la salud. Entonces, ante dicha tirantes, pregona un límite absoluto que es la protección de la dignidad humana, la que se conculca al forzar al remiso a vacunarse. Entonces, propone otras consecuencias y medios coercitivos, como son el impedir el ingreso al empleo, la escuela, la celebración del matrimonio, entre otras. Son múltiples las legislaciones que receptan esta solución, como es el caso de la República Checa, en donde se establecen variadas sanciones, donde lo importante para analizar es la proporcionalidad de la misma al momento de su aplicación, conforme se interpreta del análisis de Suárez (2022).

Empero, la legislación argentina establece lo contrario. Si bien contempla que el carnet de vacunación es requerido ante múltiples trámites, la omisión de algunas no impide su concreción. Sin embargo, otorga amplitud de acción a la autoridad sanitaria a los fines de garantizar la vacunación, nombrándose textualmente la vacunación compulsiva.

De esta manera, al resolver, el juez aplicó una de las facultades que otorga la ley para tutelar el derecho a la salud, la que si bien, pone en cabeza de la autoridad administrativa, ante la premura del caso debió adoptarla el mismo. Esta decisión tampoco es contraria al derecho a la dignidad del niño, ya que, quienes se oponen a la vacunación son los padres en ejercicio ilegítimo del derecho a la intimidad, pero lo deciden sobre el cuerpo de un tercero, que es su hijo, y no sobre el propio.

V. Conclusiones

La vacunación constituye un elemento que en la actualidad tiene gran importancia en la medicina, principalmente, a los fines de prevenir enfermedades erradicándolas, o impidiendo que las erradicadas vuelvan a circular. Por lo tanto, por su intermedio se tutela el derecho a la salud, por lo que se le otorga el carácter obligatorio a la vacunación.

Este derecho, además del reconocimiento expreso en diversas convenciones internacionales, tiene una tutela especial para los niños, contemplada en la Convención de los Derechos del Niño a nivel internacional, y mediante la Ley Nacional 26.061 y Ley Provincial 9.944 en el plano local. En virtud de ello la vacunación se erige como una forma de garantizar su interés superior, que constituye una de las directrices fundamentales del ejercicio de la responsabilidad parental. Por lo tanto, si bien los progenitores gozan de libertad para adoptar las decisiones destinadas al cuidado de sus hijos niños tuteladas por derecho a la intimidad, deben estar orientadas a satisfacer su interés superior. En consecuencia, ante el supuesto de objeción de conciencia relacionado a la vacunación, por el cual, se niegan a inocular a sus hijos con las vacunas obligatorias, tiene preeminencia el derecho a la salud de aquellos.

Además, este derecho tiene proyección colectiva, que también se relaciona a la vacunación, y al que también se le da preeminencia por sobre el interés particular del individuo. Justamente, el interés de la sociedad opera también como límite al derecho a la intimidad.

Precisamente, estas dos facetas del derecho a la salud son las que analizó el juez de San Francisco al resolver el fallo analizado, el que terminó decidiendo la vacunación compulsiva del menor para garantizarlo. Esta solución no sólo se encuentra admitida en nuestra legislación nacional, sino que no afecta el derecho a la dignidad del menor puesto que quienes se opusieron a su inoculación son sus progenitores, quienes no son más que terceros respecto a su cuerpo.

Referencias bibliográficas

- Córdoba, M. M. (2023). *El derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta en los procesos de familia*. Temas de Derecho Procesal, febrero 2023.
- CSJN. (2012, 12 de junio). *N.N. o D., s/ protección y guarda de personas*. Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Fortuna, S. I. (2019). Vacunación compulsiva en niñas, niños y adolescentes: contrapesos entre autonomía personal, ejercicio de la responsabilidad parental y el principio de protección integral. *Derecho de Familia*, (89).
- Gázquez, M. Y. (2019). Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación, posturas a favor y en contra. *Derecho y Salud UBP*, 3(3).
- Herrera, M., & Fernández, S. E. (2021). *Niños, niñas y adolescentes y vacunación COVID-19. Ejercicio de derechos y autonomía progresiva*. Thomson Reuters La Ley.
- Juanes, N., & Carrasco, V. (2014). Vida privada y su protección en el Código Civil y en el proyecto 2012. *Revista de Derechos de Daños*, (1). Rubinzal-Culzoni.
- Luft, M. E. (2012). *Vacunación o libertad*. Thomson Reuters La Ley.
- Medina, G. (2024). *Interés superior del niño*. Thomson Reuters La Ley.
- Merlo, L. M. (2014). *Ejercicio de la patria potestad, autonomía familiar e injerencia estatal*. Thomson Reuters La Ley.
- Mucci Migliano, G. R. (2013). Obligatoriedad de la vacunación de niños. Derechos de los padres e interés superior del niño. *Revista de Derechos Humanos Infojus*, 2(2).
- Olmo, J. P., & Scasserra, S. I. (2019). Vacunación oficial obligatoria. Tratados internacionales. Autonomía familiar. Finalidad. Hijo menor. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones*

y *Bioética*, marzo 2019. Erreius.

- OMS. (2025a). *Vacunas e inmunización*.

https://www.who.int/es/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1

- OMS. (2025b). *Atención primaria de salud*.

<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/primary-health-care>

- OMS. (2025c). *Vacunas*. <https://www.who.int/topics/vaccines/es/>

- Puga, M. (2023). Un DNU-comodín: La inconstitucionalidad del DNU 70/23. *ICONS Argentina*. https://iconsar.github.io/blog/dnus_mp/

- Rivera, J. C. (2023). *Vacunaciones obligatorias. Derechos de los menores de edad*. Thomson Reuters La Ley.

- Suñer, M. (2022). La salud en su vertiente preventiva y el derecho al respeto de la vida privada: conclusiones sobre la sentencia Vavříčka del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Derecho y Salud UBP*, 3(7).

- Tagle, V. M. (2017). *Derecho privado. Parte general*. Editorial Alveroni.

- Tobías, J. W. (2019). *El consentimiento informado y sus límites*. Thomson Reuters La Ley.

- Urbina, P. (2019). *El interés superior del niño en el marco del calendario nacional de vacunación*. Thomson Reuters La Ley.

- Videtta, C. (2014). La salud y el derecho a la igualdad. A propósito de la resolución del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N.º 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos caratulados "D. G. F. v. OSBA s/ amparo". *La Ley*.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los avances jurisprudenciales en Argentina

Assisted Human Reproduction techniques and jurisprudential developments in Argentina

Facundo Álvarez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)24](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)24)

Comentario a

Alanis, Virginia Gertrudis y Otro - Autorizaciones
**Juzgado de Primera Instancia y Segunda Nominación en lo Civil, Comercial,
de Conciliación y Familia de Bell Ville**

RESUMEN:

En un caso reciente en el que se requería la autorización para llevar adelante una Gestación por Sustitución, el Juez interviniente en la causa resolvió hacer lugar a la demanda presentada por una pareja que solicitaba efectuar la práctica mediante la implantación del embrión en el útero de una tercera persona, y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, permitiendo que el niño/a nacido de la mujer portadora fuera inscripto en el Registro Civil y de Capacidad de las personas como hijo de los requirentes.

La importancia de la resolución radica en dos grandes cuestiones: por un lado, la autorización otorgada por el Juez para llevar adelante la práctica, y, por otro lado, los fundamentos que brinda para declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 en este caso.

ABSTRACT

In a recent case where an authorization was requested to practice a surrogacy, the Judge ruled in favor of the claim filed by a couple seeking to carry out the procedure by implanting the embryo in the uterus of a third person, and declared article 562 of the Civil and Commercial Code unconstitutional. This allowed a child born from the surrogate mother to be registered in the Civil Registry as child of the intended parents.

The significance of the sentence lies in two main aspects: on the one hand, the authorization

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba); Maestrando en Derecho de Empresas (ICDA – Universidad Católica de Córdoba); Asistente de Magistrado – Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; OCRID N° 0009-0001-8841-2063.

granted by the Judge to go ahead with the procedure, and on the other, the reasons provided to declare the unconstitutionality of article 562 in this case.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución - Filiación - Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Derecho a la familia.

KEYWORDS: Surrogacy - Filiation - Assisted Human Reproduction Techniques - Family law.

I. Introducción

En este artículo voy a analizar el caso "Alanis, Virginia Gertrudis y Otro – Autorizaciones", resuelto por el Juzgado Civil, Comercial de Conciliación y Familia N° 2 de la Ciudad de Bell Ville, en la Provincia de Córdoba.

En el caso bajo análisis, la pareja conformada por los accionantes inició el proceso judicial tendiente a obtener la autorización para llevar adelante la Técnica de Reproducción Humana Asistida (en adelante THRA) por medio de gestación por sustitución. A los fines de efectivizar el procedimiento, plantearon que éste se llevaría adelante mediante el aporte de gametos de la pareja y/o de un donante, así como el aporte gestacional de una tercera mujer portadora, esta última, amiga de ambos.

Las dos cuestiones medulares que aborda la resolución son, por un lado, la autorización solicitada por la pareja de llevar adelante el procedimiento médico en sí; con la consecuente inscripción del niño como hijo de la pareja y, por otro lado, la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación para el caso en particular.

El fallo se hace eco de otros antecedentes cercanos en tiempo -tanto nacionales como provinciales- que están dando solución al problema de la falta de regulación en las cuestiones reproductivas que atentan contra el proyecto familiar de múltiples argentinos, y están sirviendo de antecedente directo para brindar soluciones a la problemática filial surgida como consecuencia de los avances sociales y científicos, dando un paso más ajustado a la realidad social contemporánea.

II. Análisis del caso

1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Generalidades. La gestación por sustitución en particular.

De modo preliminar, podemos decir que las TRHA son un conjunto de procedimientos médicos empleados para ayudar o hacer posible la procreación humana y resolver problemas de esterilidad de las parejas. La OMS las identifica como "Reproducción médicamente asistida" o "Técnicas de reproducción asistida" (ICMART & OMS, 2010), pero podríamos resumirlo en que son todos los tratamientos o métodos tendientes a lograr el establecimiento de un embarazo, cuando una pareja no logra concretarlo de forma natural. Estos métodos surgieron a lo largo de la historia como consecuencia de los avances científicos, médicos y sociales, que llevaron también a los sistemas jurídicos a tener que crear leyes que dieran un marco legal apropiado para llevar adelante las diversas prácticas reproductivas.

A nivel nacional, Argentina sancionó en el año 2013 la Ley N° 26.862, que define a la reproducción médicamente asistida, como los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Esta norma establece los lineamientos generales que regulan los derechos que asisten a las personas que buscan concretar un deseo de maternidad o paternidad, y que, por circunstancias naturales, ajenas a su voluntad, se ven imposibilitados de lograrlo.

En líneas generales, la Ley comprende el derecho de acceder a los procedimientos de TRHA, con independencia de la orientación sexual, estado civil o tipo de cobertura de salud; así como enumera las diferentes técnicas en particular y los deberes que pesan sobre los ciudadanos que eligen acceder a estos métodos.

Para aproximarnos al concepto de la gestación por sustitución en particular, práctica cuya autorización se requería en los autos analizados, tomando la denominación adoptada por el anteproyecto del Código Civil y Comercial, podemos hablar de la gestación en virtud de la cual una mujer que actúa como gestante precisamente gesta un hijo para otra persona, sin ánimos de actuar como madre. El hecho de que sea por sustitución implica, justamente, que se gesta un hijo para otra persona que no puede hacerlo (Lamm, 2012).

El Juez presenta en este caso a la gestación por sustitución como una especie del género dentro de las THRA, en la misma línea que lo hace la Dra. Lamm, planteando que se puede definir como una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona gestante acuerda con otra, o con una pareja, gestar un embrión. El magistrado hace hincapié en que uno de los principales objetivos de la práctica, junto con la efectiva implantación de un embrión, es que la persona nacida tenga vínculo jurídico filiatorio con la pareja comitente, en lugar de con la madre gestante.

Dicho esto, y como se verá más adelante, lo que hace al fondo del asunto no califica como una cuestión litigiosa o contenciosa, sino simplemente una autorización de una práctica no legislada que implica, por un lado, la habilitación para efectuar la práctica en sí, y por otro la declaración de inconstitucionalidad de una norma que, a mi modo de ver, resulta tal vez incoherente con la misma ley que la habilita.

2. La autorización judicial y la norma en contraste con la realidad

Con relación a lo primero, considero relevante destacar la postura que toma el Magistrado al abordar la cuestión de la autorización. Si bien él mismo enfatizó que no buscaba dotar la solución de originalidad o novedad, ya que el tema fue abordado por diversa jurisprudencia y doctrina, no deja de ser relevante algo que puede resultar obvio: la vigencia del principio de legalidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, frente a la falta de prohibición expresa de las normas que regulan la temática reproductiva, en particular a la Gestación por Sustitución.

Al respecto, se refirió Bidart Campos al expresar que la concepción dogmática y absoluta del ordenamiento jurídico resulta imposible de sostener frente a la realidad que exhibe el mundo normativo, muchas veces incompleto, con innumerables vacíos y algunas (Masciotra, s.f.). Es así que, si bien los ciudadanos tenemos el deber de sujetar nuestros actos a las previsiones contenidas en las leyes, puede ocurrir que el desarrollo de las ciencias, las nuevas tecnologías y los cambios físicos y sociales tornen al derecho a veces obsoleto o insuficiente.

¿Qué consecuencias trae esto? Que la falta de una norma clara que establezca los derechos y obligaciones de las partes involucradas en un caso como el que estamos analizando -o, en caso que exista, ésta resulte contradictoria con una normativa de igual o mayor jerarquía- pondrá en una situación de desamparo a las personas que, por limitaciones naturales o de salud, no pueden concretar su proyecto de vida familiar. Es por esto que los jueces tienen la obligación de llegar a una solución aplicando principios generales del derecho, tratados internacionales de derechos humanos y precedentes judiciales.

Sobre este punto el Tribunal destacó que la falta de regulación provoca que, tanto las personas ya nacidas como los padres gestantes y familiares, se encuentren frente a una total desprotección jurídica que repercute en todos los aspectos de su vida, situación que indudable y necesariamente habilita la discrecionalidad judicial para hacer frente a la incertidumbre jurídica bajo la que se encuentran.

De allí es que resulta necesario someter la autorización de la práctica al Juez, ya que, por un lado, al tratarse de una técnica no receptada de manera expresa por nuestra legislación vigente, los centros de salud requieren una autorización judicial para llevar adelante el tratamiento. Es que, por otro lado, la falta de esta última produciría que la filiación se determine por las reglas de la filiación por naturaleza.

En casos como estos en los que no existe una regulación expresa, es importante la autorización de un magistrado cuando, al tratarse de una práctica con componentes "controvertidos", existe una posible afectación de derechos fundamentales tanto en la madre gestante, el niño que va a nacer y por último de los pretensos padres. Desde esta perspectiva, la intervención del Juez implica una garantía no sólo de legalidad, sino también de proporcionalidad, respeto por la autonomía de la voluntad y el interés superior del niño.

Es así que la autorización no sólo legitimará el acto médico, sino que también va a dotar de protección a las partes involucradas, determinando la filiación, y evitando eventuales y futuros conflictos.

Por otra parte, no puedo pasar por alto de dónde surge el quid de la cuestión y cómo esta ausencia de regulación se vislumbra como una consecuencia de la falta de adecuación de las normas con la realidad y con los avances sociales de los últimos tiempos. Esta circunstancia afecta no sólo a las familias hetero parentales con limitaciones naturales o médicas, sino también a las familias mono y homoparentales, como nuevos sujetos que, si bien están reconocidos en el propio CCCN, se ven también afectados por esta ausencia de normativas que los protejan.

La llamada "familia tradicional matrimonial", basada en la procreación por naturaleza como único modo conocido por el derecho entró, en las últimas décadas, en una crisis sustancial. En relación a este tópico las Dras. Aida Kemelmajer, Marisa Herrera y Eleonora Lamm plantearon que, en el nuevo panorama social, junto con modelo tradicional, conviven en la realidad diversos "nuevos" modos de vivir en familia y distintas nuevas formas de procreación, por lo que el derecho en general y el filial en particular no pueden escapar a estas transformaciones (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lamm, 2012: 3-45).

En este sentido, el Juez de la causa tomó estos lineamientos como marco genérico para dar una respuesta a los planteos en particular que se le sometieron a estudio, enfatizan-

do en que los cimientos de esta práctica deben buscarse en el derecho a procrear y a formar una familia, por ser un derecho humano fundamental.

Desarrolla también este punto cuando hace referencia al anteproyecto de reforma del CCCN, al mencionar el proyectado artículo 592 que establecía, por un lado, la existencia de la práctica en sí y por otro lado el establecimiento filiatorio entre el nacido y el o los comitentes. Sumado a esto, el artículo preveía que debía acreditarse, entre otras cuestiones, el interés superior del niño que puede nacer, la capacidad plena y salud física y psíquica de la persona gestante, el aporte de gametos de alguno de los comitentes, el hecho de que la gestante no aporte gametos ni reciba retribución alguna, etc. El énfasis se pone en que esta regulación proyectada -que en muchas resoluciones semejantes se toma como doctrina- habilitaba la práctica de la Gestación por Sustitución de manera amplia e igualitaria, sin discriminación alguna; sino con el fin último de asegurar el derecho a formar una familia en cualquiera de sus modalidades.

En definitiva, este fallo representa así un avance significativo en el reconocimiento explícito del derecho a formar una familia en un enfoque igualitario, superando estereotipos y barreras discriminatorias.

3. La voluntad procreacional como nueva causa fuente del derecho filial.

Tanto las normativas internacionales como las argentinas establecen que la voluntad procreacional es determinante al momento de analizar los casos de gestación por sustitución. Es así que el propio CCCN incluye como fuente de filiación a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 558.

El Juez fundamenta su postura en el concepto de la voluntad procreacional, en el sentido de que implica querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir responsabilidades emergentes de la relación paterno filial, y que en el campo en análisis resulta ser la fuente típica de creación del vínculo, materializándose así el elemento volitivo.

Expone el Dr. Andrés Gil Domínguez que la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (.). Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un Código Civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente, aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y del linaje (Gil Domínguez, 2015: 36).

Tomando esta idea de base, el Tribunal valoró que éste es el norte a seguir en los casos que tratan esta temática, que es el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a fundar la familia, el respeto por la autonomía personal, reproductiva, la integridad psicofísica y el goce de los avances científicos.

Tampoco debe pasarse por alto la posición que ocupa la mujer gestante, amiga de la pareja comitente. En este sentido, el Juez hace énfasis en que es imprescindible la ausencia de voluntad procreacional en ella; sino que su aporte tiene que ser la expresión de una actitud altruista y desinteresada, en apoyo a la realización de la práctica en favor de la pareja. Hay que destacar así la particularidad de que el proyecto parental compromete

el cuerpo y la salud de una tercera persona, con quien después el niño o niña no tendrá vínculo jurídico alguno, más allá de su derecho a saber que ha nacido de este modo (Notrica & Curti, 2018: 14-15).

Dicho esto, una vez manifestada y asumida la voluntad procreacional -manifestada de manera libre e informada-, ésta debe ser el fundamento legítimo para establecer la relación jurídica entre los actores y el niño nacido, ya que así se le garantiza al niño un entorno familiar adecuado y se respeta la autonomía de la persona gestante de participar del proceso sin tener que asumir ningún rol materno.

4. La declaración de inconstitucionalidad

Los actores solicitaron que, una vez autorizada la práctica, y de resultar ésta exitosa, el hijo nacido sea inscripto a su nombre, es decir, como hijo de la pareja.

En este sentido, se advierte que existe una clara contradicción de todo lo expuesto anteriormente con la disposición expresa del art. 562 del CCCN en cuanto establece que *“los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que ha prestado su consentimiento previo ...”*.

A los fines de resolver esta cuestión, el Juez -acertadamente- planteó que la mencionada norma adopta una postura desfavorable respecto a la práctica analizada, ya que no toma en cuenta el elemento volitivo, sino que desconoce totalmente la voluntad de los progenitores intencionales, con todo lo que ello implica, atribuyéndosela a la mujer gestante.

En este sentido, planteó que *“quitando el impedimento legal de la disposición del art. 562 del CCC, la autorización que esta resolución alumbraría resultaría inviable e intrínsecamente contradictoria. Se transformaría en una encerrona que la propia autorización procura despejar, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, debe reconocer a esta última como su madre, invalidando la razón que le dio carta libre a la práctica como la voluntad procreacional de Virginia Gertrudis Alanis”*.

Simplificando, podemos decir entonces que, en caso de que no se declarara la inconstitucionalidad del artículo, los actores verían violentado su derecho de ser padres, que está autorizado y reconocido por el propio artículo que habilita la práctica. En este sentido, considero más que razonable la conclusión a la que llega el juzgador.

III. Conclusiones

En definitiva, estimo que la solución adoptada por el Tribunal resulta adecuada a las circunstancias presentadas ya que el Juez se mostró atento y a la altura de los avances sociales, científicos y jurídicos, así como de las problemáticas que atraviesa hoy el derecho de filiación. Esta solución integra el conjunto de antecedentes que hoy están dando cuenta de que el derecho argentino, en particular el de Córdoba, no puede ni debe quedarse atrás en cuestiones tildadas a veces de sensibles o polémicas, sino que tiene que ser aquel que asegure el amparo efectivo de los derechos esenciales de sus ciudadanos.

En este sentido, el fallo no sólo da respuesta concreta y justa a los actores, sino que también representa un ejemplo de cómo, frente a los vacíos legislativos, la judicatura puede -y debe- actuar como agente de adecuación normativa a la realidad social contemporánea.

nea; promoviendo así un derecho dinámico, inclusivo y comprometido con la dignidad humana.

Ojalá estos avances constituyan un punto de partida, que sirva también como llamado a la sociedad en general y a los agentes de derecho en particular, para dar respuestas concretas a las problemáticas causadas por un derecho muchas veces insuficiente y ajeno a la realidad.

Referencias bibliográficas

- Gil Domínguez, A. (2015). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ediar.
- International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology & Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Organización Mundial de la Salud.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2012). Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino: Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Derecho Privado*, 1(1), 3-45.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución: *Realidad y derecho*. *InDret*.
- Masciotra, M. (s.f.). Discrecionalidad judicial: paradigma del Código Civil y Comercial de la Nación. *Base de Datos SAJ*. ID SAJ: DACF240083.
- Notrica, F., & Curti, P. J. (2018). Técnicas de reproducción humana asistida. En M. Herrera (Dir.), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Tomo II, pp. 14-15). Rubinzal Culzoni.

DIRECTRICES para AUTORAS/ES

En los siguientes links se puede consultar información de interés para quienes estén interesadas/os en publicar en la Revista Derecho y Salud:

- Sobre la Revista: <https://bit.ly/3CFpA4x>
- Directrices para autoras y autores: <https://bit.ly/3k5ymBr>
- Buenas prácticas editoriales: <https://bit.ly/31w0YO3>

La misma información está disponible escaneando con su dispositivo móvil los siguientes Códigos QR:

- Sobre la Revista:



- Directrices para autoras y autores:



- Buenas prácticas editoriales:



REDES SOCIALES

La Revista Derecho y Salud interactúa con autoras/es y lectoras/es a través de su página en la red social LinkedIn (<https://bit.ly/3SKxJge>) y en X (@rdys_ubp).

Acceso disponible, también, escaneando el siguiente Código QR:



LinkedIn



Twitter



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer