

AÑO 6_Nº 7

Diciembre 2022

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 6 · Nro. 7 · Diciembre 2022 //
ISSN (Versión impresa): 2591-3468 · ISSN (Versión online): 2591-3476

REVISTA

Derecho y Salud

Consejo Editorial

• **Directora: Claudia E. Zalazar**

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina) y 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 Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Carlos III de Madrid. Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina).

Consejo Científico

- **Fernando Aith**, Facultad de Salud Pública, Universidad de San Pablo (Brasil);
- **Antonio Arroyo Gil**, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España);
- **Marcelo Bernal**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (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);
- **Guillermo C. Ford Ferrer**, Director de la Carrera de Abogacía, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **José Roberto Freire Pimenta**, Facultad de Derecho, Centro Universitário UDF (Brasil);
- **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 Vial**, Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Sao Paulo (Brasil);
- **Néstor Pisciotta**, Secretario de Investigación y Desarrollo, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Susana Sánchez Ferro**, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España);
- **Domingo Antonio Viale**, Director del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Virginia Zambrano**, Departamento de Estudios Políticos y Sociales, Universidad de Salerno (Italia).

Diseño y Diagramación

- **Mauricio Tagliavini**

Reconocimiento a Evaluadores

Los Evaluadores del séptimo número de la Revista Derecho y Salud han sido profesores e investigadores de las siguientes Universidades e Instituciones nacionales e internacionales: Área de Bioética del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba (Argentina); Universidad Blas Pascal (Argentina); Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Universidade Federal do Maranhão (Brasil); Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (Brasil); Universidad Nacional Autónoma de México (México).



Copyright © 2022 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 anual de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: rdys@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. TRIBUNA

- Supremo Tribunal Federal suspende lei do piso salarial dos profissionais de enfermagem: por quê?**
Supreme Federal Court suspends nursing floor wage law: why?
Edith Maria Barbosa Ramos 15

2. ESTUDIOS GENERALES

- Evolución de la jurisprudencia mexicana respecto del estado de interdicción y el régimen de capacidad jurídica de las personas con discapacidad**
Mexican case law evolution regarding the figure of interdiction and the regime of legal capacity of people with disabilities
Lorena Guadalupe Von Aguilar 29
- Direito do Paciente: fundamentos teóricos do novo ramo jurídico**
Patient Law: theoretical foundations of the new legal Branch
Aline Albuquerque 47
- Síndrome coronario agudo como accidente de trabajo en el ámbito laboral de Argentina 2010-2020**
Acute Coronary Syndrome as a Work-Related Accident in The Workplace in Argentina 2010-2020
Dina Jullier, César Claudio Benvenuto y Esteban Ignacio Viñas 64

3. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- 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**
Preventive health rights and the right to respect for private life: conclusions drawn from European Court of Human Rights Vavříčka case
Marc Suñer 83

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Manuela, víctima de los estereotipos de género**
Manuela, victim of gender stereotypes
Nadia Virginia Copello 97
- El derecho a la salud de los niños y niñas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**
Children's right to health by the Inter-american Court of Human Rights
Marcos Maximiliano Cáceres Falkiewicz 107

Tribunal Constitucional Federal alemán

- Solicitud de cambio de requisitos para acceder a la dirección de centros de transfusión sanguínea en Italia**
Application for change in the requisites to access blood transfusion centers management in Italy
Pablo Ahijado Novoa 122

Tribunal Constitucional de España

-Los límites para limitar derechos: el rol de la proporcionalidad

Limits to limitations on rights: the role of proportionality

Ignacio Vázquez 130

-El derecho de las personas con discapacidad a acceder a la incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada

The right of people with disabilities to access permanent disability from a situation of early retirement

Florencia Finkelstein 142

Tribunal Supremo de España

-Proporcionalidad y su presencia en medidas anti-Covid: exigencia de certificado digital o prueba negativa

Proportionality and its presence in anti-Covid measures: requirement of digital certificate or negative test

Carmen María Chico Alcázar 151

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-Derecho, federalismo y pandemia: punto de partida para nuevos desafíos

Law, federalism and pandemic: starting point for new challenges

María Natalia Juez 166

Tribunales Federales

-Autocultivo de Cannabis medicinal: implicancias en el derecho a la salud

Self-cultivation of medicinal Cannabis: implications for the right to health

Ángeles María Baez 175

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

-Personas mayores vulnerables: discriminación por razones de edad en el acceso a determinadas prestaciones de salud. Necesidad de una concreta adecuación y actualización normativa

Vulnerable older people: age discrimination in access to certain health benefits. Need for a specific adaptation and regulatory update

María Alejandra Asencio y Fedra Carla Gatti 185

-¿Es necesario que la justicia autorice la gestación por subrogación?

Is it necessary for justice to authorize surrogacy?

Sebastián Sandoval Junyent 194

-El cambio de paradigma en torno a la capacidad en Argentina

The paradigm shift around capacity in Argentina

María Florencia Blanco Pighi 202

-El derecho de las mujeres a un parto respetuoso e informado

Women's right to a respectful and informed childbirth

Verónica Barrios 211

-Legitimación activa amplia en el Amparo

Broad legal standing in the appeal for legal protection (Amparo)

Stefania Melisa Cuello 220

-Medidas cautelares innovativas en tiempos de Covid-19

Innovative precautionary measures in times of Covid-19

Catalina Costamagna 229

-Limitación a la capacidad: tutela judicial efectiva para personas con especial vulnerabilidad

Capacity limitation: effective judicial protection for people with special vulnerability

María Yanina Gázquez 242

4. DIRECTRICES PARA AUTORES 258

5. REDES SOCIALES 259

1. TRIBUNA

Supremo Tribunal Federal suspende lei do piso salarial dos profissionais de enfermagem: por quê?

Supreme Federal Court suspends nursing floor wage law: why?

Edith Maria Barbosa Ramos¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)01)

Em 08 de agosto de 2022 a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNSaúde ajuizou Ação Direta Inconstitucionalidade – ADI nº 7222, com pedido de medida cautelar, para suspender dispositivos da Lei nº 14.434/2022 que estabeleceram o piso salarial para enfermeiros, auxiliares, técnicos de enfermagem e parteiras em desfavor da Presidência da República e o Congresso Nacional. Entre outras questões a entidade requerente alegou que a norma desrespeitava a auto-organização financeira, administrativa e orçamentária dos entes federativos, tendo em vista que impacta o regime jurídico de seus servidores e os hospitais privados contratados por estados e municípios para realizar procedimentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O feito foi distribuído ao ministro Roberto Barroso na qualidade de Relator, responsável pela análise monocrática da medida cautelar solicitada.

A Constituição Federal brasileira de 1988 apresenta o direito ao trabalho como relevante instrumento assecuratório da vida digna dos cidadãos, consignados nos artigos. 6º, 7º e 170 do texto constitucional vigente. Assim, o Estado deve buscar o pleno emprego, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

“Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho” (NASCIMENTO, 2004, p. 779) Assim, salário é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer às suas necessidades normais Oliveira, 2017, p. 2). Oliveira (2017, p.2) ainda destaca que:

1 Pós-Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora da graduação e Pós-graduação da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Coordenadora do Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Bolsista do BEPP/FAPEMA (Bolsa de Estímulo à Produtividade em Pesquisa - Edital nº 007/2021 - Produtividade - 2021/2022). Coordenadora e Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Santa Luzia/Santa Inês (MA). Membro Convidado da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário e da Associação Lusófona de Direito da Saúde - ALDIS. Presidente da Comissão de Direito à Saúde do Conselho Seccional da Orem dos Advogados do Brasil (OAB), no Maranhão (Portaria nº 291, de 24 de fevereiro de 2022). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6064-1879>. E-mail: edith.ramos@ufma.br

De forma geral define-se como piso salarial a menor remuneração de uma determinada categoria ou várias categorias profissionais, podendo ser estipulado em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, Lei Federal ou, a partir de 14 de julho de 2000, Lei Estadual. Por outro lado, salário profissional é a menor remuneração de uma categoria profissional, definida em Lei Federal e devido à complexidade na aprovação no Congresso Nacional, são raras as categorias profissionais que atualmente possuem salário profissional.

Resende (2020, p. 1229) destaca que o piso salarial é o menor valor que uma determinada categoria de trabalhadores deve receber. Necessário observar que o piso salarial não se confunde com o salário-mínimo nacional, o piso salarial deve ser superior a este. O piso salarial pode ser fixado por instrumento coletivo de trabalho, em sentença normativa ou em lei.

A República brasileira é um estado federativo e tem como característica e existência de duas casas legislativas em âmbito nacional, qual sejam: a Câmara dos Deputados (CD) e o Senado Federal (SF). A Câmara dos Deputados garante a participação dos Estados no poder legislativo federal, por meio de deputados eleitos para elaborar leis de interesse nacional. O Senado Federal é o órgão representativo dos Estados-membros, com previsão, na Constituição Federal, para representar as ordens jurídicas parciais, ou seja, os estados federados (BULOS, 2007, p. 714). Nessa toada, as entidades federativas podem gerenciar negócios (competência administrativa), ter renda própria (competência tributária) e criar comandos gerais e abstratos para reger suas relações (competência legislativa)

No caso em tela e em sua manifestação, o Ministro Relator, destaca que a Câmara dos Deputados argumentou pela denegação da cautelar pleiteada pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNSaúde.

A CNSaúde foi criada em 1994, é uma entidade sindical de terceiro grau, o mais elevado existente na legislação sindical, tem sede no Distrito Federal e congrega hodiernamente oito federações, além de 90 sindicatos de saúde em atividade no país. Segundo informações constantes no site da própria CNSaúde, a entidade representa todos os estabelecimentos de serviços de saúde no Brasil, como hospitais, clínicas, casas de saúde, laboratórios de análises clínicas e patologia clínica, serviços de diagnóstico, imagem e fisioterapia, entre outros estabelecimentos do gênero (CNSAÚDE, 2022).

A CD asseverou que a fixação de piso salarial nacional para os profissionais de enfermagem está prevista nos artigos 1º, V e 22, I, da Constituição Federal brasileira de 1988. Além disso, afirmou que com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 124/2022, o artigo 198, § 12, estabeleceu a competência da União para instituir pisos salariais nacionais para esses profissionais, norma a ser observada por todas as pessoas jurídicas de direito público e privado. Ressalta ainda a CD que no momento de início da vigência da norma impugnada, já estava em vigor o novo texto constitucional. Cabe esclarecer que art. 60 da Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece a possibilidade de reforma do texto constitucional por meio de emenda à Constituição, nos seguintes termos, *ipsis litteris*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presiden-

te da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (BRASIL, 2022).

Por sua vez, o Senado Federal apresentou manifestação pelo indeferimento da medida cautelar, haja vista a ausência de probabilidade do direito invocado, argumentando a observância do regular processo legislativo, assim como sustentou que, na data da publicação da nova lei, o texto constitucional já determinava a instituição de piso salarial para a categoria, destacou ainda a insuficiência de fundamentos da peça inicial da CNSaúde para elidir a presunção de constitucionalidade da norma legal impugnada. Fajardo (2008, p. 22) assinala que os atos legislativos, emanados do Poder Legislativo, são dotados de presunção de constitucionalidade, ressalta que se trata de uma presunção relativa, já que, pela atuação dos órgãos competentes, podem ser posteriormente declarados inconstitucionais.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Presidência da República, quando de suas informações, defendeu a constitucionalidade da norma impugnada, argumentado que o piso salarial para os profissionais de enfermagem não configura aumento salarial, mas o estabelecimento de um mínimo remuneratório, em caráter nacional para a categoria (Enfermeiro, Técnico em Enfermagem, Auxiliar de Enfermagem e Parteira) com aplicação no serviço público e na iniciativa privada. Alerta, o Presidente da República, que a nova lei não afronta o artigo 169, § 1º, I da Constituição Federal brasileira, nem o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tendo em vista que não trata de aumento de remuneração, concessão de vantagem, criação ou alteração de despesa obrigatória, nem renúncia de receita.

A Procuradoria Geral da República não se manifestou quando da decisão liminar do Ministro Relator Roberto Barroso. A Advocacia Geral da União se manifestou nos seguintes termos:

“Constitucional. Piso salarial. Disposições da Lei nº 14.434/2022, que alteram a Lei nº 7.498/1986, “para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira”. Supostos vícios de inconstitucionalidade formal e material. Ausência de violação aos artigos 1º, inciso IV; 61, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c”; 169, § 1º, inciso I; 170, inciso IV; 174 e 196, todos da Constituição Federal; e artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Cumprimento da determinação contida no artigo 198, § 12, da Carta da República, incluído pela Emenda Constitucional nº 124/2022. As hipóteses constitucionais de iniciativa legislativa exclusiva estão taxativamente estabelecidas no Texto Constitucional. A norma impugnada não versa sobre aumento de remuneração no âmbito da Administração

Pública, mas sim sobre piso salarial do setor público e privado. Lei que se coaduna com o princípio constitucional de valorização dos profissionais de saúde e com as regras constitucionais que disciplinam o orçamento público (artigos 7º, inciso V; 169, § 1º, incisos I e II; e 196 da CF/88). Conciliação da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, nos moldes do artigo 170 da Lei Maior. Prazo para os entes federativos adequarem seus regimes jurídicos à nova sistemática (artigo 198, § 13, da Constituição). Precedentes desta Corte. Ausência do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora”. Manifestação pelo indeferimento da medida cautelar postulada”.

O artigo 7º, V, da Constituição Federal (CF) de 1988 assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito a um piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. O artigo 22, I, CF/88 estabelece que é competência privativa da União legislar sobre direito do trabalho. Em razão do seu parágrafo único, há possibilidade de delegação aos Estados e ao Distrito Federal as competências previstas nesse artigo, por meio de Lei Complementar, qual seja Lei Complementar nº 103/2000. Além disso, os pisos salariais também podem ser fixados por negociação coletiva entre os sindicatos de trabalhadores e empregadores.

O Ministro Relator destaca que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF entende que, em regra, os pisos salariais não se aplicam aos servidores públicos estatutários. Para o STF os direitos sociais consagrados no artigo 7º da CF/88 são dirigidos aos empregados celetistas, exceção aos especificados no artigo 39, § 3º da CF/88 que se aplicam também aos servidores públicos estatutários.

Para o Ministro Relator a aplicação de pisos salariais aos servidores públicos pode acarretar aumento dos vencimentos desses agentes públicos sem a iniciativa de lei privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, a) (ADI 290 MC. Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.10.1991). O STF tem entendido que a extensão aos servidores públicos de piso salarial previsto para toda uma categoria profissional caracterizaria conexão remuneratória proibida pelo artigo 37, XIII, da CF/88 (ADI 688, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 19.12.2014). O Ministro Relator da presente ação destaca ainda que o Recurso Extraordinário RE 1.339.419 AgR, Rel. Alexandre de Moraes, j. em 04.10.2021, assevera que a aplicação de piso salarial previsto em lei federal a agentes públicos estaduais, distritais e municipais afronta a autonomia político administrativa e financeira dos entes subnacionais.

Antes mesmo da Ementa Constitucional nº 124/2022, o Ministro Relator ressaltou que a CF/88 já previa a existência de duas hipóteses de estabelecimento de pisos salariais para carreiras do serviço público pela União, quais sejam: a) para os profissionais da educação escolar pública e do magistério da educação básica pública (art. 206, VIII e art. 212-A, XII, introduzidos pelas Emendas Constitucionais nº 53/2006 e 108/2020, respectivamente) e o b) piso salarial dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias (art. 198, § 5º, introduzido pela EC nº 63/2010).

Em sua decisão o Ministro Relator destacou que o piso salarial nacional dos profissionais do magistério público da educação básica foi regulamentado pela Lei nº 11.738/2008, norma considerada constitucional pelo STF no julgamento das ADIs 4.167 e 4.848, de relatoria dos ministros Joaquim Barbosa e do próprio Roberto Barroso, respectivamente. O argumento do STF para garantir a legitimidade dessa lei foi a previsão constitucio-

nal expressa que determinava o estabelecimento do piso salarial, tendo em vista que a Emenda Constitucional que criou a previsão do piso e a lei que a instituiu forneceram os mecanismos financeiros necessários para que Estados e Municípios cumprissem a determinação legal.

Já o piso salarial dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias foi definida na Lei nº 11.350/2006, em redação conferida pela Lei nº 12.994/2014 e alterada posteriormente pela Lei nº 13.708/2018. Deve-se destacar que, nas palavras do Ministro Relator em:

(...) 25.03.2021, o STF reconheceu a existência de repercussão da questão relativa à aplicabilidade da Lei nº 11.350/2006 aos agentes municipais independentemente do regime jurídico a que se submetam. O Recurso Extraordinário 1.279.765 (Rel. Min. Alexandre de Moraes), em que a controvérsia será decidida pelo Plenário desta Corte, ainda está pendente de julgamento. Os pisos salariais definidos na Lei nº 14.434/2022, se aplicam, nos termos da lei, a todos os profissionais da enfermagem, sejam eles vinculados ao setor público ou ao setor privado, admitidos como servidores públicos estatutários ou como empregados celetistas. Considerando a extensão da amplitude conferida pela lei aos pisos salariais por ela definidos, os fundamentos encontrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e a edição da Emenda Constitucional nº 124/2022 no curso do processo legislativo, cabe perquirir, ainda em sede liminar, se há plausibilidade jurídica na alegação de que a lei impugnada contém vício de iniciativa, tendo em vista a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo destinado à concessão de aumento à remuneração de servidores públicos.

Assim, a Emenda Constitucional nº 124/2022 representa a terceira hipótese de piso salarial para categorias do serviço público prevista expressamente no texto constitucional. Da mesma forma que essa EC, as Emendas Constitucionais nº 53/2006, 108/2020 e 63/2010 também foram editadas por iniciativa parlamentar. Deve-se destacar que o caso dos agentes comunitários de saúde e de combate às endemias ainda está pendente de avaliação pelo plenário do STF.

No caso dos profissionais da educação, o Pleno do STF declarou a constitucionalidade da Lei nº 11.738/2008 mesmo sendo o projeto de autoria parlamentar. O Ministro Relator destacou em sua decisão liminar que embora a questão da iniciativa do projeto de lei não tenha sido substancialmente discutida nos acórdãos das ADIs 4.167 e 4.848, o entendimento sugere que a matéria não exige iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Assim, observa-se que a conclusão do Ministro Relator, nessa questão específica, compreende que diante dos argumentos levantados e em razão da possibilidade de o constituinte reformador promover a uniformização nacional do patamar mínimo remuneratório de certas categorias pode ser constituída como razoável, ainda que inicialmente, e que essas normas independem de iniciativa legislativa privativa do Presidente da República.

Sobre o processo legislativo, deve-se esclarecer que a EC nº 124/2022 só foi editada após a aprovação definitiva o projeto de lei que deu origem à Lei nº 14.434/2022. Ou seja, houve uma inversão na ordem de aprovação das normas, de tal forma que parece que a lei ordinária determinou a mudança constitucional. Pois veja-se, a PEC nº 11/2022 foi proposta em 04/05/2022, data em que o Projeto de Lei nº 2.564/2020 foi aprovado pela

Câmara dos Deputados, depois de ter sido aprovado pelo Senado Federal. Além disso, a PEC somente foi aprovada em 13/07/2022. Nesse período o projeto de lei permaneceu sobrestado, não sendo enviado à deliberação executiva, para aguardar, propositalmente, a promulgação da EC que convalidaria o vício de iniciativa do processo legislativo. A própria justificativa da PEC nº 11/2022 relata que:

O Brasil aplaudiu os profissionais da enfermagem, verdadeiros guerreiros da linha de frente na guerra contra a Covid-19. A sociedade brasileira quer valorizar estes profissionais, e por isso o Congresso tem avançado com o piso salarial nacional para enfermeiros, técnicos, auxiliares e parteiras. Com esta proposta emenda constitucional, buscamos dar maior segurança jurídica para esta iniciativa. De nada irá adiantar aprovar o PL do piso salarial se no dia seguinte ele for suspenso pelos tribunais do País, sob o argumento de vício de iniciativa. Esta seria uma grande frustração, principalmente para os servidores públicos da saúde. Por isso, propomos replicar o arranjo constitucional feito para o piso salarial profissional nacional do magistério: previsto expressamente na Constituição e regulado por lei ordinária. Com a aprovação desta PEC, haverá segurança jurídica para a plena validade do piso salarial. Nesse sentido, também reproduzindo a sistemática do piso nacional do magistério, transferimos a vigência do piso, em relação aos servidores públicos, para o exercício financeiro seguinte ao da aprovação da lei, de modo que seja possível aos entes federativos ajustar seus orçamentos e adequar os planos de carreiras das categorias profissionais aos novos valores. Tudo em respeito ao princípio federativo. É hora de aplaudirmos os profissionais da saúde no Brasil. Peço o apoio dos Pares para aprovação desta proposição.

O Ministro Relator alertou para o fato da necessidade de definição sobre o momento em que se deve aferir a legitimidade da iniciativa legislativa, se no momento do exercício da iniciativa ou ao tempo da sanção presidencial. A CNSaúde argumenta que é no momento da iniciativa, para o Senado Federal, o momento, é na deliberação executiva. O Ministro Relator levantou dúvida sobre a aptidão da EC para convalidar o vício de iniciativa do processo legislativo, no entanto, deixou esse item para ser analisado em momento oportuno posterior.

No que tange a alegação de violação à autonomia financeira e orçamentária dos entes subnacionais, notadamente a questão dos servidores públicos estatutários e dos empregados de hospitais conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS). A CNSaúde argumenta que a Lei traz imposição aos setores público e privado. Observa-se que a regulamentação constitucional de piso salarial é temática excepcional. Assim, para o Ministro Relator os entes federativos possuem autonomia para definir a remuneração de seus agentes públicos e seus gastos em geral, bem como possuem autonomia para definir a alocação de seus próprios recursos.

A forma federativa de Estado no Brasil é cláusula pétrea, caracterizada pela autonomia dos entes federativos (art. 18 e 60, § 4º, I, CF/88), assim entende o Ministro Relator que a fixação de pisos salariais nacionais para carreiras do serviço público dos entes subnacionais deve garantir a forma federativa e não interferir com o núcleo essencial da autonomia financeira e orçamentária dos entes políticos. O Ministro Relator destaca que: As Emendas Constitucionais nº 53/2006 e 63/2010, que preveem hipóteses de pisos salariais nacionais para carreiras do serviço público, parecem ter em conta esse limite material ao poder de reforma. Isso porque ambas promovem a criação de novos mecanis-

mos financeiros para que Estados, Distrito Federal e Municípios possam fazer frente ao aumento de despesas decorrente da submissão aos novos pisos salariais, sem que haja prejuízo às suas demais atribuições e compromissos constitucionais. A EC nº 53/2006, que incluiu entre os princípios do ensino a existência de piso salarial nacional, nos termos de lei federal, promoveu a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB). O FUNDEB assegura a distribuição de recursos aos entes subnacionais, inclusive mediante complementação do Fundo pela União nos casos em que isso se faça necessário. Além disso, a emenda constitucional vincula proporção superior à metade dos recursos do Fundo exclusivamente para o pagamento de profissionais do magistério da educação básica.

Cabe ressaltar, como fez o Ministro Relator, que essa circunstância foi levada em consideração nos julgamentos realizados pelo STF, que entendeu pela constitucionalidade da Lei nº 11.738/2008. Como pode ser observado no pronunciamento do Tribunal, *ipsi litteris*:

(...) Preocupavam-se alguns dados referentes, exatamente na questão federativa posta, a responsabilidade dos administradores públicos para fazer frente a eventuais demandas, inclusive financeiras, mas que tanto esta lei quanto a Lei n. 11.494/07 – que tratou do Fundo – especificaram a União e a dotaram do dever de integralizar os períodos por ela adotados das condições necessárias para que os demais entes políticos cumpram exatamente o que é necessário em termos de integralização financeira dos aportes, para que se cumpra tudo que está posto nessa lei. Portanto, não vislumbro inconstitucionalidade alguma. (ADI 4.167 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 17.12.2008, voto da Min.ª Cármen Lúcia).

O que o STF tem destacado é que nos casos da fixação do piso salarial nacional do magistério de educação básica (Lei nº 11.738/2008), assim como no piso salarial dos agentes comunitários de saúde e agentes comunitários de endemias (EC nº 63/2010) há previsão de complementação financeira para garantir o cumprimento da obrigação imposta aos entes subnacionais (ADI 4.848, sob Relatoria de Roberto Barroso, j. 01.03.2021). Para ir além, o art. 198, § 5º da CF/88, incluído pela EC nº 63/2020 determina que a União tem competência para prestar assistência financeira complementar aos Estados, Distrito Federal e Municípios para o cumprimento do piso. Cabe também considerar que a EC nº 120/2022 introduziu parágrafos ao art. 198 determinando que:

§ 7º O vencimento dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias fica sob responsabilidade da União, e cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer, além de outros consectários e vantagens, incentivos, auxílios, gratificações e indenizações, a fim de valorizar o trabalho desses profissionais.

§ 8º Os recursos destinados ao pagamento do vencimento dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias serão consignados no orçamento geral da União com dotação própria e exclusiva.

§ 9º O vencimento dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias não será inferior a 2 (dois) salários-mínimos, repassados pela União aos Municípios, aos Estados e ao Distrito Federal.

Da leitura da decisão liminar do Ministro Relator Luís Roberto Barroso pode-se inferir que sua preocupação gira em torno de eventual risco ao pacto federativo decorrente da Lei nº 14.434/2022, assim como do próprio texto da EC nº 124/2022. Algo que chamou

atenção ao Ministro Relator foi o fato que o grupo de trabalho da Câmara dos Deputados que estudou a temática apontou que quase a totalidade da categoria dos profissionais de enfermagem está vinculada ao setor público pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Em dados quantitativos, o Ministro Relator trouxe a baila dados do DIEESE que destacou que 306 mil profissionais da categoria beneficiada com as novas Lei e EC são agentes do setor público municipal, 112 mil do setor público Municipal e apenas 18 mil do setor público federal, e que o incremento financeiro para custear o piso será aproximadamente de R\$ 4,4 bilhões ao ano para os Municípios, 1,3 bilhões ao ano para os Estados e apenas de 53 milhões à União.

Quanto ao setor privado, notadamente o conveniado ao SUS, especialmente hospitais filantrópicos, esse setor responde por 50% e 70% dos atendimentos de média e alta complexidade, respectivamente. O Ministro Relator ainda pôs em evidência que:

Segundo informações apresentadas aos parlamentares pela Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), já havia subfinanciamento na atuação dessas entidades, por conta da defasagem nos valores praticados pelo SUS para a remuneração dos serviços ambulatoriais e hospitalares. Conforme relatório elaborado pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, de junho de 2012, considerando todos os níveis de complexidade de atenção, a cada R\$ 100,00 gastos pelos hospitais, apenas R\$ 60,00 são remunerados pelo SUS. O incremento de custos previsto para esse setor, na estimativa do DIEESE apresentada ao grupo de trabalho da Câmara dos Deputados, é de R\$ 4,5 bilhões ao ano, considerando a existência de 356 mil profissionais de enfermagem. A CMB, em manifestação juntada aos autos (doc. 102), alega que são 473 mil profissionais e que o impacto estimado é de R\$ 6,3 bilhões ao ano. Tais valores têm potencial para impactar as finanças públicas, já que, diante de eventual desequilíbrio econômico-financeiro que sobrevenha aos convênios e contratos formalizados para a prestação de serviços ao SUS, é esperado que os particulares busquem a revisão de suas cláusulas em face dos Estados e municípios celebrantes.

Diante dessas constatações o Ministro Relator assevera o protagonismo de Estados e Municípios na prestação desse tipo de serviço, há necessidade de avaliação do impacto financeiro decorrente dos novos pisos para a solução da controvérsia. No tocante a um possível desrespeito ao proporcionalidade em razão dos efeitos colaterais da aplicação da lei, deve-se considerar que, segundo Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade tem fundamento nas noções de justiça e do devido processo legal substantivo, instrumento que permite ao Judiciário invalidar atos do poder público que não observem a adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado, não levem em consideração a necessidade, quando há meio menos gravoso para chegar ao mesmo resultado e quando não adotem a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, os custos superem os benefícios.

A CNSaúde e parte das entidades que solicitaram amici curiae apontam um conjunto de consequências adversas que podem ser desencadeadas pela aplicação da Lei 14.434/2002, entre elas pode-se considerar o risco de demissões em massa de profissionais da enfermagem, principalmente no setor privado e a possibilidade de interrupção ou deterioração da oferta de leitos e demais serviços hospitalares, inclusive no SUS. O Ministro Relator expõe que:

Pesquisa realizada pela autora da ação, juntamente com a CMB, a Associação Brasileira de Medicina Diagnóstica (Abramed), a Federação Brasileira de Hospitais (FMH) e a Associação Nacional de Hospitais Privados (Anahp), entrevistou 2.511 instituições hospitalares privadas [8], entre 19 e 23 de agosto, para questionar as medidas a serem adotadas para o cumprimento dos novos pisos salariais. Como resultado, 77% delas responderam que precisarão reduzir o corpo de enfermagem; 65% terão que reduzir pessoal em outras áreas e 51% disseram que reduzirão o número de leitos. A partir das informações coletadas, estimasse que 80 mil profissionais de enfermagem serão demitidos e 20 mil leitos serão fechados em todo país, como decorrência do impacto financeiro dos novos pisos salariais.

O Ministro Relator destaca que não existem dados oficiais sobre demissões no setor, pois a lei ainda é muito recente, no entanto ressalta que a possível dispensa em massa de funcionários guarda coerência com o impacto estimado pela Câmara dos Deputados para o Setor Privado que gira em torno de 10,5 bilhões, considerando as entidades com e sem fins lucrativos. O serviço de diálise pode ser comprometido, segundo o Relator:

De acordo com informações prestadas pela Associação Brasileira dos Centros de Diálise e Transplante (ABCDT) durante a tramitação do projeto de lei, suas associadas atendem mais de 144 mil pacientes, sendo 86% deles por meio de atendimentos no SUS. Em razão da defasagem já existente de 40% entre o custo do procedimento e o valor pago conforme tabela de remuneração do SUS, haveria a expectativa de grave redução da oferta de serviços a partir da incidência dos novos pisos salariais. Isso porque as despesas com o pagamento de profissionais de enfermagem já representavam 47% do custo por sessão de hemodiálise, antes mesmo da edição da Lei nº 14.434/2022.

O PL nº 2.564/2020 tem entre seus fundamentos buscar homenagear e promover a valorização dos profissionais de enfermagem, no entanto seu efeito colateral pode não ser adequado para os fins almejados, argumenta o Ministro Relator. As externalidades negativas da medida, como o fechamento de leitos e a redução na oferta de serviços hospitalares essenciais representa grave risco, principalmente nas unidades mais vulneráveis da federação brasileira. Feita uma comparação entre o Sudeste e o Nordeste do país, o Relator assevera que:

A comparação entre os novos pisos e a média salarial praticada nas unidades da Federação evidencia que, no estado de São Paulo, o aumento salarial necessário para o atingimento do novo piso dos enfermeiros seria de apenas 10%, enquanto, no estado da Paraíba, o aumento seria de 131%. No caso dos técnicos de enfermagem, as entidades hospitalares do estado de São Paulo atingiriam o piso com um aumento de 40% em sua média salarial; no estado da Paraíba, seria necessário um aumento de 186%. À luz do que afirmo até aqui, tenho que os efeitos colaterais advindos da dificuldade de implementação dos pisos, variável conforme a realidade de cada região do país, podem impactar a promoção do princípio constitucional da busca pelo pleno emprego e do direito constitucional à saúde. Nessa medida, a alteração legislativa impugnada pode estar contraindicada em uma análise de proporcionalidade em sentido estrito. Essa circunstância também não pode ser desconsiderada num exame preliminar da controvérsia.

O Ministro Relator concedeu a medida liminar pleiteada pela CNSaúde. Argumentou para tanto que além da discussão sobre o vício de iniciática, da questão da constitu-

cionalidade superveniente de lei de iniciativa parlamentar e da violação da autonomia federativa, deve-se considerar os eventuais impactos negativos da adoção do piso para os profissionais de enfermagem. Haja vista que a proposição normativa não apresentou em sua justificativa os custos e impactos da medida sugerida, deixando claro um evidente perigo à prestação dos serviços de saúde. Ressalta que o Poder Legislativo aprovou o projeto e o Poder Executivo sancionou sem cuidar das providências viabilizadoras de execução. Assim, o Roberto Barroso busca informações sobre:

(i) a situação financeira de Estados e Municípios, em razão dos riscos para a sua solvabilidade (CF, art. 169, § 1º, I); (ii) a empregabilidade, tendo em vista as alegações plausíveis de demissões em massa (CF, art. 170, VIII); e (iii) a qualidade dos serviços de saúde, pelo alegado risco de fechamento de leitos e de redução nos quadros de enfermeiros e técnicos (CF, art. 196). Para isso, devem ser colhidas informações dos entes estatais e órgãos públicos competentes, bem como das entidades representativas das categorias e setores afetados pela lei. Uma vez recebidas essas manifestações, reapreciarei o pedido cautelar. Naturalmente, as instituições privadas que tiverem condições de, desde logo, arcar com os ônus do piso constante da lei impugnada, não apenas não estão impedidas de fazê-lo, como são encorajadas a assim proceder. As circunstâncias constitucionais e fiscais aqui apontadas não significam que o valor não seja justo e que as categorias beneficiadas não mereçam a remuneração mínima.

Por fim, o Ministro Relator entende que só poderá alterar decisão de concessão da medida cautelar de suspensão dos efeitos da Lei nº 14.434/2022 quando forem esclarecidas as questões referentes a situação de solvabilidade financeira dos entes federativos, a questão de uma possível demissão em massa da categoria e a empregabilidade dos profissionais de enfermagem e o risco a qualidade dos serviços de saúde.

Referências bibliográficas

- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CNSAÚDE. Confederação Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://cnsaude.org.br/sobre-a-cnsaude/diretoria/>>. Acesso em: 27 out 2022.
- FAJARDO, Claudio Marcelo Spalla. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. Revista do TCU. 2008. Disponível: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/449/499>>. Acesso em: 27 out 2022.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO 2020.

Referências normativas

- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 7222/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Liminar Deferida Ad Referendum. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6455667> >. Acesso em: 27 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 290/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6136039>>. Acesso em: 27 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 688/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur106042/false>>. Acesso em: 27 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4167/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur196918/false>>. Acesso em: 27 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4848/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur445734/false>>. Acesso em: 27 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.339.419. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 4 de outubro de 2021. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur454445/false>>. Acesso em: 27 out. 2022.
- BRASIL. Lei nº 14.434, de 4 de agosto de 2022. Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14434.htm >. Acesso em: 27 out 2022.
- BRASIL. Lei Complementar nº 103, de 14 de julho de 2000. Autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp103.htm>. Acesso em: 27 out 2022.
- BRASIL. Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008. Regulamenta a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11738.htm>. Acesso em: 27 out 2022.
- BRASIL. Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006. Regulamenta o § 5º do art. 198 da Constituição Federal, dispõe sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, e dá outras providências. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11350-5-outubro-2006-545707-publicacaooriginal-58977-pl.html>>. Acesso em: 27 out 2022.
- BRASIL. Lei nº 13.708, de 14 de agosto de 2018. Altera a Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006, para modificar normas que regulam o exercício profissional dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13708.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.708%2C%20

DE%2014%20DE%20AGOSTO%20DE%202018.&text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%BA%2011.350,Agentes%20de%20Combate%20%C3%A0s%20Endemias.>. Acesso em: 27 out 2022.

• BRASIL. Lei nº 12.994, de 17 de julho de 2014. Altera a Lei no 11.350, de 5 de outubro de 2006, para instituir piso salarial profissional nacional e diretrizes para o plano de carreira dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/124110074/lei-12994-14>>. Acesso em: 27 out 2022.

• BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm>. Acesso em: 27 out 2022.

• BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 27 out 2022.

• BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020. Altera a Constituição Federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), para disciplinar a disponibilização de dados contábeis pelos entes federados, para tratar do planejamento na ordem social e para dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb); altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm>. Acesso em: 27 out 2022.

• BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 63, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o § 5º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre piso salarial profissional nacional e diretrizes para os Planos de Carreira de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc63.htm>. Acesso em: 27 out 2022.

• BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 120, de 5 de maio de 2022. Acrescenta §§ 7º, 8º, 9º, 10 e 11 ao art. 198 da Constituição Federal, para dispor sobre a responsabilidade financeira da União, corresponsável pelo Sistema Único de Saúde (SUS), na política remuneratória e na valorização dos profissionais que exercem atividades de agente comunitário de saúde e de agente de combate às endemias. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc120.htm>. Acesso em: 27 out. 2022.

• BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 124, de 14 de julho de 2022. Institui o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc124.htm>. Acesso em: 27 out. 2022.

• BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 11, de 2022. Institui o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2326450>>. Acesso em: 27 out. 2022.

• BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.564, de 2020. Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2309349>>. Acesso em: 27 out. 2022.

2. ESTUDIOS GENERALES

Evolución de la jurisprudencia mexicana respecto del estado de interdicción y el régimen de capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Mexican case law evolution regarding the figure of the state of interdiction and the regime of legal capacity of people with disabilities

Lorena Guadalupe Von Aguilar¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)02](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)02)

Fecha de envío: 22.06.2022

Fecha de aceptación: 15.09.2022

RESUMEN:

A pesar de que México se ha comprometido internacionalmente a velar por los derechos de las personas con discapacidad, el Estado mexicano no ha podido concretar en el plano interno la normativa adecuada que les proporcione un tratamiento digno y les permitan un adecuado desarrollo. Así, ante la inacción legislativa para actualizar los ordenamientos jurídicos, la Suprema Corte de México, a través de sus competencias para interpretar las normas y declarar su inconstitucionalidad y/o inconveniencia, ha hecho un esfuerzo por establecer criterios jurisprudenciales de vanguardia acordes con el nuevo modelo de tratamiento de la discapacidad. Este artículo, tiene como propósito analizar cómo ha sido la evolución de la jurisprudencia mexicana respecto al estado de interdicción y al régimen de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, si ha sido adecuada y si es suficiente para salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad.

ABSTRACT

Despite Mexico's international commitment to protect the rights of persons with disabilities, the Mexican State has not been able to implement adequate rules and public policies at the domestic level to provide them with dignified treatment and allow them to develop adequately. Thus, given the legislative inaction to update the legal systems, the Mexican constitutional court, through its powers to interpret norms and declare their unconstitutionality and/or unconventionality, has made an effort to establish cutting-edge criteria in accordance with the new model of disability treatment. In that sense, the purpose of this article is to analyze the

¹ Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y maestra en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid, España. Durante cinco años fue profesional operativa en las ponencias de los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan Luis González Alcántara Carrancá. Actualmente es becaria en formación adscrita al servicio de doctrina constitucional en el Tribunal Constitucional español. Correo electrónico: lorena.von.aguilar@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4841-7804>

evolution of the case law criteria's of Mexico's highest constitutional court regarding the state of interdiction and the regime of legal capacity of people with disabilities.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; Interdicción; Derechos humanos; Capacidad jurídica; Jurisprudencia mexicana.

KEY WORDS: Disability; Interdiction; Human rights; Legal capacity; Mexican judicial review.

I. Introducción

El Poder En México viven “6, 179, 890 personas con algún tipo de discapacidad, lo que representa 4.9 % de la población total del país. **De ellas 53 % son mujeres y 47 % son hombres” (INEGI, 2020)**. Las personas con discapacidad corren con amplios márgenes de desventaja frente a las personas neurotípicas en todos y cada uno de los aspectos de la vida cotidiana, por ejemplo, según la Encuesta Nacional sobre Discriminación del 2017 del INEGI, el 25% de personas discapacitadas en el país fueron víctimas de discriminación al menos una vez en el año.

Ello a pesar de que México aspira a ser un Estado socialdemócrata, en donde el gobierno debe ser el principal promotor de la justicia social para que toda persona, independientemente de sus condiciones, parta del mismo piso. Contrario a lo esperado, históricamente la legislación mexicana ha dado un trato discriminatorio, indigno y poco igualitario a las personas con discapacidad, pues no distingue tipos, formas y grados de discapacidad, sino que en automático les otorga el estatus de incapaces, limitándolos en el ejercicio de sus derechos por su mera condición.

Tal problema de discriminación por parte de la legislación subsiste hasta nuestros días y es posible apreciar aun sus reminiscencias, a pesar de existir compromisos internacionales del Estado mexicano de respetar los derechos humanos de las personas con discapacidad y mejorar su calidad de vida, pues el texto de la ley poco ha cambiado incluso después de la entrada en vigor de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la convención o CDPD)². De hecho, paradójicamente fue México el país que en septiembre de 2001 impulsó y propuso ante la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas la idea de elaborar un marco de referencia para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.³ Idea que posteriormente fue aprobada en diciembre de 2006, dando a luz a la mencionada Convención que entró en vigor el 3 de mayo de 2008 y que se convirtió en el primer tratado sobre derechos humanos del siglo XXI en entrar en vigencia en todo el mundo.

Ahora bien, a pesar de los esfuerzos internacionales de México por impulsar la protección de los derechos de las personas con discapacidad, dentro de casa las cosas no han sido tan ejemplares. Pocos han sido los esfuerzos de los legisladores por cambiar la situación jurídica de las personas con discapacidad y reformar las normas que resultan violatorias de sus derechos humanos. Ello ha obligado a los afectados a recurrir a los tribunales a solicitar el amparo y protección de sus derechos.

2 Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

3 Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.

Así pues, la vía judicial se ha convertido en el único camino para que las personas con discapacidad que sufren violaciones a sus derechos por parte de la legislación, puedan hacer verdaderamente efectivos sus derechos y reducir la brecha de desigualdad que padecen. Cabe destacar que en este camino también se han tenido que remover piedras. Primero, en junio de 2011 surgió el cambio de paradigma constitucional con la reforma al artículo 1 de la Carta Magna. La reforma tenía como principal objetivo la optimización del goce y ejercicio de los derechos humanos, por lo que integró al catálogo de derechos constitucionales todos los reconocidos en tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Derivado de esa reforma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vio obligada a re-interpretar el artículo primero de la Constitución en la Contradicción de Tesis 293/2011. De ello se surgieron dos grandes cambios. Primero, las normas de derechos humanos de fuente internacional, establecidas en tratados internacionales que México haya celebrado, son iguales y tienen la misma validez y aplicación que las contenidas en la Constitución, otorgándoseles así rango Constitucional (Rodríguez *et al.*, 2013). A esto se le denominó jurisprudencialmente como bloque de constitucionalidad.

En segundo lugar, se determinó que de existir controversia entre las normas de derechos humanos establecidas en la Constitución y en tratados internacionales, se debe aplicar la norma más benéfica a la persona, a esto lo denominaron principio *pro personae*^{4, 5}. Como límite a esto último, se estableció que de existir una restricción constitucional expresa, entonces prevalece la norma de la Constitución literalmente expresa sobre la norma de fuente internacional.

A partir de esos cambios y gracias a las interpretaciones judiciales centradas en la dignidad de las personas, ha sido posible ser más inclusivos con los grupos vulnerables, protegiendo sus derechos y llevando a cabo acciones que mejoren su calidad de vida sin ser discriminados por diversas condiciones que definitivamente no deben ser motivo de limitaciones. Este es el caso de las personas con discapacidad, quienes han visto reforzados sus derechos, pues se han hecho valer por su simple calidad de personas. Se ha migrado, por ejemplo, de un modelo de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad a un modelo social cuya apuesta es la asistencia en la toma de decisiones, privilegiando el principio de libre autodeterminación de la persona.⁶

Así pues, en el presente artículo nos dispondremos a analizar el estado de interdicción y el régimen de capacidad jurídica en México, ejemplos muy particulares de la evolución en los derechos de las personas con discapacidad. Estas figuras se habían destacado por entrañar severas vulneraciones a derechos fundamentales tanto en su configuración legal, como en su aplicación e interpretación por parte de las autoridades mexicanas. Sin embargo, durante los últimos años, la Suprema Corte ha dinamizado el texto de la ley, proporcionando interpretaciones modernas y apegadas al nuevo paradigma de derechos humanos y de tratamiento de la discapacidad, pasando por diversas etapas, primero reinterpretando estas figuras y posteriormente expulsándolas del sistema jurídico. En esta investigación sostendremos la hipótesis de que ese avance jurisprudencial ha supuesto una mejora en la protección de los derechos de las personas con discapacidad,

4 Jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a.) publicada en el Semanario Judicial de la Federación

5 Jurisprudencia 1a./J. 37/2017 (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

6 Tal como se estableció en el amparo directo en revisión 2805/2014, resuelto el 14 de enero de 2015.

pero que sigue siendo insuficiente por la falta de actualización legislativa. Para verificar dicha hipótesis las primeras cuestiones que necesariamente tendremos que abordar son: ¿cómo ha sido esta evolución jurisprudencial y cuál ha sido el resultado final?

Para responderlas, utilizaremos un método de análisis histórico-lógico que nos permitirá observar la evolución y el desarrollo en el tiempo del objeto de estudio: la interpretación respecto del estado de interdicción y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En esta tarea nos apoyaremos en el uso de una técnica descriptiva-cronológica de dos instrumentos: la legislación y las sentencias de la Suprema Corte, es decir, de las normas generales y de las particulares. Primero, revisaremos la legislación existente —en tanto fue el punto de partida de la Corte y no ha cambiado— respecto del estado de interdicción y del concepto jurídico de capacidad, de lo cual, podremos describir brevemente el tipo de modelo de tratamiento de la discapacidad al que tiende la legislación mexicana. Seguidamente, analizaremos cronológicamente las sentencias de la Suprema Corte mexicana, cuya relevancia radica en que en ellas se introdujeron cambios evolutivos en la interpretación de los conceptos mencionados.

Una vez analizada la evolución de la interpretación jurisprudencial tanto del estado de interdicción como del concepto jurídico de capacidad, estaremos en posibilidad de responder otras dos cuestiones: ¿Es adecuado y respetuoso de los derechos de las personas con discapacidad el estándar de interpretación actual? ¿Es suficiente la interpretación de la Corte mexicana en materia de interdicción y capacidad jurídica para sostener que los derechos de las personas con discapacidad están adecuadamente protegidos?

II. Legislación mexicana

Previo a explicar de lleno la definición de estado de interdicción, es necesario explicar que dado que el Estado mexicano se estructura en un modelo federal, cada Entidad Federativa cuenta con sus propios códigos sustantivos civiles, por lo que, las definiciones que exponamos a continuación pueden variar, pues en el presente artículo tomaremos como referencia el código civil de la Ciudad de México (en adelante CCCM)⁷.

Para comenzar, primero es necesario comprender previamente algunos conceptos de derecho tales como la capacidad jurídica.

Al respecto, dice Diez Picazo que, además de ser un atributo esencial de la personalidad jurídica de un individuo, la capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad que tiene toda persona, por el simple hecho de serlo, para ser titular de derechos y obligaciones (Diez, 1988). Ahora bien, el Código Civil de la Ciudad de México⁸ en su artículo 22, menciona que “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte [...]”.

Tenemos entonces que la capacidad jurídica de una persona consta de dos partes: de goce y de ejercicio, es decir de derecho y de hecho, respectivamente. Por una parte, el primer tipo se refiere a que por el simple hecho de ser persona se es titular de derechos y obligaciones. Por otra parte, respecto a la capacidad de ejercicio o de obrar se presume que “[...] es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros

⁷ Fecha de última publicación 4 de agosto de 2021.

⁸ Anteriormente para el Distrito Federal.

términos, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones [...]” (Diez, 1988). Por su parte, Rojina Villegas (2015) asevera respecto al segundo tipo que: “Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”.

En la esfera jurídica de un individuo no puede limitarse la capacidad de goce, pues se socavaría su dignidad como persona, ya que se basa en el reconocimiento de todo ser humano como elemento central del sistema de derechos.⁹ Por otro lado, la capacidad de ejercicio como principio general siempre se presumirá plena, no obstante, puede ser limitada por las razones expresamente establecidas en la ley o por sentencia de autoridad judicial, es decir, puede ser limitada en su totalidad o parcialmente, admitiendo así una cierta gradación.

En este sentido, el artículo 23 CCCM establece como límites a la capacidad de ejercicio “la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley”. Asimismo, el artículo 450 establece que las personas que tienen incapacidad tanto natural como legal son los menores de edad y los que siendo mayores de edad padecen “[...] enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla”.

Ahora bien, el estado de interdicción es un estado jurídico-legal que, según se desprende de la redacción literal de las normas del código civil, limita en su totalidad la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad al sustituir sus decisiones y la autonomía de su voluntad por la de sus tutores.

El estado en mención únicamente puede ser declarado mediante sentencia de autoridad judicial y cesa por la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva de un Juez de acuerdo con lo establecido por el artículo 467 del CCCM. Ahora bien, para su declaración, basta seguir un juicio de jurisdicción voluntaria en donde no existe litigio, sin embargo, en caso de existir controversia, sería necesario acudir a un juicio contencioso.

En el caso de que el estado de interdicción suponga una muy excepcional restricción total de la capacidad de ejercicio, las personas incapaces ejercitan sus derechos o contraen obligaciones a través de la figura jurídica de la tutela, que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad pero tienen incapacidad natural y legal, o solamente legal según el artículo 449 CCCM. El tutor es un cargo de interés público (CCCM, art.452) que puede ser una persona física o moral sin fines de lucro (CCCM, art.456). Su encargo radica en proteger, atender, apoyar y actuar en defensa de los intereses personales y/o patrimoniales de la persona con discapacidad.

Para finalizar esta parte conceptual y exhibir las últimas características jurídicas del estado de interdicción conforme a la legislación es importante hacer mención de los diversos actores que intervienen en el estado de interdicción además del tutor. Me refiero al curador, al Juez de lo familiar, al Consejo Local de Tutelas y al Ministerio Público (CCCM, art.454),

⁹Tesis aislada 1a. XLII/2019 (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

los cuales únicamente cumplen una función de vigilancia sobre la tutoría llevada a cabo.

III. Modelos de tratamiento de la discapacidad en México

Existe gran tensión entre las distintas formas de cómo tratar la discapacidad, pues cada una de ellas, depende de la visión sobre cómo es entendida, percibida e interpretada. A grandes rasgos, a lo largo de la historia se pueden distinguir tres modelos tradicionales de tratamiento social que se han dado a las personas con discapacidad: el de prescindencia; el médico o rehabilitador; y el modelo social y de derechos humanos (SCJN, 2020). El modelo de prescindencia considera que “la discapacidad tenía su origen en causas religiosas, y que las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, sin nada que aportar a la comunidad” (Toboso y Arnau, 2008), bajo este modelo, las respuestas frente a la discapacidad eran la eugenesia o la marginación absoluta.

El segundo modelo, considera que la discapacidad se justifica en términos médicos-científicos y se entiende como una enfermedad que puede y debe ser rehabilitada o curada para que las personas que la padezcan puedan ser “normales” y así, ser válidas y capaces para integrarse en la sociedad. De esto se desprende que el término “discapacidad” significa “tener menos capacidad respecto del individuo considerado “normal”, es decir, respecto del individuo estandarizado a través del establecimiento de los cánones sociales” (Morente, 2007).

Finalmente, el modelo social y de derechos humanos apunta a que la discapacidad es originada por causas sociales. Este modelo considera que “no son las limitaciones individuales de las personas con discapacidad la causa del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados y para garantizar que las necesidades de esas personas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social” (Toboso y Arnau, 2008). Este modelo parte de la premisa de que todas las personas son dignas y pueden contribuir a la sociedad de igual forma, independientemente de sus diferencias. Ahora bien, existen otros modelos más novedosos que han intentado aportar ideas sobre cuál sería el mejor tratamiento que puede darse a las personas con discapacidad sin atropellar sus derechos. Así pues, autores como Agustina Palacios y Javier Romañach (2006) han propuesto durante los últimos años un modelo denominado “de la diversidad funcional”, el cual sugiere superar la dicotomía capacidades-discapacidades y apuesta por el simple reconocimiento y aceptación de la diversidad humana en todas sus formas. Procura que las clasificaciones médicas de la discapacidad no desaparezcan puesto que en términos médicos es importante reconocer esas diferencias, sin embargo, considera necesario desvincularlas de la parte social de la discapacidad. Asimismo, considera importante no confundir los conceptos de autonomía moral y autonomía física o funcional, argumentando que la capacidad de realizar funciones o tareas físicas de manera autónoma nada tiene que ver con la capacidad de tomar decisiones.

Esta última propuesta, pretende ser una ampliación o aplicación de la teoría de Amartya Sen al tema de las personas con discapacidad. No es este artículo el lugar para profundizar sobre la teoría de Sen, ya que sale del objeto de estudio, sin embargo, vale la pena contextualizar y brevemente comentar que consiste en una compleja teoría de las capacidades y funcionamientos, la cual propone que el bienestar y la calidad de vida pueden ser medidos y tienen que ver con “las cosas que las personas pueden realmente hacer o ser, los llamados “funcionamientos”, y así con las “capacidades” de que disponen, entendidas como las oportunidades para elegir y poder llevar una u otra clase de vida” (Palacios y Romañach, 2008).

En México tanto a nivel social como legal, durante muchos años se adoptó el modelo médico-rehabilitador, el cual supone la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, al entender a la discapacidad como una enfermedad que puede y debe ser rehabilitada o curada para que las personas que la padezcan puedan ser “normales” y así, ser válidas y capaces para integrarse en la sociedad (Morente, 2007). Este modelo es el que encontraremos plasmado en el estado actual de las normas.

Sin embargo, esta perspectiva se ha ido desestructurando y poco a poco México ha migrado a un entendimiento y tratamiento de la discapacidad, tanto en lo legal como en lo social, más apegado a lo que propone el modelo social y de derechos humanos. México ha adoptado e implementado poco a poco este modelo que apunta a que la discapacidad es originada por causas sociales y considera que “no son las limitaciones individuales de las personas con discapacidad la causa del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados y para garantizar que las necesidades de esas personas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social” (Toboso y Arnau, 2008). Este modelo parte de la premisa de que todas las personas son dignas y pueden contribuir a la sociedad de igual forma, independientemente de sus diferencias. A continuación, analizaremos esta evolución que ha tenido lugar desde sede judicial.

IV. Evolución de los precedentes judiciales sobre el estado de interdicción

La exclusión y estigmatización de la discapacidad ha llevado a las personas con esta condición a enfrascarse en complejas batallas legales para reclamar sus derechos. En el presente apartado revisaremos lo interpretado y establecido por los jueces, donde podremos observar la evolución de la figura del estado de interdicción y del régimen de la capacidad jurídica.

Antes de adentrarnos en el análisis jurisprudencial, es importante destacar que los tribunales han tenido mayor margen de maniobra y mejores herramientas para favorecer y fortalecer la protección más amplia posible para las personas con discapacidad, gracias al cambio de paradigma constitucional que describimos en la parte introductoria del artículo.

Ese cambio también abrió la posibilidad de que las personas interesadas pudieran acceder, vía recurso de amparo, a solicitar tanto la protección de sus derechos ante la Suprema Corte, como la revisión de la constitucionalidad de diversas normas del ordenamiento jurídico mexicano a la luz del nuevo paradigma de derechos humanos. Este fue el caso de las personas con discapacidad en relación con el estado de interdicción y el régimen de la capacidad jurídica.

1. Constitucionalidad bajo interpretación conforme

A continuación, se analizan los casos más paradigmáticos que dotaron de contenido y reinterpretaron todas las normas relacionadas con el tema del estado de interdicción y de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

En primer lugar, tenemos al amparo en Revisión 159/2013.¹⁰ Este fue el primer caso que

¹⁰ Esta sentencia tuvo un voto particular en contra del Ministro José Ramón Cossío que consideró que metodológicamente el caso no debió ser resuelto de esa forma. Mencionó que aunque a veces es conveniente profundizar en el estudio de una determinada institución jurídica, ello no significa que puedan analizarse o valorarse la totalidad de las normas del sistema, menos declararlas constitucionales, cuando éstas no fueron impugnadas. Consideró que la sentencia no sólo va más allá de lo pedido por el propio quejoso, sino incluso en contra de sus pretensiones. En segundo lugar, consideró que los artículos impugnados devienen inconstitucionales. El régimen de interdicción no puede ser considerado un apoyo para las personas con discapacidad y no constituye

abrió el debate jurídico actual sobre el estado de interdicción de las personas con discapacidad. En este caso, un joven mayor de edad había sido declarado en estado de interdicción por un juez que consideró que su padecimiento de síndrome de asperger lo incapacitaba mentalmente para poder tener una vida independiente, razón por la cual, designó a su madre como tutora y a su padre como curador. Así, al sufrir las limitaciones a sus libertades derivadas del estado en el que se encontraba declarado, en 2011 promovió un amparo indirecto alegando la inconstitucionalidad e inconveniencia de los artículos 23 y 450, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal —ahora Ciudad de México—. El Juez le concedió el amparo por considerar violado su derecho a la audiencia y ordenó la reposición del juicio de interdicción a fin de que se le permitiera comparecer, sin embargo, negó el amparo en lo respectivo a la tutela, al considerar que dicho régimen cumplía con los estándares internacionales y no ocasionaba un trato desigual o discriminatorio. Inconforme, el joven interpuso recurso de revisión y en 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación reasumió su competencia originaria ejerciendo su facultad de atracción para conocer del asunto.

En él, la principal duda que se resolvió fue sobre si existe alguna interpretación del estado de interdicción que pueda ser conforme con la Constitución y con los derechos previstos en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Más concretamente, si existe alguna interpretación que no suponga una vulneración a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad.

Al analizar sistemáticamente y de forma integral las normas, tanto sustantivas como adjetivas que regulan el estado de interdicción, la Corte determinó que no era pertinente declarar la inconstitucionalidad de todo el sistema de normas que regulan dicha figura jurídica. Ello significaría dejar a las personas con discapacidad sin la protección que dicha figura puede ofrecerles, pues no existe otro régimen mediante el cual se pueda apoyar a las personas con discapacidad en la toma de decisiones.

No obstante, llegó a la conclusión de que el régimen de interdicción solo puede ser válido si es interpretado conforme al modelo social de discapacidad, latente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto es, dejando de lado los parámetros del modelo de sustitución de la voluntad y, en su lugar, priorizar la autonomía y la voluntad en la toma de decisiones de las personas con discapacidad.

La sentencia centra su tesis en que la causa de las discapacidades es social. Se explica que en la sociedad existen personas con diversas de capacidades, sin embargo, el contexto y entorno social en el que se desenvuelven puede resultar hostil para algunas de ellas al existir barreras que no permiten la plena participación e interacción de esa diversidad funcional. Así, la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con ciertas capacidades y esas barreras sociales. En otras palabras, la discapacidad no tiene su origen en las diversidades funcionales intrínsecas de las personas, sino en las limitantes y barreras que existen en el entorno social. De ahí que la discapacidad no debe ser concebida como una enfermedad.

un ajuste razonable desde la perspectiva social de la discapacidad, pues subyace en él, el modelo de sustitución de la voluntad y la restricción de la capacidad de ejercicio, lo que es contrario a la convención. En tercer lugar dijo que la sentencia no recoge la voluntad del Estado Mexicano de ajustarse a lo establecido en la convención sobre la obligación de modificar o derogar leyes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. Finalmente, consideró que la interpretación conforme propuesta es contraria a las obligaciones del Estado mexicano de ajustar la legislación, haciéndola depender de su aplicación y trasladando su obligación legislativa a los jueces. Así, la declaración de inconstitucionalidad es el instrumento legítimo con el que cuenta la Corte para indicar al legislador la necesidad de hacer las modificaciones legislativas.

Es por lo anterior, que el modelo social de tratamiento de la discapacidad, plantea un esquema basado en el respeto a la dignidad de la persona, a la igualdad y a la libertad personal con independencia de cualquier diversidad funcional, teniendo entonces por objeto la inclusión social basada en la vida independiente, la no discriminación y la accesibilidad universal.

Ahora bien, la sentencia interpreta que el concepto de discapacidad que propone la CDPD tiene un enfoque dinámico que admite gradación. De ahí, que cada caso deba ser valorado y el estado de interdicción necesariamente ajustado a tales circunstancias. Con esa finalidad de individualización, la sentencia introduce el concepto de “ajustes razonables”.

Los ajustes razonables se definen como valores instrumentales, es decir, son la implementación de medidas o mecanismos que tienen por objetivo facilitar el desarrollo, integración e interacción de las personas con discapacidad. Dichas medidas pueden clasificarse en negativas —dejar de hacer— como abstenerse de discriminar, y en positivas que se traducen en un hacer o tomar acción. En cualquier caso son elementos diferenciadores que buscan nivelar el contexto de las personas con diversidades funcionales. En el caso de la figura del estado de interdicción, la sentencia la interpreta como un valor instrumental consistente en un ajuste razonable para nivelar la situación de personas con diversidad funcional que requieren asistencia para ejercer sus derechos. A través de ella, el juzgador está en aptitud de fijar un grado de limitación a la capacidad de ejercicio, cuya magnitud será proporcional al nivel de discapacidad de la persona, atendiendo a las diversidades funcionales del caso en concreto. Sobre la capacidad jurídica, la Corte deja claro que debe ser plena por regla general y puede restringirse solo bajo probanza sólida, el menor tiempo que sea posible (SCJN, 2020).

Ahora bien, la sentencia estableció que durante el procedimiento del juicio de interdicción, el juez debe requerir la mayor cantidad de información sobre la persona y los dictámenes necesarios, sin limitarse al área médica, ya que está obligado a valorar el desarrollo de la persona con discapacidad en todo aspecto de la vida. Asimismo, la persona con discapacidad debe ser escuchada, permitiéndosele externar su opinión sobre el juicio. Además, es fundamental que el juez tenga contacto directo con la persona, debe platicar personalmente con ella y, a partir de eso, debe evaluar de forma directa la diversidad funcional. Por supuesto, el desarrollo de estas sesiones debe ser mediante un lenguaje accesible, una dinámica afable e implementando los ajustes razonables necesarios para su buen desarrollo. Finalmente, la persona con discapacidad tiene derecho a ser acompañado durante todo el juicio, si es que lo necesita o lo quiere, por una persona de su confianza que ella elija.

Mencionados algunos de los elementos más básicos bajo los cuales debe desarrollarse el juicio de interdicción, la sentencia se refiere a que su objetivo es que se establezcan los actos que la persona con discapacidad puede desempeñar con autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en cuales deberá intervenir el tutor para otorgarle asistencia, sin que tal señalamiento se deba limitar a los actos de carácter personalísimo. Así, el límite a la capacidad jurídica, no implica que la persona no pueda manifestar su voluntad, por el contrario, está siempre debe ser respetada y el tutor simplemente tendrá como función asistirle en la toma de las decisiones, pero en el centro de las mismas se encontrará la voluntad del individuo. Los efectos que genere esta voluntad, serán proporcionales al grado de discapacidad del individuo.

En pocas palabras, el objetivo del juicio es determinar el grado de discapacidad de una persona, permitiendo que esta se involucre y determinar únicamente las restricciones estrictamente indispensables para la integridad física y mental de la persona, privilegiándose la autotutela.

Ahora bien, la sentencia también se refirió a la implementación de ajustes razonables posterior al juicio, por lo que, el juez debe mantener una vigilancia periódica del caso y puede solicitar informes adicionales a los presentados por el tutor cada año o pedir aclaraciones sobre los mismos, esto con la finalidad de adaptar o reajustar, de ser necesario, el estado de interdicción al nivel de discapacidad de la persona. Así pues, ante un cambio en la diversidad funcional, en cualquier momento la sentencia que declare un estado de interdicción deberá readaptarse a las nuevas circunstancias del caso, modificándose el esquema de interdicción previamente decretado.

Esta sentencia finalizó concediendo el amparo a la persona con discapacidad dejando sin efectos la sentencia impugnada y ordenando reponer el procedimiento del juicio de interdicción, tomando en cuenta los ajustes razonables antes mencionados. Como ejemplo de implementación de ajuste razonable, la sentencia incluyó un formato de lectura fácil, explicando que es indispensable dirigir la sentencia a la persona con discapacidad bajo un lenguaje sencillo, claro y directo, evitando tecnicismos y utilizando ejemplos como recurso. Consideró que el acceso pleno a la justicia de las personas con discapacidad no se agota con darles a conocer la sentencia, sino que es necesario que la persona con discapacidad la comprenda. Se aclaró que el formato de lectura fácil no sustituye el tradicional, sino que complementa la sentencia y no en todos los casos será idéntico, sino que estará determinado por la discapacidad concreta en cada caso.

Posteriormente, la corte resolvió el amparo en revisión 1043/2015¹¹ interpuesto por el Gobernador del Estado de Nuevo León, frente a un amparo concedido a una persona interdicta que alegaba la vulneración en su perjuicio del artículo 14 constitucional¹² y que había determinado la inconstitucionalidad de las normas que establecían el procedimiento a seguir para declarar el estado de interdicción según el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, pues preveían que el procedimiento para la declaración de incapacidad se pudiera desarrollar sin dar audiencia previa a la persona sobre quien recae la declaración.

En este asunto se reafirmó la jurisprudencia sentada en el antes resumido AR 159/2013, en el sentido de declarar que los artículos impugnados que establecen el procedimiento de declaración del estado de interdicción, en esta ocasión del Estado de Nuevo León, no devenían inconstitucionales, siempre y cuando, se interpretaran a la luz de los principios de igualdad, de no discriminación y conforme al modelo social subyacente en la CDPD. Lo mismo ocurrió en lo referente a la participación de las personas con discapacidad

11 En este asunto el Ministro Cossío Díaz nuevamente se pronunció con un voto concurrente al considerar que existía una contradicción entre el reproche al legislador de que partió de la presunción de incapacidad de la persona y lo asumido por la sentencia que desde el inicio consideró a la persona incapaz. Hizo notar que se confundía la institución de la incapacidad con la condición de las personas con discapacidad. Aclaró que dichos conceptos no son equiparables y sus consecuencias jurídicas no son trasladables, pues mientras el primero es una institución jurídica que atiende la falta de capacidad jurídica de una persona; el segundo atiende a una condición que resulta de la interacción de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial de una persona con diversas barreras que impiden su plena y efectiva participación en la sociedad. Finalmente consideró que para resolver bastaba decir que los actos regulados si eran privativos y merecían la garantía de audiencia para la persona señalada como incapaz.

12 Artículo 14, párrafo segundo. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

durante el juicio que declare su estado de interdicción y respecto a los ajustes razonables que deben implementarse para facilitar su entendimiento sobre las consecuencias jurídicas de procedimiento judicial en el que participen. En este sentido, se reiteró que los jueces deben escuchar y permitir la participación de la persona sobre la que recaerá la declaración del estado de interdicción, implementando los apoyos necesarios para facilitarles expresar lo que a su derecho convenga, sus opiniones, preferencias y voluntad, de modo que se satisfaga su derecho de audiencia y se respete el debido proceso.

Profundizando sobre el debido proceso, el fallo declaró que las autoridades tienen la obligación de cumplir con las formalidades del procedimiento tales como respetar el derecho de audiencia. Este último de ningún modo puede ni debe ser relevado por la condición de discapacidad de una persona porque antes de declararse el estado ya se estaría prejuzgando sobre el estado de la persona. Tampoco puede admitirse bajo el modelo social y de derechos humanos que el derecho de audiencia de la persona con discapacidad se satisfaga por las manifestaciones que hace el tutor. Considerar lo contrario, supone que el Estado estaría incumpliendo con su obligación de velar para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones tal y como lo establece la convención, lo que también entraña un quebrantamiento del derecho de acceso a la justicia.

En el análisis concreto del caso, la SCJN consideró que el proceso de incapacitación o interdicción llevado a cabo, implicaba una injerencia en las posibilidades de actuación de la persona que partía de la presunción de incapacidad y ello suponía una limitación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la audiencia, a la no discriminación, a la igualdad y al acceso a la justicia.

Finalmente, la Corte confirmó la sentencia del Juez de Distrito, amparando y protegiendo a la persona con discapacidad. Determinó que las normas relativas a personas con discapacidad, no pueden deslindarse de su propósito jurídico, esto es, buscar la eliminación de cualquier tipo de discriminación en aras de la consecución de la igualdad entre personas.

2. Declaración de inconstitucionalidad e inconventionalidad

Como hemos visto hasta ahora, la figura del estado de interdicción había sido considerada como constitucional, siempre y cuando, se realizara una interpretación conforme al modelo social y de derechos humanos que subyace en la CDPD. Fue hasta el 13 de marzo de 2019 en el amparo en revisión 1368/2015¹³, cuando esa construcción jurisprudencial cambió en el sentido en el que el Ministro José Ramón Cossío Díaz se había venido pronunciando en sus votos años atrás.

Así pues, en este asunto a diferencia del amparo en revisión 159/2013, el criterio de la interpretación conforme dejó de ser válida y se declaró inconstitucional e inconventional la figura del estado de interdicción. Se afirmó que suponía una vulneración a los derechos a la igualdad y no discriminación, de ahí que no fuera posible admitir ninguna interpretación conforme. Al respecto se mencionó que no puede admitirse la interpretación con-

13 En este caso, después del fallecimiento de la madre y tutora de una persona en estado de interdicción, esta presentó un escrito ante el juez de lo familiar solicitando diversas cuestiones y emitiendo su opinión dentro del juicio en el que se discutía la designación de su nueva tutoría. El Juez decidió no acordar lo solicitado hasta que la promoción fuera interpuesta por su representante legal. Del mismo modo, al ser heredera de su fallecida madre, la persona por propio derecho realizó una serie de solicitudes dentro del juicio sucesorio, a lo que la Jueza acordó que al ser una persona que se encontraba incapacitada, únicamente resolvería hasta que la promoción fuese realizada por su tutriz o que el estado de interdicción en el que se encontraba fuese revocado.

forme de normas discriminatorias porque ello no repara la discriminación y aunque se realizara la interpretación, la norma discriminatoria continuaría existiendo en el sistema jurídico, siendo contraria al artículo 1 constitucional.

Para llegar a esa conclusión, la Corte elaboró un análisis de constitucionalidad con escrutinio estricto, ya que la medida incorporaba una categoría sospechosa. El estudio dio por resultado que el estado de interdicción es una medida desproporcionada que no guarda correspondencia entre la finalidad que persigue y los efectos perjudiciales que produce la interdicción en otros derechos. Deviene entonces en una restricción desproporcionada al derecho de capacidad jurídica y representa una injerencia indebida que no es armonizable con la CDPD.

Es una medida demasiado inclusiva que no contextualiza ni permite la particularización de los casos al no prever la multiplicidad y el grado de las diversidades funcionales, así como tampoco toma en cuenta los apoyos y salvaguardias que la persona requiera para ejercer su capacidad jurídica. Por el contrario, se centra en las deficiencias del sujeto y no en tratar de eliminar las barreras del entorno de la persona para facilitar su desarrollo y el pleno ejercicio de sus derechos. Por ello, la sentencia declara que desde el modelo social no pueden darse las mismas respuestas jurídicas ancladas en el binomio normal-anormal, sino que se precisa una interpretación en clave de derechos humanos con respeto a la diversidad como condición inherente a la dignidad humana.

A partir de este precedente, se consideró que el estado de interdicción entraña la vulneración de los derechos a la igualdad y a la no discriminación por restringir la capacidad jurídica de las personas con base en una condición de discapacidad, una categoría especialmente protegida por el artículo primero de la Constitución, y que a su vez crea una distinción indebida contraria a la CDPD. Asimismo, se consideró que la figura de interdicción niega la premisa general de que todas las personas tienen capacidad jurídica, pues al estar basada en un modelo de sustitución de la voluntad, paternalista y asistencialista, termina limitando los derechos fundamentales de las personas con discapacidad al privarlas de la posibilidad de elegir, controlar su vida y tomar sus propias decisiones (SCJN, 2020).

Ligado con lo anterior, la Corte enfatizó la distinción entre capacidad jurídica y capacidad mental. Sobre la primera dijo que consistía tanto en la capacidad de ser titular como de ejercer, diversos derechos y obligaciones. Sobre la segunda, mencionó que se refiere a la aptitud para adoptar decisiones, las cuales pueden variar de una persona a otra en función de diversos factores. Con ello, aseveró que los déficits en la capacidad mental no deben ser utilizados como justificación para negar la capacidad jurídica.

El reconocimiento y el ejercicio de la capacidad jurídica, insistió la Corte, es la base para que las personas puedan ejercer sus derechos, por lo cual, negarla mediante leyes o interpretaciones es una medida invasiva que incide en todos los aspectos de la vida de las personas con discapacidad. Es decir, la medida en sí misma representa una barrera para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos fundamentales. De ahí que la Corte determinara que el estado de interdicción, al basarse en un modelo de sustitución de voluntad en el que el tutor es quien decide todas estas cuestiones alrededor de la vida de la persona con discapacidad, no puede ser considerado acorde con los derechos a ser incluido en la comunidad y a vivir de forma independiente y con autonomía personal.

El anterior razonamiento derivó en que la sentencia determinara que las personas con discapacidad siempre deben disponer del máximo de autonomía para tomar sus propias decisiones y controlar su propia vida. Sin embargo, la sentencia reconoce que cuando pese a realizarse un esfuerzo considerable fuere imposible determinar la voluntad y las preferencias de la persona, el denominado “interés superior” debe sustituirse por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”, ya que bajo ese paradigma se respetan la autonomía y libertad personal y, en general, todos los derechos en igualdad de condiciones. Así, la Corte aclaró que el mayor interés no consiste en que otro decida, sino en procurar que la persona con discapacidad disponga del máximo de autonomía para tomar decisiones.¹⁴

La declaración de inconstitucionalidad de la figura del estado de interdicción, supuso un importante avance en los esfuerzos para combatir la discriminación hacia personas con discapacidad y desestructurar estereotipos tales como concebir a las personas con discapacidad como meros objetos de cuidado y no como sujetos de derechos o que la discapacidad inhabilita por completo a la persona.

Este precedente abrió la posibilidad de expulsar, a través de la declaración de inconstitucionalidad, las normas del estado de interdicción de los distintos ordenamientos jurídicos del país que estén estructurados de la misma forma, ya que el régimen, tal y como está estructurado en la legislación de la Ciudad de México —como estamos viendo en el presente caso del amparo en revisión 1368/2015—, transmite un mensaje de que la discapacidad es un padecimiento que sólo puede ser “tratado” o “mitigado” mediante medidas extremas como la restricción absoluta de la capacidad de ejercicio. De seguir así, las barreras y actitudes sociales, culturales y legales permanecerán inalteradas.

Ahora bien, la sentencia comentada además de reiterar la jurisprudencia sobre los ajustes razonables, también agregó algunas cosas que bien vale la pena mencionar.

Sobre las salvaguardias mencionó que su finalidad es que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos y la voluntad de las personas con discapacidad. Otra de sus funciones es velar porque no haya influencias indebidas o conflictos de interés. Estos elementos deben sujetarse a exámenes periódicos por parte de una autoridad competente e imparcial.

Asimismo, la sentencia consideró lo señalado por la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, respecto a los cuatro elementos esenciales que debe cumplir el sistema de apoyos y salvaguardas, los cuales pueden variar en función de las diferentes condiciones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y posibilidad de elección y control. En primer lugar, el sistema debe tener disponibilidad de arreglos y servicios de apoyo adecuados y en cantidad suficiente para todas las personas con discapacidad. En segundo lugar, el sistema de apoyos y salvaguardas debe ser accesible, esto es, con condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ellas. También se dijo que los apoyos y salvaguardas deben ser aceptables, es decir, ser apropiados culturalmente, respetuosos de la intimidad, de buena calidad y tener en cuenta los aspectos de género, las deficiencias y las necesidades vitales. En último lugar, pero no menos importante, se determinó que el sistema de apoyos debe contener arreglos y

14 Tesis 1ª CXV/2015 (10ª) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

estar diseñado con servicios de apoyo que den a las personas con discapacidad la posibilidad de elegir y controlar su vida de forma directa, planificando y dirigiendo su propio apoyo mediante diversas medidas.

Finalmente cabe mencionar que en el caso en concreto, se concedió el amparo a la persona para que se le deje de aplicar el régimen del estado de interdicción. Además, se concedió porque se consideró que se había vulnerado el derecho de audiencia de la persona con discapacidad, pues la autoridad responsable de forma unilateral designó tutor sin atender a la opinión de la persona con discapacidad. Sobre esto último se ordenó reponer el procedimiento realizando los ajustes necesarios e implementando un sistema de apoyos y salvaguardias para garantizar el derecho de acceso a la justicia y el derecho de audiencia del justiciable. Respecto de los artículos impugnados que el quejoso consideró que limitaban su capacidad para heredar y para ser propietario de bienes, se consideró que no devenían inconstitucionales puesto que, si bien por regla general todas las personas tienen esa capacidad, esta puede ser restringida debido a ciertos impedimentos. Además, se consideró que dichos preceptos en ninguna forma se refieren a las personas con discapacidad o a la incapacidad derivada del estado de interdicción, sino a cuestiones ajenas a la capacidad de goce y ejercicio.

En sentido similar y en esa misma fecha (13 de marzo de 2019), también se resolvió el amparo directo en revisión 44/2018, asunto en el que se impugnaba el régimen del estado de interdicción del Estado de México. La importancia de esta resolución radica no solo en que reitera lo antes mencionado, sino que añade jurisprudencia relevante respecto al interés superior del menor en relación con las personas con discapacidad.

Al respecto se mencionó que es incorrecto extender el principio de interés superior del menor a las personas con discapacidad porque implica equiparlos y darles un tratamiento de niños. Ello entraña una discriminación directa que restringe su derecho a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Considerar a las personas con discapacidad como menores significa negar que gozan de capacidad jurídica, autonomía e independencia.

Solo dos meses más tarde, el 8 de mayo de 2019, se falló el amparo directo en revisión 8389/2018, en el cual, a pesar de que la recurrente solicitaba que se interpretara el estado de interdicción de la misma forma que en el amparo en revisión 159/2013, es decir, salvando la constitucionalidad de la figura a través de una interpretación conforme, en este asunto se volvió a reafirmar la declaración de inconstitucionalidad de los artículos que establecían el estado de interdicción, solo que esta vez en el Estado de Aguascalientes.¹⁵

Asimismo, más tarde ese año, el 11 de septiembre de 2019, se resolvió el amparo en revisión 702/2018. Este asunto tuvo relevancia porque declaró inconstitucional e inconvencional la regulación de la capacidad jurídica para personas mayores de edad con discapacidad de la Ciudad de México. Se determinó que resultaba contraria al derecho de igualdad y no discriminación debido a que contenía un mensaje discriminatorio y estigmatizante. La regla de incapacidad niega la capacidad jurídica de una persona para que pueda ejercer sus derechos a partir de una deficiencia funcional y realiza un juicio de

¹⁵ Tesis aislada 1a. XII/2022 (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

valor negativo de la discapacidad que trastoca la dignidad de la persona. En este asunto también se declararon inconstitucionales los artículos que exigen a los notarios constatar “a su juicio” si las personas que externalizan su voluntad ante ellos, tienen capacidad, sin embargo, no nos adentraremos en este tema dado que desborda el objeto del presente artículo que está focalizado al análisis del estado de interdicción.

V. Conclusión

Después del anterior recorrido, es posible concluir dos cosas. Primero, que la evolución de la jurisprudencia ha sido positiva, pues los jueces han hecho un esfuerzo por tutelar y salvaguardar de la mejor manera posible y siguiendo la normativa internacional, los derechos de las personas con discapacidad. Es evidente cómo sus resoluciones han estado apegadas a los más estrictos estándares de interpretación, partiendo siempre desde la dignidad del ser humano. Asimismo, es posible apreciar cómo en un primer momento, se restringió la constitucionalidad de una legislación violatoria de derechos humanos a un único sentido y posteriormente, siguiendo las normas internacionales, la Corte cambió su criterio a considerar la inconstitucionalidad absoluta de esas figuras violatorias de derechos. Evidencia fáctica clara del cambio positivo de la jurisprudencia por cuanto supone una mejora en materia de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

El resultado final de la interpretación de la Corte que hasta nuestros días prevalece como criterio, va más allá de los evidentes efectos de las sentencias sobre la declaración de inconstitucionalidad de la figura del estado de interdicción y de las reglas sobre incapacidad, que conllevan la expulsión de las normas del ordenamiento jurídico y a su inaplicación, los jueces constitucionales mexicanos a través de su jurisprudencia —vinculante y obligatoria para todo el aparato judicial del país—, han logrado esbozar la metodología que deben seguir los jueces ordinarios para dar un tratamiento adecuado a la discapacidad.

El actuar de los jueces para resolver los procedimientos judiciales en los que participen personas con discapacidad es muy claro, deben resolver de la manera más beneficiosa para las personas con discapacidad, respetando sus derechos humanos y trayendo justicia en la mayor medida de lo posible a su esfera personal. Por ningún motivo puede limitarse su capacidad ni dárseles un tratamiento discriminatorio, desde luego, tampoco deben ser declarados interdictos ni incapaces basándose puramente en su condición de persona con discapacidad, es decir, sin haber corroborado el grado de discapacidad de la persona.

La función de los jueces según la jurisprudencia resumida, debe ser construir el andamiaje para que se eliminen las barreras que impiden a las personas con discapacidad desarrollarse libremente y estos puedan ejercer sus derechos. Para ello, el juez debe implementar sistemas de apoyo y ajustes razonables en los procedimientos jurisdiccionales de manera sencilla y sin sobrepasar la ley, para cumplir las obligaciones constitucionales y convencionales de salvaguardar por igual los derechos humanos de todas las personas. Además, los juzgadores deben partir de la presunción de la plena capacidad que tiene como derecho toda persona y no dar por sentada la existencia de discapacidad. Es importante que los jueces consideren que cada caso es distinto, por lo que deben ser valorados uno a uno y no de forma sistemática. De ahí que los jueces comprendan que existen distintas diversidades funcionales, es decir, que la discapacidad admite gradación, por lo que para estar en aptitud de determinar el grado de discapacidad y establecer el

sistema de apoyos y salvaguardas, deben requerir todos los estudios posibles. Esto es, no solo informes médicos psicológicos y psiquiátricos, sino también informes del desempeño de la persona en su empleo, escuela, instituciones de apoyo, etc.

A partir de lo anterior, el Juez determinará los apoyos y salvaguardas, si es que fuesen necesarias, para que se respeten en la medida de lo posible los derechos humanos y la libre voluntad de la presunta persona con discapacidad tanto dentro del procedimiento judicial como para su vida cotidiana. Para la toma de estas decisiones, es importante que el Juez involucre a la presunta persona con discapacidad y escuche sus opiniones y preferencias, en este proceso, debe explicarle de forma personal y detallada tanto el procedimiento que se está siguiendo como sus consecuencias. Asimismo, si la persona en cuestión lo solicita, debe tener la posibilidad de ser acompañado por una persona de su entera confianza durante toda la actuación judicial.

Finalmente, con un panorama amplio y conociendo a detalle el contexto del caso en concreto, el Juez debe dictar sentencia tomando en consideración todos los mecanismos que considere necesarios para que la persona pueda desarrollarse de la forma más libre e independiente posible en la vida cotidiana. Entre los diversos detalles que debe tomar en cuenta, se encuentran por ejemplo: quién será la persona que apoyará a la persona con discapacidad en sus actividades y en la toma de decisiones; qué acciones puede desempeñar por sí misma y en cuáles ocupará asistencia; periodo en el cual el tutor deba de rendir informe sobre el estado de la persona con discapacidad, etc. Es importante también destacar que el juez debe dejar abierta la posibilidad de que, ante un cambio en la situación de la persona con discapacidad, esta misma o una persona cercana, pueda llevar ante el Juez nuevos estudios y sea posible modificar la sentencia. Esto, con independencia del plazo de 1 año establecido en la ley para la revisión del caso a través del informe del tutor.

Ahora bien, una vez que hemos examinado con detalle la evolución jurisprudencial y hemos comprobado que ha resultado en una mejora de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, estamos en posibilidad de responder a las últimas cuestiones propuestas para verificar la hipótesis planteada.

Parece no haber duda de que el estándar de interpretación actual es adecuado y respetuoso de los derechos de las personas con discapacidad, pues las sentencias contienen una sólida fundamentación y motivación, apegada a los derechos humanos contemplados en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que México es parte. Han antepuesto a la condición de discapacidad, la dignidad del ser humano y evidentemente han resuelto los problemas y tutelado los derechos de los particulares que han acudido a solicitar el amparo de la justicia.

Ahora bien, ¿es suficiente la interpretación de la SCJN en materia de interdicción y capacidad jurídica para decir que los derechos de las personas con discapacidad están adecuadamente protegidos? Lamentablemente, no es suficiente, pues a pesar de que la Corte ha declarado inconstitucional el estado de interdicción y los artículos que consideran incapaces a las personas con discapacidad por el simple hecho de contar con esa condición, sin mediar ningún tipo de evaluación profesional de la funcionalidad de las personas, lo cierto es que la legislación no ha cambiado, lo que permite que la legislación siga perpetrando los derechos de las personas con discapacidad.

Es urgente que el legislativo revise la legislación y la ajuste de forma que sea acorde con los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Es necesario que se establezca una regulación clara, precisa y concisa, porque si bien es cierto que la jurisprudencia es obligatoria y tiene por efecto el que no se apliquen esos artículos a otras personas, es importante que en la legislación no perduren normas que vulneran los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Así las cosas, podemos confirmar la validez de la hipótesis inicial. Por una parte, se ha demostrado que la jurisprudencia ha tenido avances positivos a través de interpretaciones que mejoran la protección de las personas con discapacidad en tanto ponen de relieve la importancia del respeto a sus derechos. Por otro lado, se ha comprobado como este marco de protección aún sigue siendo insuficiente para atender todas las necesidades y salvaguardar todos los derechos de las personas con discapacidad, pues no basta con interpretaciones progresistas de la Corte, sino que hace falta un abordaje sistemático desde las facultades de los otros poderes, especialmente el legislativo, para que México efectivamente migre a un modelo social de atención de la discapacidad.

Referencias bibliográficas

- Centro de estudios políticos y constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020). Derechos de las personas con discapacidad (Cuadernos de jurisprudencia número 5), primera edición, Septiembre 2020, Ciudad de México.
- Diez Picazo, Antonio Gullon (1988). Sistema de Derecho Civil. Tomo I. Madrid, Editorial Tecnos.
- INEGI, 2020. Censo de Población y Vivienda 2020. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/discapacidad/>
- Morente Parra, Vanesa (2007). Agustina PALACIOS y Javier ROMAÑACH, El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Revista Derechos y libertades, Número 17, Época II, junio 2007, pp. 231-239, Madrid.
- Palacios, A. y J. Romañach (2006). El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Ediciones Diversitas-AIES. DISPONIBLE EN: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9899/diversidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Palacios, A. y J. Romañach (2008). El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad). Revista sociológica de pensamiento crítico, Vol. 2 Núm. 2 (2008): Encrucijadas y bifurcaciones, pp. 37-47. Disponible en: <https://intersticios.es/article/view/2712/2122>
- Rojina Villegas, Rafael (2015). Derecho Civil Mexicano I: Introducción y personas. Editorial Porrúa, Primera Edición, México.
- Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001, disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168s1.htm>
- Rodríguez Manso, G., Arjona Estévez, J. C. & Fajardo Morales, Z. (2013). Bloque de constitucionalidad en México. Revista reformaDH: metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para

los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Primera edición. Disponible en: <https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/2-Bloque-constitucionalidad.pdf>

• Toboso Martín, M. y Arnau Ripollés, M. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 10, N° 20 Segundo semestre de 2008. Disponible en: https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/Discapacidad_enfoque_Amartya_Sen.pdf

Direito do Paciente: fundamentos teóricos do novo ramo jurídico

Patient Law: theoretical foundations of the new legal branch

Aline Albuquerque¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)03](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)03)

Fecha de envío: 23.07.2022

Fecha de aceptación: 13.09.2022

RESUMO:

O reconhecimento de que as pessoas detêm direitos específicos quando se encontram sob cuidados em saúde, os denominados direitos dos pacientes, data de momento recente da história, a despeito dos inúmeros abusos ocorridos, ao longo do tempo. Este artigo parte do entendimento de que o Direito do Paciente se constitui enquanto ramo autônomo jurídico que se alicerça em três fundamentos teóricos: o Cuidado Centrado no Paciente, a vulnerabilidade acrescida do paciente a sua participação. Essas três abordagens encontram ampla aceitação no campo da saúde, sendo objeto de estudos ao longo do tempo. Trata-se de pesquisa teórica que tem como objetivo desenvolver aportes teóricos que confirmem justificativa para o novo ramo jurídico, o Direito do Paciente. Conclui-se que o Direito do Paciente é um novo ramo alicerçado em construtos teóricos interdisciplinares, o que demonstra a sua riqueza teórico-prática e abertura para a complexidade do encontro clínico.

RESUMEN:

El reconocimiento de que las personas tienen derechos específicos cuando estaban bajo a los cuidados en salud, los llamados derechos de los pacientes, data de un momento reciente en la historia de la humanidad, a pesar de los numerosos abusos que se han producido a lo largo del tiempo. Este artículo parte del entendimiento de que el Derecho del Paciente se constituye como una rama jurídica autónoma que se plantea en tres fundamentos teóricos: el Cuidado Centrado en el Paciente, la vulnerabilidad incrementada del paciente y la suya participación. Estos tres enfoques gozan de amplia aceptación en el campo de la salud, siendo objeto de estudios a lo largo del tiempo. Es una investigación teórica que tiene como objetivo desarrollar aportes teóricos que justifiquen la nueva rama legal, el Derecho del Paciente. Se concluye que el Derecho del Paciente es una nueva rama sustentada en construcciones teóricas interdisciplinarias, lo que demuestra su riqueza teórico-práctica y apertura a la complejidad del encuentro clínico.

¹ Profesora de Bioética de la Universidade de Brasília. Pós doctorado en Derechos Humanos. Doctorado en Ciencias de la Salud. Coordinadora del Observatorio de Derechos del Paciente del Programa de Bioética de la Universidad del Brasília. Correo electrónico: alineoliveira@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5568-0790>

ABSTRACT

The recognition that people had specific rights when they were under health care, the so-called patients' rights, dates from a recent moment in human history, despite the numerous cases of abuse that have occurred over time. This article is based on the understanding that Patients' Right is constituted as an autonomous legal branch based on three theoretical foundations: Patient-Centered Care, the increased vulnerability of the patient, and his participation. These three approaches are widely accepted in the health field, being the subject of studies over time. This research aims to develop theoretical contributions that justify the new legal branch, the Patient's Rights. We concluded that Patients' Right is a new branch based on interdisciplinary theoretical constructs, demonstrating its theoretical-practical richness and openness to the complexity of the clinical encounter.

PALAVRAS CHAVE: paciente; direitos humanos; cuidado centrado; vulnerabilidade; participação.

PALABRAS CLAVE: paciente; derechos humanos; cuidado centrado; vulnerabilidad; participación.

KEY WORDS: patient; human rights; care centredness; vulnerability; participation.

I. Introdução

O reconhecimento de que as pessoas detêm direitos específicos quando se encontram sob cuidados em saúde, os denominados direitos dos pacientes, data de momento recente na história da humanidade. Esse reconhecimento tardio deu-se a despeito dos inúmeros abusos ocorridos, ao longo do tempo, no âmbito das instituições de saúde, e da assimetria de poder caracterizadora da relação entre profissional de saúde e paciente. Com efeito, apenas na década de setenta, que se iniciou o processo de assunção do paciente como sujeito de direitos, notadamente do direito de decidir sobre a própria saúde e de não ter seu corpo invadido sem o seu consentimento. Contudo, foi tão somente na década de noventa que as leis nacionais de direitos dos pacientes começaram a ser adotadas pelos países, sendo a Lei da Finlândia a primeira, de 1991. Concomitantemente, no campo da Bioética, nos anos setenta, o paternalismo médico foi colocado em xeque e o respeito à autonomia pessoal do paciente passou a ser um comando ético amplamente reivindicado. Na esfera da saúde, a partir dos anos sessenta, o modelo biomédico foi desafiado pelo modelo biopsicossocial e, no século XXI, a centralidade do paciente passou a ser considerada um componente da qualidade do cuidado.

Nesse contexto, sob o prisma jurídico, o paciente passou a ser considerado como um titular de direitos, que são entendidos como uma ética mínima dos cuidados em saúde. Desse modo, nota-se que os direitos dos pacientes são conquistas extremamente recentes, consequentemente, a sua estruturação epistemológica como um ramo jurídico ainda se encontra em construção. Com efeito, tem-se a formulação de estudos ainda iniciais acerca desse novo ramo, o Direito do Paciente.

O Direito do Paciente é definido como o ramo jurídico que trata da legislação, da teoria e da jurisprudência concernente às normas que versam sobre os direitos dos pacientes e seus mecanismos de implementação (Albuquerque, 2020). O Direito do Paciente engloba

um elenco de direitos, aceitos consensualmente em diversas regiões do globo, que derivam dos direitos humanos aplicados ao contexto dos cuidados em saúde. Esse elenco é constituído pelos seguintes direitos: direito de participar da tomada de decisão; direito ao consentimento informado; direito à segunda opinião; direito de recusar tratamentos e procedimentos; direito à informação; direito de acesso ao prontuário do paciente; direito à confidencialidade dos dados pessoais; direito ao cuidado em saúde com qualidade e segurança; direito de não ser discriminado e direito de apresentar uma queixa e direito à reparação (Albuquerque, 2020).

As pesquisas sobre o Direito do Paciente vêm sendo desenvolvidas pelos integrantes do Observatório Direitos do Paciente da Universidade de Brasília. Os seus pesquisadores identificaram que a proeminência do profissional de saúde e a posição subalterna do paciente se traduziam no campo jurídico, notadamente na ausência de um ramo específico para lidar com os seus direitos. Diante dessa constatação, pesquisas sobre temáticas relacionadas ao Direito do Paciente tem sido objeto de artigos, dissertações de Mestrado, teses de Doutorado, relatórios e notas técnicas, tais como: direito do paciente e COVID-19, direito do paciente e Telemedicina, direitos dos pacientes idosos, direitos no contexto da segurança do paciente, direitos dos pacientes oncológicos e direitos dos pacientes com demência, apenas para ilustrar. Ademais, o Observatório em Registra-se que, na esfera da América Latina, conforme pesquisa realizada pelo Observatório *em parceria com a Redbioética/UNESCO del Programa para América Latina y el Caribe de Bioética de la UNESCO (Oficina de Montevideo) sobre os direitos dos pacientes na região, apenas Equador, Chile, Costa Rica, El Salvador, Argentina e Uruguai possuem legislação nacional de direitos dos pacientes. Logo, não contam com lei nacional de direitos dos pacientes: Bolívia, Brasil, Colômbia, Cuba, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Haiti, Honduras, República Dominicana e Venezuela. Assim, constata-se o número reduzido de países que conta com leis nacionais de direitos dos pacientes, o que aponta para a desconsideração do direito do paciente na América Latina, que reflete o paternalismo médico predominante na região. Nesse sentido, o autoritarismo que marcou historicamente os países latino-americanos também é expresso na relação profissional de saúde e paciente, a qual ainda é essencialmente vertical, caracterizada pelo profissional como o decisor e pelo cuidado centrado na doença.*

Desse modo, este artigo parte do entendimento de que o Direito do Paciente constitui um ramo autônomo jurídico que se alicerça em três fundamentos teóricos: o Cuidado Centrado no Paciente (CCP), a vulnerabilidade acrescida do paciente e a participação do paciente. Essas três abordagens encontram ampla aceitação no campo da saúde, sendo objeto de estudos ao longo do tempo, como demonstrado neste artigo. Além do fato de serem abordagens consolidadas na esfera da saúde, essas são consideradas como fundamentos do Direito do Paciente em razão de justificarem a existência de direitos específicos titularizados por qualquer ser humano que se encontra sob cuidados em saúde. Desse modo, trata-se de pesquisa teórica que tem como objetivo desenvolver aportes teóricos que conferem solidez e justificativa para o novo ramo jurídico, o Direito do Paciente. Para tanto, partiu-se do entendimento de que a pesquisa teórica tem o propósito de construir e reconstruir teorias, quadros de referência, condições explicativas da realidade, polêmicas e discussões pertinentes (Adom; Hussein; Agyem, 2022). Com base no entendimento do que seja uma pesquisa teórica, sob o prisma metodológico, foi escolhido o marco teórico para o estudo particular do objeto, procedimento que se distingue da pesquisa que se fundamenta numa revisão bibliográfica. Sendo assim, o procedimento metodológico adotado pela pesquisa teórica está baseado em referenciais relevantes

para seu tópico de investigação (Organizing Academic Research Papers, 2022). Quanto ao marco teórico empregado nesta pesquisa, esse se divide em três eixos: (i) Cuidado Centrado no Paciente (CCP); (ii) vulnerabilidade acrescida do paciente; (iii) participação do paciente. Tratando-se do Cuidado Centrado no Paciente, empregou-se como referencial as formulações de Russell (2020), Sullivan (2019) e Brickley (2021). Epstein (2017). No que tange à vulnerabilidade acrescida, fundamentou-se nas pesquisas de Herring (2016), Delgado (2021) e Boldt (2019). Em relação à participação do paciente, empregou-se como base teórica os estudos de Halabi et al (2019) e Dumez y Pomey (2019). O presente artigo se encontra estruturado em três partes: a primeira versa sobre CCP; a segunda da vulnerabilidade acrescida do paciente; e a terceira aborda a participação do paciente.

II. Cuidado Centrado no Paciente

O CCP é uma abordagem ainda em disseminação no Brasil, embora suas raízes teóricas remontem à década de sessenta do século XX, mais especificamente, à ideia de “Medicina centrada no paciente” (Hansson y Froding, 2021)², contrapondo-se à “Medicina orientada pela doença” (Gusmano, Maschke, Solomon, 2019), e no conceito de relacionamento terapêutico, de Michael e Enid Balint (Eklund, 2019) e colaboradores (Russell, 2022). A expressão CCP é atribuída à Amelia Leino, que a empregou no artigo **“Planning Patient Centred-Care”**, de 1952 (Braillon y Taiebi, 2020). Nos anos setenta, o modelo biopsicossocial buscou enfatizar uma abordagem holística do cuidado, que deveria incluir não somente marcadores físicos da doença, e, paralelamente, tem-se o reconhecimento dos primeiros direitos dos pacientes, como o direito ao consentimento informado (Gusmano, Maschke, Solomon, 2019). Nas décadas seguintes, o CCP tornou-se fundamento da educação na área da saúde, um guia principiológico para as disciplinas do campo da saúde e foi incorporado ao desenho dos cuidados de instituições e de sistemas de saúde (Russell, 2022). No ano de 1986, o movimento do CCP avançou quando Harvey Picker estabeleceu a Fundação Picker, após testemunhar o cuidado recebido pela sua esposa no contexto de uma infecção incurável. Picker preconizou que os sistemas de saúde deviam tratar os pacientes como pessoas. A Fundação Picker e o Fundo Commonwealth criaram o Programa de CCP, popularizando o termo (Gusmano, Maschke, Solomon, 2019). Em 1993, o Instituto Picker em conjunto com a *Harvard School of Medicine* conduziu uma pesquisa sobre CCP e estabeleceu suas oito dimensões: respeito aos valores e preferências do paciente; apoio emocional; conforto físico; informação, comunicação e educação; continuidade e transição; coordenação do cuidado; envolvimento da família e amigos; e acesso ao cuidado (Australian Commission on Safety and Quality in Healthcare, 2011).

Em 2001, a Academia Nacional de Medicina dos Estados Unidos (anteriormente denominado de Instituto de Medicina), assentou que o CCP consiste em um objetivo para a melhoria dos cuidados em saúde no século XXI (Brickley, 2021). Foi o então Instituto de Medicina dos Estados Unidos que disseminou o léxico da centralidade do paciente no campo dos cuidados em saúde, ao situá-lo como um dos eixos do cuidado de alta qualidade, no Relatório *“Crossing the Quality Chasm”* (Epstein et al, 2017). Com efeito, no Relatório, o Instituto clama por uma necessária reforma fundamental dos cuidados de saúde para garantir que todos os estadunidenses recebam cuidados que sejam seguros, eficazes, centrados no paciente, oportunos, eficientes e equitativos. O CCP, no Relatório, é definido como “cuidados que respeitem e respondam às preferências, às necessidades e

2 Essa expressão foi atribuída por Michael Balint ao Professor Millar, da Universidade de Aberdeen.

aos valores individuais do paciente e garanta que os valores do paciente orientem todas as decisões clínicas". Ao exemplificar uma prática de cuidado não centrada no paciente, o Relatório apresenta um caso no qual o paciente teve pouca assistência ou informação para ajudá-lo a entender as implicações das escolhas sobre sua cirurgia, radioterapia ou quimioterapia. Embora os profissionais tenham focado em problemas médicos imediatos, seu desconforto, medo e incerteza nunca foram abordados, o paciente recebeu poucos recursos para apoiá-lo (Institute of Medicine, 2001).

Nos Estados Unidos, o *Patient Protection and Affordable Care Act* estabeleceu a inclusão de resultados centrados no paciente sobre a qualidade e a experiência do cuidado (Chu et al, 2016). No Reino Unido, o *General Medical Council* enfatizou a centralidade do paciente nos padrões para *Promoting Excellence in Medical Education*, de 2015 (Hearn et al, 2019). Políticas e diretrizes baseadas na centralidade do paciente foram adotadas no Reino Unido, nos Estados Unidos, na Austrália, na Nova Zelândia, na Noruega, bem como material sobre o tema foi produzido na União Europeia e na Organização Mundial da Saúde (Siouta y Olsson, 2020). Particularmente, no âmbito do *National Health Service (NHS)*, do Reino Unido, preconiza-se a importância de garantir que as necessidades dos pacientes sejam centrais para o desenvolvimento de novos modelos de cuidado, incorporando o conteúdo do "*National Voices 'I statements'*" no planejamento do CCP; na implementação de orçamentos integrados de comissionamento personalizado/saúde pessoal; e apoiando a decisão do paciente. O NHS vem buscando incentivar o compartilhamento de boas práticas no planejamento de cuidados centrados no paciente, de modo a garantir que a decisão do paciente seja incorporada a novos modelos de cuidado em saúde (National Health System, 2022). No Brasil, não se verifica a introdução do CCP como um norte do Sistema Único de Saúde, mesmo tendo em conta que, com o passar do tempo, a abordagem do CCP tem sido estendida para além do nível do encontro clínico, sendo também introduzida nos sistemas de saúde (Russell, 2022).

O CCP pode ganhar distintos contornos conceituais na literatura especializada, mas três temas podem ser encontrados na ampla gama de conceituações do CCP, a saber: (a) participação e envolvimento do paciente; (b) relação entre o profissional de saúde e o paciente; (c) contexto no qual o cuidado em saúde é provido (Brickley, 2021). Nesse rumo, Mead e Bower, em uma revisão proeminente sobre a literatura relativa ao CCP, produziram um modelo alicerçado em cinco ideias-chave: (a) perspectiva biopsicossocial; (b) paciente como pessoa; (c) compartilhamento de poder e responsabilidade; (d) aliança terapêutica; (e) médico como pessoa (Russell, 2022). Ademais, o entendimento do que seja o CCP implica trazer à tona outras abordagens que se lhe contrapõem, tais como "cuidado centrado na doença"; "cuidado centrado no hospital"; "cuidado centrado na tecnologia" e "cuidado centrado no médico" (Epstein, 2017).

Os fundamentos éticos do CCP apontam para a sua essência ética, justificando-o por si só (Russell, 2022), ou seja, a despeito dos benefícios decorrentes da aplicação concreta do CCP, conferir centralidade ao paciente no encontro clínico é, por si só, um comando ético a ser observado pelos profissionais de saúde. Igualmente, os profissionais têm a obrigação ética de situar os interesses, as necessidades do paciente acima dos demais atores no encontro clínico, na medida em que o cuidado versa sobre o seu corpo e a sua saúde (Epstein, 2017). Assim sendo, Russell pontua que as disputas conceituais em torno do CCP podem negligenciar a sua dimensão moral fundamental, assim como o foco em habilidades comunicacionais e na mensuração da satisfação do paciente pode

concorrer para se desconsiderar que o CCP é uma abordagem moralmente impregnada de comandos éticos. Notadamente, extraem-se do CCP, os seguintes comandos: (a) compartilhamento de poder e de controle entre o profissional e o paciente; (b) respeito pelos pacientes como seres únicos e a obrigação de prover o cuidado conforme os seus termos (Russell, 2022); (c) escuta ativa do paciente, que implica a busca por compreender seu mundo (Jakob et al, 2019); (d) prevalência dos objetivos de vida do paciente, quando cotejados com os objetivos clínicos, valorados pelo profissional (Sullivan, 2017).

O CCP promove interações entre profissionais e pacientes em que há o compartilhamento de informações; a busca pelos valores e preferências do paciente; o apoio ao paciente e aos familiares, quando for o caso, na tomada de decisão; a facilitação do acesso ao cuidado apropriado; e a promoção das habilidades do paciente para que possa seguir em seu processo terapêutico, o que envolve frequentemente mudança de hábitos para manter ou melhorar sua condição de saúde (Epstein et al, 2017). Pesquisas indicam que mais de 75% dos pacientes preferem o CCP (Noordman et al, 2019).

Altos níveis de CCP foram associados à melhoria dos resultados em saúde e da relação entre profissional e paciente, bem como ao aumento da satisfação do paciente e maior aderência ao tratamento. Nessa linha, estudos apontam que o CCP reduz os custos dos cuidados em saúde e as suas disparidades (Epstein et al, 2017). Pode-se asseverar que o CCP é valorizado por pacientes, profissionais e instituições de saúde (Brickley et al, 2021).

Um dos estudos mais notáveis sobre um modelo de aplicação do CCP foi publicado em 2014 por Scholl et al. Esse modelo abarca 15 dimensões do CCP. Um estudo de 2019 propõe outro modelo de aplicação do CCP para *general practioners*, formulado por Brickley et al. Assim, no que tange à aplicação do CCP no âmbito da prática dos *general practioners*, no Reino Unido, verificou-se que a falta de ferramentas de apoio para demandas cotidianas inibe a adoção da Tomada de Decisão Compartilhada, componente fundamental do CCP. Ademais, a pressão feita sobre os médicos para que atendam muitos pacientes compromete a sua prática do CCP (Brickley et al, 2021).

No âmbito da formação dos profissionais de saúde, há manifestações no sentido de que a educação Médica deveria ser mais centrada no paciente. A *Academy of Medical Educators*, em 2017, adotou uma concepção de centralidade do paciente que se desdobra em cinco valores centrais: habilidades de comunicação e interpessoais; profissionalismo; prática baseada no aprendizado e na melhoria; conhecimento médico e sistema baseado na prática. Com efeito, a educação médica alicerçada na centralidade do paciente pressupõe uma abordagem educacional que seja sobre os pacientes, com os pacientes e para os pacientes (Hearn, 2019).

Estudo de Noordman et al (2019), sobre comunicação centrada no paciente e empatia, apontou ambos como componentes-chave para o CCP, em consequência destacou que a capacitação em comunicação tem efeito positivo na comunicação centrado no paciente, empatia e habilidades relacionais. Sendo assim, constatou que a capacitação de residentes em comunicação centrada no paciente e empatia pode promover a melhoria do CCP (Noordman et al, 2019).

Diante do exposto, neste estudo entende-se o CCP como o cuidado provido conforme a perspectiva do paciente, a fim de garantir o seu envolvimento, e ter como resultado a sua

agência (Noordman et al, 2019). Com efeito, o CCP é marcado eticamente pelo compromisso dos profissionais de saúde com a consideração do paciente como sujeito de direitos, que devem ser os norteadores do processo de tomada de decisão. Portanto, no que tange ao CCP e o Direito do Paciente, a abordagem que situa o paciente na centralidade do cuidado é um dos seus alicerces teóricos, que conferem fundamento para reconhecer o paciente como titular de direitos que deverão ser os balizadores ético-jurídicos do encontro clínico.

III. Vulnerabilidade acrescida do paciente

A vulnerabilidade é parte inerente de todos os seres humanos (Herring, 2016), todas as pessoas são vulneráveis e tal condição implica ser frágil e suscetível de sofrer um dano, físico ou psíquico. Logo, a condição de vulnerável é ontologicamente intrínseca aos seres humanos (Andorno, 2016). A vulnerabilidade humana deriva do fato de que os seres humanos são essencialmente gregários, assim, um ser depende do outro para a manutenção do seu bem-estar físico e psíquico, por essa razão, se expõem a serem atingidos mutuamente. Com efeito, a vulnerabilidade expressa a interdependência humana e a sua característica relacional (Herring, 2016). Desde o nascimento, os seres humanos constroem sua identidade a partir da interação com o outro, sendo a interdependência uma característica inconteste das relações humanas, que se interconecta com a precariedade da vida, que exprime o fato de que nossas vidas, em alguma medida, estão nas mãos do outro (Butler, 2015). A caracterização da vulnerabilidade recai sobre o risco de dano e as habilidades individuais para evitá-lo (Albuquerque y Paranhos, 2010), nos recordando da nossa corporeidade e fragilidade (Delgado, 2021).

A concepção de vulnerabilidade universal se conjuga com a percepção empírica de que determinados grupos, ou indivíduos, apresentam uma condição de vulnerabilidade acrescida, em razão de particularidades atinentes ao próprio indivíduo ou grupo, ou ao contexto no qual se encontram. Ademais, é patente que asseverar a vulnerabilidade universal de todos os seres humanos não significa que todos sejam igualmente vulneráveis. Existem critérios para aferir a vulnerabilidade no caso concreto, desse modo, consoante Herring, uma pessoa é vulnerável se três fatores estão presentes: a) se encontra diante de risco de dano; b) não detém recursos para evitar que o risco de dano se materialize; c) não teria meios adequados para responder ao dano, caso o risco se materializasse (Herring, 2016). Assim, aqueles que estão em uma condição aumentada de vulnerabilidade se encontram em situação com maior risco de dano e diminuta possibilidade de se proteger quanto ao risco e de responder ao dano, caso ele ocorra.

Nos cuidados em saúde, a vulnerabilidade é um aspecto fundamental (Delgado, 2021). Tratando-se do paciente, particularidades físicas e emocionais fazem com que busque um profissional de saúde para expor sua vida privada e seu corpo, sendo uma situação no qual há uma abertura específica, não comumente encontrada em outras relações, para o outro. Comumente, quando se procura um profissional de saúde, a pessoa sente algo, seja físico ou psíquico, o que lhe deixa insegura, angustiada e estressada, afetando, assim, sua força interna para resistir a eventual ameaça ou conduta que possa acarretar-lhe dano. Caso o paciente sofra algum tipo de dano – tratamento discriminatório, toque inadequado no corpo ou ingestão de medicamento equivocadamente prescrito – os meios existentes para detectar que está sendo alvo de uma conduta inapropriada do profissional de saúde e os mecanismos para responder a essas condutas são custosos, pois há uma máquina institucional a ser transposta pelo paciente.

Com efeito, é fato que o paciente apresenta uma vulnerabilidade acrescida quando cotejado com condições ordinárias da nossa vida. Essa vulnerabilidade particular do paciente se correlaciona com a concepção de Herring de que a vulnerabilidade deriva de três fontes primárias: (a) a natureza carnal do nosso corpo nos faz vulneráveis; (b) a incapacidade de tomar decisão nos faz vulneráveis; (c) nossa instabilidade emocional (Herring, 2016). Nessa linha, o paciente apresenta uma condição aumentada de vulnerabilidade nesses três âmbitos, quanto ao seu corpo; à tomada de decisão sobre seus cuidados em saúde; e às questões emocionais que permeiam a sua condição de saúde específica. O modelo tríade de particular vulnerabilidade acrescida do paciente foi formulado por Boldt (2019): o paciente apresenta vulnerabilidade acrescida, física, emocional e cognitiva.

Embora a condição de paciente seja por si só um fator que incrementa a vulnerabilidade universal, há uma gradação de vulnerabilidade a depender da especificidade do paciente ou do contexto em que se encontra. Sem objetivar aprofundar os variados condicionantes que podem concorrer para o aumento da vulnerabilidade dos pacientes, salienta-se que pacientes hospitalizados por longos períodos ou doenças agudas apresentam uma situação agravada de vulnerabilidade. Esses pacientes, notadamente quando não conseguem falar, andar ou se encontram desorientados, tornam-se extremamente dependentes dos profissionais de saúde, estando totalmente à mercê dos seus cuidados, inclusive para o atendimento de suas necessidades básicas. Na mesma linha, pacientes em situação de terminalidade de vida apresentam necessidades psicológicas únicas, bem como vulnerabilidades particulares (Lobont y Mladin, 2018). Essa condição de fragilidade extrema torna os pacientes mais suscetíveis ao comportamento do profissional e à sua comunicação (Andorno, 2016). Literatura especializada aponta que há numerosos problemas de comunicação entre o profissional de saúde e paciente no contexto da terminalidade da vida, afetando o seu cuidado (Lobont y Mladin, 2018). O reconhecimento dessa condição é essencial para que o profissional se diligencie mais acerca de como está tratando o paciente, notadamente quanto ao seu nível de empatia.

A vulnerabilidade acrescida do paciente não se condiciona apenas à sua doença³, mas também à relação com o profissional de saúde e com a instituição de saúde. A vulnerabilidade do paciente se conecta com a assimetria de poder e de informação presente na relação com o profissional de saúde (Andorno, 2016), o qual pode atuar, mesmo inconscientemente, oprimindo o paciente e concorrendo para o agravamento da sua fragilidade. No mesmo sentido, enquadrar determinado paciente como vulnerável em razão apenas do grupo social ou da sua condição de saúde e, conseqüentemente, mitigar a sua capacidade decisional ou suprimi-la. Isso consiste em conduta eticamente reprovável, uma violação do direito do paciente à autodeterminação e do direito de não ser discriminado (Boldt, 2019).

Cabe salientar que o fato de se reconhecer que o paciente apresenta uma condição específica de vulnerabilidade não pode implicar a adoção de comportamentos paternalistas e a presunção de que não detém habilidade decisional. A vulnerabilidade pode ser conciliada com o respeito à autonomia pessoal do paciente, enquanto condição fundamental da sua experiência subjetiva (Magrí, 2019). Desse modo, a assunção da vulnerabilidade impõe ao profissional, às instituições e aos sistemas de saúde o dever de promover a sua autonomia pessoal e a sua autodeterminação, notadamente por meio de mecanismos e

3 A vulnerabilidade também pode advir de fatores sociais, econômicos, culturais e de outras esferas que não são objeto deste estudo.

estratégias validados para essa finalidade. Com efeito, verifica-se que a vulnerabilidade acrescida dos pacientes pode subestimar os seus recursos psíquicos e cognitivos e superestimar o papel dos profissionais de saúde. Em consequência, têm-se a objetificação do paciente e a desconsideração do seu conhecimento experiencial (Boldt, 2019). Nessa linha, Delgado destaca que a classificação de determinado grupo como vulnerável pode conduzir à sua discriminação ou estereotipo (Delgado, 2021), por isso há que se ter cautela ao se empregar o conceito.

A participação, o engajamento e a ativação do paciente não podem ser negados tão somente com base em sua vulnerabilidade. Ao revés, o que confere força ao paciente para participar ou se engajar em seu cuidado é o reconhecimento da sua fragilidade e da necessidade de apoio, o que na nossa sociedade costuma ser visto como “fraqueza e passividade”. Assim, a vulnerabilidade acrescida do paciente não pode ser motivo para substituir a sua decisão por familiares ou profissionais de saúde, mas sim é o impulsionamento na direção da conduta ativa dos profissionais de saúde em prol do seu empoderamento. Aduz-se, ainda, que o julgamento feito pelo profissional de que o paciente é vulnerável influencia a sua própria autopercepção acerca da sua fragilidade, podendo incrementá-la ou mitigá-la. Com efeito, a dependência do paciente em relação ao profissional em razão de necessitar da sua ajuda, o torna aberto para recebê-la, mas também para sofrer danos nesse contexto (Angel, 2020). O fato de precisar receber cuidados, o torna mais suscetível a ser afetado física e psicologicamente pelo comportamento do profissional. Dessa constatação extrai-se o comando ético dirigido ao profissional de reconhecimento da dignidade inerente do paciente enquanto ser humano, o que pressupõe o entendimento dos seus estados mentais e situação, ou seja, implica uma conexão empática.

Vulnerabilidade física do paciente

No corpo, são vivenciados o bem-estar, o florescimento humano e as emoções, que não são construtos meramente vinculados ao corpo, mas sim consistem em experiências da corporeidade propriamente dita (Herring, 2017). A corporeidade é a dimensão mais importante da interação com a mente (Lobont y Mladin, 2018). A doença é um sinal visível de vulnerabilidade física do paciente, o corpo enfermo é suscetível a infecção, danos associados aos cuidados, efeitos colaterais de medicamentos, dor, perda muscular e outros. O paciente tem insegurança sobre o significado e o status do seu corpo (Churchill, Fanning, Schenck, 2014). A doença torna patente a nossa condição corporal, ou seja, a determinação de nossa identidade e autopercepção a partir do nosso corpo, deixando evidente os nossos limites e finitude (Delgado, 2021). A experiência do corpo/eu é envolvida em múltiplas dimensões, tais como sensorial, afetiva e psicológica (Lobont y Mladin, 2018).

Como visto, o profissional de saúde tem um papel fundamental na mitigação da fragilidade do paciente. Diante de tal contexto, quando o profissional evita o toque e o exame físico, esse afastamento pode impactar negativamente a relação do paciente com o próprio corpo. O emprego em excesso de tecnologias na Medicina pode apartar o profissional da interação com o paciente, afetando a comunicação empática, verbal ou não verbal.

Vulnerabilidade emocional

A vulnerabilidade física é acompanhada de vulnerabilidade emocional, usualmente, o paciente se sente angustiado, estressado e ansioso, sentindo-se dependente de familiares, cuidadores e dos profissionais de saúde (Delgado, 2021). O paciente vivência stress,

incerteza, quebra das suas atividades diárias, afastamento do lazer, distanciamento de grupos sociais, interrupção do trabalho, estigma e preconceito, a depender da enfermidade. Ainda, cresce-se a autopercepção do paciente como frágil e dependente (Boldt, 2019), e quando o corpo adoce, a imagem corporal pode ser afetada, o que acarreta efeitos emocionais para o paciente.

No caso do paciente hospitalizado, esse é um ambiente desconhecido e impessoal. O cotidiano é completamente alterado e a rotina é a hospitalar (Boldt, 2019). Por exemplo, paciente idosa tinha uma rotina que lhe conferia bem-estar e segurança, que implicava tomar banho no final da tarde, ao ser hospitalizada, e equipe de saúde determinou seu horário de banho para todas as manhãs, o que deixou a paciente abatida e desorientada diante da mudança que para ela era significativa. Ainda, no ambiente hospitalar, mesmo que o paciente não esteja internado, há fragilidade diante das regras hospitalares (Boldt, 2019). A dinâmica do processamento do seu cuidado é estranha para ele, mormente quando já se encontra vulnerável fisicamente, com dor, mal-estar ou em sofrimento psíquico. O ambiente hospitalar é burocrático e não amigável para o paciente.

Na internação, há a retirada das suas roupas, passam a usar vestes que expõem o seu corpo (Jeffrey, 2020), e dos pertences pessoais do paciente, a perda do contato com familiares e amigos, bem como a quebra da rotina. O paciente passa a ter que se relacionar com variados profissionais de saúde e a depender da enfermidade conta com um médico especialista. Essa nova interação social não é fácil para o paciente, pois se sente dependente de pessoas desconhecidas, seja do ponto de vista do cuidado em saúde propriamente dito ou para manter algum tipo de contato com uma interação humana. O paciente apresenta um desejo de conexão, provocado pela angústia decorrente da sua condição de saúde. Estudos demonstram associação entre o aumento do estresse e a necessidade de conexão. Isso conduz à sua necessidade aumentada de conexão social e dependência do profissional de saúde, mormente quando está hospitalizado (Hojat, 2016). Assim, o paciente deposita enorme confiança nesses profissionais, esperando respeito, competência profissional, cuidado, relação adequada e prudência. Ainda, espera que os profissionais não os prejudiquem, bem como não tenham a sua fragilidade aumentada pelo paternalismo e por outros modos de perpetuação da dependência (Boldt, 2019).

Vulnerabilidade cognitiva

A vulnerabilidade cognitiva diz respeito ao entendimento do paciente sobre informações relativas à sua condição de saúde e ao contexto no qual os seus cuidados são providos. A vulnerabilidade cognitiva se entrelaça com o conceito de literacia em saúde, o qual sob o prisma individual é designado como o grau em que os indivíduos têm a habilidade para buscar, entender e usar informação e serviços para tomar decisões sobre saúde informadas e adotar ações para si e outros. Pacientes com baixo grau de literacia em saúde frequentemente não conseguem compreender informação sobre suas medicações, as rotulagens de alimentos relacionados à sua dieta restritiva e quando devem buscar serviços de saúde, afetando sua condição de saúde (Demarco y Nystrom, 2010).

Em casos de doenças severas, por exemplo, o paciente apresenta vulnerabilidade cognitiva incrementada, porquanto é difícil a compreensão da doença, o prognóstico, os cursos de ação, os impactos no seu corpo, na rotina diária e no seu projeto de vida (Boldt, 2019).

A vulnerabilidade cognitiva se atrela à efetivação da autodeterminação do paciente, notadamente no que tange ao exercício do seu direito à informação, do direito ao consentimento informado e do direito de participar da tomada de decisão (Andorno, 2016). Os pacientes dependem dos profissionais para acessar informação sobre a sua enfermidade, como os cursos de ação possíveis e suas consequências concretas para aquele paciente em específico. Assim, tendo em conta a vulnerabilidade cognitiva, é imperioso que os profissionais utilizem meios para promover sua autonomia e empoderamento. É papel do profissional de saúde promovê-las diante da vulnerabilidade acrescida do paciente e não adotar condutas paternalistas (Boldt, 2016).

Sob a ótica da vulnerabilidade cognitiva, crianças, pessoas idosas e pessoas com transtornos mentais são comumente enquadradas como incapazes de entender, de sopesar benefícios e riscos e de participar da tomada de decisão (Boldt, 2016). Embora pacientes que se enquadrem em tais grupos possam apresentar uma vulnerabilidade cognitiva acrescida, tal constatação, como dito acima, não pode ensejar a adoção de medidas paternalistas de supressão do seu direito de participar da tomada de decisão acerca dos seus cuidados em saúde.

Em síntese, Boldt (2019) chama atenção para o fato de o conceito de vulnerabilidade não ter papel central na Ética Médica ou na Bioética Clínica. A vulnerabilidade é uma condição do paciente e que possui uma essência ética intrínseca, na medida em que o situa numa posição de estar mais frágil e propenso a sofrer danos, abusos e outras condutas que lhes causam dor ou sofrimento. Portanto, a vulnerabilidade é uma condição humana que faz emergir obrigações, que são extraídas dos direitos dos pacientes, no sentido de o profissional estar atento para as necessidades e as fragilidades do paciente. Nessa perspectiva, a vulnerabilidade clama por um comportamento do profissional consentâneo com os direitos dos pacientes, ancorados na dignidade inerente do paciente.

Por fim, a vulnerabilidade acrescida do paciente impele à estruturação de arcabouço normativo próprio, destinado a mitigar a sua fragilidade no contexto dos cuidados em saúde. O Direito do Paciente tem o condão de conferir uma linguagem ético-jurídica que legitime os pleitos dos pacientes em face do profissional de saúde e das instituições, mitigando suas vulnerabilidades física, emocional e cognitiva.

IV. Participação do paciente

A ideia de que o paciente tem o direito de participar do seu cuidado e das decisões que o afetam se conecta com o lema “Nada sobre nós, sem nós”, disseminado pelo movimento dos direitos das pessoas com deficiência. Segundo Charlton (2000), essa expressão foi ouvida por ele pela primeira vez na África do Sul, em 1993, quando foi utilizada por Michael Masutha e William Rowland em eventos relacionados ao movimento dos direitos das pessoas com deficiência. O autor ressalta que a força do lema está no fato de expressar simultaneamente muitos tipos de opressão vivenciados pelas pessoas com deficiência e a oposição a essas opressões, notadamente no que tange à voz e ao controle das pessoas com deficiência. Dessa forma, o lema implica o envolvimento das pessoas com deficiência em todos os assuntos que lhes afetam. O lema foi incorporado ao movimento pelos direitos dos pacientes e associações de pacientes (Chu et al, 2016), enquanto expressão que captura a objetificação a que foram submetidos ao longo do tempo, enquanto objeto de cura, e da intervenção médica, com a conseqüente negação da sua voz e participação. O lema “Nada sobre nós, sem nós” se associa à concepção de

“paciente-participante”, que traz a ideia de que além de sujeito de direitos, o paciente é participante. Donald D. Berwick, Presidente Emérito do *Institute for Healthcare Improvement*, dos Estados Unidos, ao elencar as seis dimensões da qualidade do cuidado, e, particularmente, o CCP, empregou o lema “*Nothing about me Without me*” (Berwick, 2022).

Retomando as concepções de voz e de agência sobre a própria vida e saúde que derivam do lema “Nada sobre nós, sem nós”, assinala-se que o conceito de paciente-participante implica a visão de que o paciente é agente não apenas nos cuidados em saúde, mas também da sua saúde, o que implica a construção em parceria com o profissional do que consiste saúde para aquele paciente, em específico (Sullivan, 2017). Essa construção envolve a assunção de que o conhecimento experiencial do paciente tem valor único em tal construção. O termo “conhecimento experiencial” foi introduzido por Borkman, em 1976, que o definiu como o conhecimento derivado da experiência pessoal com determinado fenômeno, emergindo da experiência de se viver continuamente com um problema (Blume, 2017). O conhecimento experiencial do paciente se refere ao seu conhecimento único e à experiência em lidar com fatores que influenciam positiva ou negativamente sua vivência com a doença e o processo de cuidado (Smit et al, 2020).

A concepção de paciente-paciente emerge dos movimentos, iniciados na década de setenta, na direção da superação do modelo paternalista de cuidados em saúde, mormente dos relacionados aos pacientes com transtornos mentais. Quanto ao modelo paternalista, nesse “o médico tem um papel central: ele faz o diagnóstico e decide sobre o plano de cuidado, maneja a equipe de saúde de acordo com os objetivos por ele estabelecidos e provê o cuidado ao paciente.” (Dumez y Pomey, 2019: 34). Nos anos oitenta, a emergência do modelo do Cuidado Centrado na Família e no Paciente e a necessidade de lidar com repercussão sistêmica da crise da AIDS endossaram as críticas ao modelo paternalista, notadamente quanto ao fato de que não provia um marco adequado para manejar as dimensões psicossociais da saúde individual (Dumez y Pomey, 2019). Em complemento, a ênfase na cura que foi tão bem-sucedida no século XX não se mostra mais adequada em face das doenças crônicas, e sua prevenção e manejo constituem o desafio do século XXI (Sullivan, 2017).

Com efeito, a efetiva parceria com os pacientes tem seu reconhecimento expandido como um fator-chave para a melhoria da formulação, provisão e organização de políticas e serviços de saúde. A participação do paciente agrega, por meio de seu conhecimento experiencial único, insights, visões e tendências singulares (Zelmer, 2010). Considerando as evidências que apontam os benefícios para os sistemas de saúde derivados da participação do paciente, vários programas e estratégias vêm sendo implementados com vistas a aumentar a consciência e o empoderamento dos pacientes, para que participem do processo de tomada de decisão de forma mais ativa e efetiva. Essas iniciativas se relacionam com a literacia em saúde, o estímulo de apoio ao auto manejo e as melhorias do envolvimento do paciente na tomada de decisão sobre seus tratamentos (Souliotis et al, 2018).

Partindo da premissa ético-jurídica de que o paciente é o protagonista do cuidado em saúde, abordagens e estratégias distintas vêm sendo adotadas, visando implementar na prática cotidiana do cuidado essa premissa. Na literatura especializada, são encontradas abordagens diferentes que propõem, em linhas gerais, conferir centralidade ao paciente e lhe dar voz. Nessa linha, estudo de Halabi et al sobre a participação do paciente e

conceitos correlatos, como “educação do paciente”, “empoderamento do paciente”, “envolvimento do paciente”, “engajamento do paciente”, “cuidado centrado no paciente”, “ativação do paciente” e “parceria do paciente”, aponta que para alguns autores esses conceitos são complementares e para outros, são independentes. Embora todos sejam amplamente utilizados, não há consenso sobre seus significados e o que os distinguem. Inclusive os autores ressaltam que a falta de um acordo acerca dos conteúdos desses termos prejudica seu desenvolvimento e implementação na prática dos cuidados em saúde. Assim, fazem uma escolha pela expressão “participação do paciente” (Halabi et al, 2019). Sob essa perspectiva, Longtin et al (2010) assinalam que vários termos, “colaboração do paciente”, “envolvimento do paciente”, “parceria”, “empoderamento do paciente” e “cuidado centrado no paciente” são empregados como sinônimos de participação do paciente (Longtin et al, 2010).

Neste estudo, não se tem como desiderato tratar dos diversos conceitos apresentados, o objetivo é demonstrar que os sistemas de saúde vêm progressivamente alterando a sua perspectiva em relação ao paciente, situando-o na centralidade do cuidado e endossando a visão do modelo biopsicossocial (Halabi et al, 2019). Essa alteração sistêmica e, no nível micro, do encontro clínico, se associa ao comando ético-jurídico no sentido de que os pacientes têm o direito de participarem de todas as decisões que lhes dizem respeito, não apenas as tomadas em seus cuidados em saúde, mas também as deliberações concernentes a políticas e programas públicos.

Sendo assim, tendo em conta o escopo deste estudo, tem-se como foco tratar da participação do paciente. Segundo Souliotis et al (2018), a participação do paciente consiste no processo que lhe permite ser parte integral do curso da tomada de decisão que influencia a sua vida. Essa participação pode ser desdobrada em três níveis: (a) nível individual ou micro; (b) nível meso; (c) nível macro.

No nível individual ou micro, o paciente participa como membro da equipe de saúde nas decisões que afetam diretamente o seu cuidado (Souliotis, 2018). Nesse nível, é importante que o profissional despenda certo tempo com o paciente para que possam trocar informação, dialogar e acordar acerca de como será a sua participação. É importante que o profissional informe o paciente para que esse adquira o conhecimento acerca da sua condição de saúde, que o permita efetivamente ser um agente do seu cuidado. No mesmo sentido, a escuta ativa há que estar presente para que o profissional esteja apto a apreender o conhecimento experiencial, as necessidades, valores, vontade e preferências do paciente, componentes fundamentais do processo de tomada de decisão. Na participação micro, o profissional precisa compartilhar seu poder e controle (Halabi et al, 2019), promovendo a autonomia pessoal do paciente e a sua agência. Em síntese, a participação do paciente é operacionalizada por meio da implementação das seguintes ações, em um processo relacional: (a) educação e aprendizado do paciente; (b) compartilhamento de informação e de conhecimento; (c) compartilhamento de poder e de responsabilidades (Halabi et al, 2019).

A parceria no cuidado é o ápice da participação do paciente no nível micro, pois consiste em uma relação colaborativa baseada na confiança, diálogo aberto, consideração mútua e acordo sobre os objetivos do tratamento, mútuo entendimento sobre os papéis de cada um dos participantes da parceria e engajamento ativo. Para tanto, é preciso que o profissional de saúde adote determinadas perspectivas como: (a) o modelo biopsicossocial,

que leva em conta todas as questões trazidas pelo paciente e não apenas as de caráter biomédico; (b) consideração do paciente como uma pessoa única, exercendo sua capacidade empática para apreender seus estados mentais e situação particular; (c) adoção de uma atitude de parceria no cuidado que empodere o paciente, conferindo-lhe elementos para manejar o seu autocuidado; (d) detenção de conhecimento baseado nas melhores evidências científicas; (e) desenvolvimento de habilidades comunicacionais (verbais e não verbais); (f) capacidade para prover apoio físico e emocional (Halabi et al, 2019).

Segundo o Modelo de Montreal, da Universidade de Montreal, de “Parceria no Cuidado”, essa parceria se fundamenta nos seguintes eixos, necessidade de: a) empoderar os pacientes para que tomem decisões informadas e livres; b) reconhecer o valor do conhecimento experiencial do paciente; c) desenvolver as habilidades do paciente durante o processo de cuidado; d) considerar o paciente como um ator do cuidado; e) assumir que o objetivo do processo de cuidado é a realização do projeto de vida do paciente, mais do que um objetivo curativo singular. Com efeito, segundo o Modelo de Montreal, entende-se como central no conceito de Participação do Paciente a atribuição de valor ao conhecimento experiencial do paciente, que deriva da sua experiência com a sua enfermidade, da navegação no sistema de saúde e dos impactos em vários aspectos da sua vida e da de seus familiares. O Modelo de Montreal leva em consideração três aspectos: (a) o conhecimento experiencial do paciente e o de seus familiares; (b) o paciente é considerado como membro da equipe de saúde; (c) a tomada de decisão do paciente nos assuntos relacionados à sua saúde deve ser promovida (Dumez y Pomey, 2019).

Conforme a literatura especializada, esperam-se as seguintes consequências positivas da participação do paciente: melhores resultados em saúde (melhor controle da condição crônica, diminuição da hospitalização e readmissão, melhora da condição emocional e física e a habilidade para manter as atividades de vida diária); maior satisfação do paciente (melhoria da qualidade de vida em geral e da relação com o profissional de saúde); incremento da própria participação do paciente (aumento da experiência que impacta positivamente seu empoderamento, ativação da responsabilidade pessoal, efetivação da Tomada de Decisão Apoiada e maior uso dos serviços de saúde destinados às doenças crônicas) e melhora dos sistemas de saúde (Halabi et al, 2019).

A participação do paciente que pressupõe alçá-lo a uma posição de parceria com o profissional de saúde e conferir importância ao seu conhecimento experiencial fornece o solo para que os direitos dos pacientes sejam cultivados no cotidiano do cuidado. A reconfiguração do papel do paciente no cuidado, amplificando a sua voz e seu protagonismo da tomada de decisão, aporta consistência para se advogar o direito do paciente a participar das decisões sobre o seu cuidado, o direito de ser informado e o direito ao consentimento informado, dentre outros direitos dos pacientes.

V. Conclusões

A construção de um novo ramo jurídico é gradual e leva tempo, o que não seria diferente no caso do Direito do Paciente. Embora avanços notáveis estejam sendo realizados com esse intuito, ainda é preciso que mais produções acadêmicas sejam levadas a cabo de modo a concorrer para sua consolidação, notadamente em razão da importância que representa para pacientes em todas as regiões de globo. Desse modo, este artigo objetivou contribuir com aportes teóricos produzidos em outros campos do saber para a fundamentação do Direito do Paciente, mormente por meio do aprofundamento de

abordagens que se articulam com pesquisas sólidas desenvolvidas ao longo dos anos na esfera da saúde. Com efeito, viu-se que o Direito do Paciente tem como fundamento a centralidade do paciente no cuidado, rechaçando a visão tradicional de cuidado focado na doença ou no profissional de saúde, contrapondo-se, assim, ao modelo paternalista que ainda impera na prática clínica. No mesmo sentido, o reconhecimento de que o paciente apresenta uma vulnerabilidade acrescida impele à adoção de comandos ético-jurídicos, que consistem nos direitos dos pacientes, visando proteger o paciente de abusos e de tratamentos indignos. Por fim, tem-se a participação do paciente que reconfigura seu papel, conferindo-lhe protagonismo e amplificando a sua voz. Portanto, o Direito do Paciente é um novo ramo alicerçado em construtos teóricos interdisciplinares, o que demonstra a sua riqueza teórico-prática e abertura para a complexidade do encontro clínico.

Referências

- Adom D, Hussein Ek, Agyem JA. Theoretical and Conceptual Framework: Mandatory Ingredients of a Quality Research. [Internet]. [citado em 5 abr. 2022]. Disponível em: [https://www.worldwidejournals.com/international-journal-of-scientific-research-\(IJSR\)/article/theoretical-and-conceptual-framework-mandatory-ingredients-of-a-quality-research/MTM5NDE=?is=1](https://www.worldwidejournals.com/international-journal-of-scientific-research-(IJSR)/article/theoretical-and-conceptual-framework-mandatory-ingredients-of-a-quality-research/MTM5NDE=?is=1)
- Albuquerque, Aline. (2020). Manual de Direito do Paciente. Belo Horizonte: CEI.
- Albuquerque, Aline. Paranhos, Denise. (2010). Direitos humanos dos pacientes e vulnerabilidade: o paciente idoso à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Quaestio Iuris*, 10, 4.
- Andorno, Roberto. Is Vulnerability the Foundation of Human Rights. In: Masferrer, A.; Sánchez, E. Garcia (eds.). (2016). *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*. Londres: Springer.
- Angel, Sanne. (2020). Mutual vulnerability of patients and nurses contextualised by a broader understanding of the phenomenon. *Nordisk sygeplejeforskning*, 139 – 144.
- Australian Commission on Safety and Quality in Healthcare. (2011). *Patient-centred care: improving quality and safety through partnerships with patients and consumers*.
- Berwick, Donald D. Video Transcript: Defining Quality: Aiming for a Better Health Care System. Disponível em: <http://www.ihl.org/Documents/OpenSchoolCourseTranscripts/QI101-Lesson3-Transcript1LONG.htm>.
- Blume, Stuart. (2017). In search of experiential knowledge. *The European Journal of Social Science Research*, 30, 1, p. 91-103.
- Braillon, Alain; Taiebi, Françoise. (2020). Practicing “Reflective listening” is a mandatory prerequisite for empathy. *Patient Education and Counseling*, p.1866-1867.
- Brickley, Bryce et al. (2021). Putting patients first: development of a patient advocate and general practitioner-informed model of patient-centred care. *BMC Health Services Research*, 21, 261.
- Butler, Judith. (2015). *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto*: São Paulo: Civilização Brasileira.
- Charlton, James I. (2000). *Nothing about us without us: Disability Oppression and Empowerment*. Berkeley: University of California.
- Chu, Larry F et al. (2016). “Nothing about us without us”—patient partnership in medical

conferences. BMJ.

- Churchill, Larry R.; Fanning, Joseph B.; Schenck, David. (2014). *What Patients Teach*. Nova Iorque: Oxford.
- Delgado, Janet. (2021). Vulnerability as a key concept in relational patient-centred professionalism. *Medicine, Health Care and Philosophy*, 24, p. 155-172.
- Demarco, Joanna; Nystrom, Meg. (2020). The importance of Health Literacy in Patient Education. *Journal of Consumer Health on the Internet*, 14, 1, p. 1-8.
- Dumez, Vicent; Pomey, Marie-Pascale. From Medical Paternalism to Care Partnerships: A Logical Evolution Over Several Decades. In: (2019). Pomey, Marie-Pascale; Denis, Jean-Louis; Dumez, Vicent (eds.) *Patient Engagement*. Cham: Springer, p. 10.
- Eklund, Jakob Håkansson et al. (2019). Patient Education and Counseling, Same same or different? A review of reviews of person-centred and patient-centred care, 1, p. 3-11.
- Epstein, Ronald et al. (2017). Why the Nation Needs a Policy Push on Patient-Centered Health Care. *Health Affairs*, 29, 8, p. 1489-1495.
- Gusmano, Michael K.; Maschke, Karen J.; Solomon, Mildred Z. (2019). Patient-Centered Care, Yes; Patients As Consumers, No. *Health Affairs*, 38, 3, p. 368-373.
- Halabi, I. Ortiz et al. (2019). "Patient Participation" and related concepts: A scoping review on their dimensional composition. *Patient Education and Counselling*.
- Hansson, Sven Ove; Froding, Barbro. (2021). Ethical conflicts in patient-centred care. *Clinical Ethics*, 16, 2, 2021, p. 55-66.
- Hearn, Jasmine et al. (2016). Patient-centered medical education: A proposed definition. *Medical Teacher*.
- Herring, Jonathan. (2016). *Vulnerable adults and the law*. Oxford: Oxford University Press.
- Herring, Jonathan. (2016). Health as Vulnerability: Interdependence and Relationality. *The New Bioethics*, 22, 1, p. 18-32.
- Hojat, Mohammadreza. (2016). *Empathy in health professions education and patient care*. London: Springer.
- Institute of Medicine. Committee on Quality of Health Care in America. (2001). *Crossing the Quality Chasm: A New Health System for the 21st Century*. Washington: National Academies Press.
- Jeffrey, David. (2020). *Empathy-Based Ethics: A Way to Practice Humane Medicine*. Londres: Palgrave Macmillan Cham.
- Lobont, Florin; Mladin, Ionut. (2018). Philosophical-Ethical Alleviation of Perceptive Experience of Corporeality in Terminally Ill Sufferers. *Applied Ethics: From Bioethics to Environmental Ethics*.
- Longtin, Yves et al. (2010). Patient Participation: Current Knowledge and Applicability to Patient Safety. *Mayo Clin Proc.*, 85, 1, p. 53-62.
- Magrì, Elisa. (2019). Empathy, Respect, and Vulnerability International. *Journal of Philosophical Studies*.
- National Health Service. Developing patient centred care. Disponível em: <https://www.england.nhs.uk/integrated-care-pioneers/resources/patient-care/>. Acesso em: 2 jun. 2022.
- Noordman, J. et al. (2019). Training residents in patient-centred communication and empathy: evaluation from patients, observers, and residents. *BMC Medical Education*, 19, 128.
- Organizing Academic Research Papers: Theoretical Framework. Disponível em: <https://library.sacredheart.edu/c.php?g=29803&p=185919>.
- Palumbo, Rocco; Annarumma, Carmela. (2016). Empowering organizations to empower patients: An organizational health literacy approach. *International Journal of Healthcare Management*, 11, 2.
- Russell, Grant. (2022). Have we forgotten the moral justification for patient-centred

care? *BMJ Qual Saf.*, 31, p. 172–174.

- Siouta, Eleni; Olsson, Ulf. (2020). Patient Centeredness from a Perspective of History of the Present: A Genealogical Analysis. *Global Qualitative Nursing Research*, 7, p. 1-10.
- Smit, Dorian et al. (2020). An exploration of the conditions for deploying self-management strategies: a qualitative study of experiential knowledge in depression. *BMC Psychiatry*, 20, 210.
- Souliotis, Kyriakos et al. (2018), Assessing Patient Organization Participation in Health Policy: A Comparative Study in France and Italy. *Int J Health Policy Manag*, 7, 1, p. 48-58.
- Sullivan, Mark. (2017). *The Patient as Agent of Health and Health Care*. Oxford: Oxford.
- Zelmer, Jennifer. (2019). *Healthcare Policy*, 14, 4, p. 6-9.

Síndrome coronario agudo como accidente de trabajo en el ámbito laboral de Argentina 2010-2020

Acute Coronary Syndrome as a Work-Related Accident in The Workplace in Argentina 2010-2020

Dina Jullier¹; César Claudio Benvenuto²; Esteban Ignacio Viñas³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)04)

Fecha de envío: 30.07.2022

Fecha de aceptación: 30.09.2022

RESUMEN:

En Argentina la Legislación no contempla el Síndrome Coronario Agudo (SCA) y la muerte súbita (MS) como Accidente de Trabajo (AT); la Cardiopatía Isquémica como Enfermedad Profesional (EP) está restringida al listado. Así, las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) rechazan sistemáticamente sus denuncias. Los reclamos de la índole laboral de estas contingencias ocurridas en el lugar y ocasión del trabajo o "in itinere" han recibido tratamiento heterogéneo, tanto Médico-Administrativo como en la Justicia. La hipótesis primaria es que, la desactualización de los capítulos correspondientes del Baremo Laboral y la ausencia de protocolos específicos en la Normativa vigente explicarían estas contradicciones. La relevancia estadística de la cardiopatía isquémica en la población activa, amerita su investigación y vinculación con el sistema de riesgos del trabajo en Argentina. El análisis del derecho comparado (España, Chile y Colombia) permite visualizar modelos más avanzados y equitativos que justificarían una propuesta de reforma legislativa.

ABSTRACT

In Argentina, the Legislation does not consider Acute Coronary Syndrome (ACS) and Sudden Death (SD) as Occupational Accidents (AT); ischemic heart disease as an Occupational Disease (PD) is restricted to the list. Thus, the Work Risk Insurers (ART) systematically reject their complaints. Claims of the labor nature of these contingencies that occurred in the place and occasion of work or "in itinere" have received heterogeneous treatment, both Medical-Administrative and in Justice. The primary hypothesis is that the obsolescence of the

1 Docente del Posgrado de Medicina Legal. Profesora Adjunta e Investigadora de la Escuela de Medicina, Facultad de Cs Médicas UFASTA, Mar del Plata. Médica Titular de Comisión Médica Jurisdiccional N°12 SRT Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Mail: dradijullier@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5870-8229>

2 Co-director de la Carrera de Posgrado de Especialización en Medicina Legal de la Facultad de Cs. Médicas, Docente del Posgrado de Medicina Legal, Co-director de investigación de la Escuela de Medicina, Facultad de Cs Médicas UFASTA, Mar del Plata Abogado laboralista. Mail: cclaudobenvenuto@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4319-615X>

3 Director y Docente del Posgrado de Medicina Legal, Director de Investigación de la Escuela de Medicina en el Proyecto de Medicina Laboral de la Facultad de Ciencias Médicas la Universidad F.A.S.T.A., Mar del Plata; Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma Casa de altos Estudios; Abogado especializado en Criminalidad Económica y de la Empresa por las Universidades Nacional de Mar del Plata (Argentina) y Castilla La Mancha (España), Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, Argentina, autor de libros, ponencias y publicaciones de su disciplina. Mail: estebanignaciovinas@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3935-2284>

corresponding chapters of the Labor Scale and the absence of specific protocols in the current Regulations would explain these contradictions. The statistical relevance of ischemic heart disease in the active population warrants its investigation and linkage with the occupational risk system in Argentina. The analysis of comparative law (Spain, Chile and Colombia) allows visualizing more advanced and equitable models that would justify a proposal for legislative reform.

PALABRAS CLAVE: Cardiopatía isquémica; Accidente de trabajo; Enfermedad profesional; Derecho comparado Laboral; Reforma Legislación Argentina.

KEY WORDS: Ischemic heart disease; Work accident; Professional illness; Comparative Labor Law; Argentine Legislation Reform.

I. Introducción

La enfermedad cardiovascular es la principal causa de muerte e incapacidad en la República Argentina y en el resto del planeta. En los Indicadores básicos Argentina 2020, la mortalidad por esta causa es cercana al 45% de todas las causales de muerte. Ajustada "La tasa de mortalidad bruta (B) fue de 222,31/100.000 habitantes y ajustada por edad (A) 180,67/100.000"⁴. Así, resulta esperable que sus expresiones agudas, los llamados Síndromes Coronarios Agudos (SCA: Angina Inestable e Infarto Agudo de Miocardio)⁵ y/o la muerte súbita ocurran en el ámbito laboral, en el lugar y en ocasión del trabajo o "in itinere" ¿Hasta qué punto la teoría legal empleada para aceptar o denegar la naturaleza laboral de la contingencia es consistente con el conocimiento médico actual sobre la materia? ¿Bajo qué circunstancias puede considerarse un Síndrome Isquémico Agudo o Muerte súbita en el lugar y ocasión del trabajo como un Accidente de trabajo? Ha sido una práctica constante la de entender y dictaminar que la Cardiopatía Isquémica en cualquiera de sus formas clínicas es una Enfermedad Inculpable, o sea, no resarcible ni atribuida a causas laborales, por su multicausalidad.

La legislación argentina laboral vigente no contempla taxativamente la cardiopatía isquémica como accidente de trabajo (Ley 24.557, Decreto 659/96). En cuanto Enfermedad Profesional, la restringe a casos probados de exposición a determinados agentes químicos, como Nitroglicerina, Sulfuro de Carbono y otros, que integran el listado de Enfermedades Profesionales y no la describe en relación a "stress" o "strain" laboral (Decreto 49/2014. Listado de Enfermedades Profesionales. Decretos 658/96, 659/96 y 590/97 y sus Modificaciones).

Por otra parte, la muerte súbita en el ámbito laboral -que en la práctica es debida a cardiopatía isquémica en la gran mayoría de los casos- (Castelá García et al, 2013) ha sido tratada de manera anárquica tanto en la evaluación por parte de las Aseguradoras de Riesgo del Trabajo, como de las Comisiones Médicas y del Foro Laboral. Sin embargo, existen casos en los que un episodio súbito y violento en el lugar y ocasión del trabajo actúa como "gatillo" e inicia la cadena del accidente de placa que desemboca en un síndrome coronario agudo: angina de pecho, injuria isquémica, infarto agudo de miocardio

4 Ministerio de Salud Pública. Presidencia de la Nación. OPS. OMS., 2020, p.11.

5 La definición de Síndrome Coronario Agudo, la consensuada por la Sociedad Argentina de Cardiología y la de Infarto Agudo de Miocardio, la Tercera y Cuarta definición Universal de Infarto Agudo de Miocardio (2012-2018)

o muerte súbita en ese ámbito (Gotsman & Adler, 2009). Muchos de ellos cumplirían las condiciones para ser considerados accidentes de trabajo, ameritan ser denunciados y deberían ser resarcibles. Hasta el momento, la resolución de estos casos no ha seguido un criterio uniforme en las distintas instancias, dada la ausencia de un protocolo específico, a nuestro juicio. Ha quedado a merced del parecer individual del actuante en Comisiones Médicas como del “iura novit curia” que se adjudicaron los Juzgados y la CSJN⁶.

Los objetivos son:

- Analizar la regulación de la materia en legislación comparada de otros países con sistemas similares, como España y Chile y Colombia, con el objeto de visualizar modelos más avanzados y equitativos que justificarían una propuesta de reforma legislativa.
- Examinar los criterios técnico-científicos en instancias administrativas y en Sentencias Judiciales y exponer sus contradicciones, en cuanto a que un infarto agudo de miocardio (IAM) ha sido o no un accidente de trabajo, en particular y en general, sobre todos los Síndromes isquémicos agudos.

II. Material y Métodos

Estudio, descriptivo, interpretativo. La Jurisprudencia se buscó en las bases de Datos Erreius, La Ley, El Derecho, y Rubinzal Culzoni, como registros de diferentes tribunales y biblioteca de Cortes Nacional y provinciales; lo mismo respecto de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en buscadores de la web, publicaciones especializadas y notas en los medios en los que se menciona el tema.

La selección de los países, en materia de la legislación comparada se realizó en torno a la ratificación y vigencia de los convenios de la OIT: “Dentro del repertorio de recomendaciones prácticas sobre el registro y la notificación de los accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales” (MERNAD/1994/2-OIT), en los casos de Argentina, Colombia, Chile cuyos contextos socioeconómicos, Baremos y Jurisprudencia laboral son similares, en contraste con España, donde lo relevante es la Jurisprudencia Española que viene aceptando desde 1970 que el Síndrome Coronario Agudo califique como accidente laboral.

En el ámbito del Derecho comparado se han analizado las leyes y decretos reglamentarios de Chile, España y Colombia. En éste último país, estas patologías están expresamente incluidas en los baremos de accidentes de trabajo y enfermedad laboral, mientras que en los dos primeros ocurre lo mismo que en Argentina. Sin embargo, su tratamiento tanto en organismos similares a las Comisiones Médicas y Jurisprudencia no es igual que aquí. En España, desde 1987 se ha verificado que hay numerosos fallos del Superior Tribunal que reconocen a estas patologías como enfermedad o accidente laboral. En el caso de Chile se está interactuando con Cortes de Apelación. Y, finalmente, respecto de los dos últimos países mencionados, se ha entablado contacto para entrevistar a integrantes de organismos similares a las comisiones médicas, para conocer el tratamiento de la situación en instancias administrativas.

6 Iura novit curia es un aforismo latino, que significa literalmente “el juez conoce el derecho”, utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas (Meroi, 2007).

III. Desarrollo

1. Análisis marco legal y jurisprudencia de argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "DIAZ, Timoteo C/ VASPIA SA"⁷, el 07/03/2006 expuso que en la prestación laboral, el empleado asalariado aporta su fuerza de trabajo y ésta depende directamente de su integridad física.- Dicha circunstancia tiene dos implicancias: 1) el nivel de exposición de su cuerpo, en tanto medio o instrumento de los trabajadores para ganarse la vida, es alto, y 2) que el riesgo de un deterioro físico implica la marginación total o parcial de la actividad económica al perder en esa medida la posibilidad de seguir utilizando su cuerpo para obtener el sustento (CSJN, Sentencia C- 329:473, 2006).

El bien jurídico protegido por el sistema de infortunios laborales está entonces conformado por la vida y la salud de los trabajadores, y a ello debe atender el Estado.

Por otra parte el art. 6 de la ley 24557, determina que se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del artículo 40 apartado 3° de la ley, agregando que las enfermedades no incluidas en el listado, como sus consecuencias, no serán consideradas resarcibles, con la única excepción que en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo, con un procedimiento específico para cada caso.

Es evidente, entonces, que el sistema cerrado de la ley 24557 al determinar que un trabajador sólo se encuentra posibilitado de ejercer una acción reparativa por una disminución de su capacidad laboral con causa en una enfermedad, cuando la misma está expresamente incluida en el listado de enfermedades que la autoridad administrativa confecciona al efecto, resulta por demás injusto.

De sostenerse esa interpretación de la norma, surgiría la situación que el trabajador que padezca de una enfermedad no listada, y adquirida en ocasión del trabajo, no tendría acceso a ninguna acción reparativa, por lo que la ley obtendría el efecto contrario a sus objetivos: operaría como impedimento para la reparación de un sinnúmero de resultados dañosos en trabajadores dependientes por enfermedades adquiridas en ocasión del trabajo.

Tal situación de injusticia obliga, en el caso de la patología que lleva a realizar este trabajo, a la inclusión de la misma en el listado de enfermedades cubiertas por el régimen de la ley 24557 en el marco del art 6 de esa norma. Ello es así, porque acuerdo a los fundamentos ya referidos sostener el derecho de igualdad consagrado por el art. 16 de la CN, y evitar un perjuicio del trabajador al excluirlo del sistema de reparación integral por el sólo hecho de no incluir en el listado administrativo una patología cuya causa o agravamiento se encuentra vinculada en forma expresa a la prestación laboral subordinada. En ese sentido, el procedimiento del Decreto 1278/2000 no ha aportado solución alguna a esa problemática porque resulta de casi imposible cumplimiento para el trabajador.

De esa manera, si interpretamos que el art. 6 de la ley 24557 de forma tal que se considere que el sistema previsto en ella regiría exclusivamente para aquellas enfermedades

⁷ CSJN Fallos: 329:473.

derivadas del trabajo que figuran en el listado, se excluirían injustamente aquellas enfermedades con nexos causales en el trabajo no contempladas en el listado y se las privaría de la posibilidad de resarcimiento. Se trata de las calificadas como “enfermedades extra – sistémicas”, es decir fuera del sistema de la ley 24557, que tienen una acción con autonomía esgrimible en función del art. 75 de la LCT, por lo que debe interpretarse que, “al margen de las patologías incorporadas en el listado, existe una obligación genérica de resarcimiento que es más amplia que el listado dictado en función del art. 6 de la ley 24557 y que encuentra su causa en el art. 75 de la LCT.” La postura que se sostiene en el presente trabajo resulta no sólo de la enunciación genérica del art. 6 de la ley 24557, sino de los términos del decreto 1278/2000, por medio del cual se evidencia que el listado de enfermedades dictado en función del citado art. 6 no es taxativo, sino que puede ser ampliado en cuanto se esté ante la evidencia de una incapacidad laboral cuya causa se encuentre en una enfermedad adquirida en ocasión del trabajo. El art. 75 de la LCT prescribe un deber de seguridad a cargo del empleador, cuyo incumplimiento es causa de la obligación de reparar el daño causado.

La calificación de “daño” a la que remite el art. 6 de la ley 24557, a nuestro entender no debe limitarse a la posibilidad de reparación a las patologías incluidas en un listado, en tanto el decreto 1278/2000 prescribe que ese listado no es taxativo, permitiendo el reconocimiento de otras enfermedades no previstas en el mismo, de manera tal que ante todo daño a la salud del trabajador producido en ocasión del trabajo, aun cuando la enfermedad no esté contemplada en un listado, puede requerirse su reparación con causa en el contrato que vincula a las partes y las obligaciones que del mismo se derivan a tenor del deber de seguridad del art. 75 de la LCT.

En síntesis, resultan resarcibles no sólo los daños previstos en forma específica en el art. 6 de la ley 24557, sino también los devenidos en los términos del art. 75 de la LCT. En ese sentido se ha expedido el Tribunal del Trabajo N.º 5 del Departamento Judicial San Isidro en la causa “SUAREZ, Rodolfo C/ MOLINOS CABODI HNOS S.A S/ Enfermedad”⁸ al resolver que “...el artículo 49, disposición adicional primera, incurrió en una intromisión avasallante del ámbito de la LCT al modificar el artículo 75 de dicho cuerpo legal, que es un derivado operativo del principio general del buen empleador, no limitando el cumplimiento de ciertos preceptos básicos en materia de higiene y seguridad, sino extensivo a todas las obligaciones implícitamente asumidas...el listado de enfermedades profesionales que aprueba el decreto 658/96 reconoce, en su preámbulo, que puede existir una multicausalidad, en tanto una misma enfermedad puede traer distintas causas o factores laborales y extra laborales que actúan al mismo tiempo y que contribuyen al desencadenamiento, con lo cual está admitiendo la realidad de las enfermedades accidente ... la multicausalidad a que se refiere el laudo MT 156/96, así como el decreto 658/96, remite a la concausa...”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en los autos “SILVA, Facundo C/ UNILEVER DE ARGENTINA SA”⁹ al referir los Dres. Fayt y Petracchi en sus votos que “La ley de riesgos de trabajo de 1995 es incompatible con el orden constitucional y normas de carácter supralegal – art. 75 inc. 22 de la Constitución – en cuanto ha negado todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de causalidad adecuada con el trabajo, por el

8 Ver fallo del 24/6/1998, TySS 1888.1219.

9 Ver CSJN 18/12/2007, Revita LL 7/2/2008.

solo hecho que aquélla no resulta calificada de enfermedad profesional en los términos de dicha norma ... el descarte de la responsabilidad del empleador que consagra la Ley de Riesgos del Trabajo respecto de las enfermedades no tipificadas aunque guarden relación de causalidad adecuada con el trabajo constituye en sí mismo un elemento distorsionante de la relación laboral, en claro apartamiento de los lineamientos constitucionales que se orientan en dirección a la protección del trabajador y no de su desamparo, siendo condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad...”

De acuerdo a ello, consideramos que corresponde apartarse de la interpretación restrictiva del art. 6 de la Ley de Riesgos del Trabajo que llevaría a la existencia de un criterio hermético y autosuficiente por el que sólo serían enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado y ampliarlas a este tipo de patologías.

En el voto de la mayoría de la Corte federal en autos “SILVA, Facundo C/ UNILEVER DE ARGENTINA SA”, se ha señalado que “...para la procedencia de la acción de derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de responsabilidad civil, razón por la cual si se demuestra que una enfermedad está vinculada casualmente a un hecho anti-jurídico, la acción procede con independencia del listado que prevé la ley de riesgos del trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común...”.

De acuerdo con la doctrina citada se rechaza la base de sustentación del cuerpo normativo de la ley 24557, al considerar que no resarcir las enfermedades que no están en el listado – más allá de que reconozcan, en el caso puntual, nexos causales con el factor laboral – contradice un precepto constitucional, ya que el legislador no puede establecer normas que violenten el principio de no dañar consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

El ya referido decreto 1278/2000 “prevé que puede ser considerada enfermedad profesional aquella que las Comisiones Médicas declaren por excepción, como consecuencia directa e inmediata de la ejecución del trabajo”, pero también es cierto que esa norma establece un procedimiento que no es poco menos que un laberinto con múltiples escollos, muy difíciles de sortear para un trabajador.

A su vez, a partir del mismo la situación jurídica sobre enfermedades profesionales tendría un marco dado por la permanencia del listado que regula la ley 24557, que sigue siendo taxativo y limitado a los efectos de la aplicación automática de la ley – salvo declaración de inconstitucionalidad del art. 6 – y por el otro lado tiene un marco de derecho generado por la reparación del derecho común sobre las enfermedades no contempladas en el listado o sobre los agravamientos de las contempladas.

2. Análisis legislación comparada

A. Colombia¹⁰

Colombia es un país que dispone de una avanzada y completa legislación sobre seguridad y salud en el trabajo, a pesar de que sólo ha suscrito 7 de los 24 Convenios de OIT

10 <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Ley-1562-de-2012.pdf>

relacionados con la salud y la seguridad en el trabajo; el Convenio 155 sobre seguridad y salud. En la Constitución de 1991, se consagra el trabajo como valor y derecho fundamental (artículo 53). El trabajo es el pilar esencial del Estado Social de Derecho¹¹.

En materia de enfermedades y riesgos del trabajo rige desde 1994 el Dec. Ley 1295, modificado en el 2012 por la ley 1.562 denominada "Sistema General de Riesgos Laborales" definido como: "...el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Laborales...".

El art. 3° define como accidente de trabajo: "...todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo. Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical, aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función. De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión...".

Por su parte, el art. 4° define como enfermedad laboral: "...la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica -(cada tres años) a través de los Ministerios de Salud y Protección Social y Trabajo y el CONSEJO NACIONAL DE RIESGOS LABORALES, ver parágrafos 1 y 2- , las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes...".

Esta última norma consagra el principio que la enunciación no taxativa de lo que se consideran enfermedades laborales (aquellas que son producto de la exposición a factores de riesgos inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador está obligado a laborar), pues no sólo se comprenden aquellas que enumera el Ministerio de Salud del Gobierno Nacional en una tabla específica, sino también cuando se demuestra la relación de causalidad de una patología con factores de riesgo ocupacional.

11 www.centro-virtual.com/recursos/2019a07m06dc@v3p@r@1v3st1g@c10n/gesti@nss.pdf

Específicamente, el Decreto 1477 de 2014. Por el cual se expide la Tabla de Enfermedades Laborales, que modificada por Dec. 676/2020, establece: Artículo 1. Tabla de Enfermedades Laborales. El presente decreto tiene por objeto expedir la Tabla de Enfermedades Laborales, que tendrá doble entrada: I) agentes de riesgo, para facilitar la prevención de enfermedades en las actividades laborales, y II) grupos de enfermedades, para determinar el diagnóstico médico en los trabajadores afectados. La Tabla de Enfermedades Laborales se establece en el anexo técnico que hace parte integral de este decreto. Artículo 2. De la relación de causalidad. En los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad laboral. Artículo 3. Determinación de la causalidad. Para determinar la relación causa-efecto, se deberá identificar: 1. La presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador, de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar, teniendo en cuenta criterios de medición, concentración o intensidad. En el caso de no existir dichas mediciones, el empleador deberá realizar la reconstrucción de la historia ocupacional y de la exposición del trabajador; en todo caso el trabajador podrá aportar las pruebas que considere pertinentes. 2. La presencia de una enfermedad diagnosticada médicamente relacionada causalmente con ese factor de riesgo.

En la Tabla de enfermedades laborales reconocidas al 2020¹² se verifica que en el capítulo VIII referido a "Enfermedades del sistema cardiovascular y cerebro vascular" se encuentra expresamente incluida el "infarto agudo de miocardio".

B. Chile

En Chile rige, desde el 1/02/1968 (con modificaciones en los años 1972, 1979, 1980, 1981, 1983, 1988, 1989, 1995, 1996, 2005, 2006, 2008 y 2011), la Ley 16.744, denominada "Ley sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales"¹³.

En su artículo 5° define como "accidente de trabajo": "...toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte. Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro. Se considerarán también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales. Exceptúanse los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima. La prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador..."

Y en el art. 7 define como "enfermedad laboral": "...la causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte. El Reglamento enumerará las enfermedades que deberán considerarse como profesionales. Esta enumeración deberá revisarse, por lo menos, cada tres años. Con todo, los afiliados podrán acreditar ante el respectivo organismo administrador el carácter profesional de alguna enfermedad que no estuviere enumerada en la lista a que se refiere el inciso anterior y que hubiesen contraído como consecuencia directa de la

12 Decreto 1477 de 2014 (actualizado) - Nueva tabla de enfermedades (safetya.co)

13 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28650&r=1>

profesión o del trabajo realizado. La resolución que al respecto dicte el organismo administrador será consultada ante la Superintendencia de Seguridad Social, la que deberá decidir dentro del plazo de tres meses con informe del Servicio Nacional de Salud...”.

En este país no están contempladas las cardiopatías aquí investigadas como enfermedad o accidente laboral, en el listado o baremos de patologías así reconocidas por el Ministerio de Salud, por lo que su reconocimiento depende de lo que se actúa en las instancias administrativas y judicial.

C. España

Según la tesis doctoral de la Dra. María Teresa Piné Cáceres (2015), ya en el año 2015 se estimaba que en España “...el Síndrome Coronario Agudo (SCA), se encuentran entre las primeras causas de Incapacidad Temporal (IT)... se registran cada año 23.000 bajas laborales por enfermedad cardiovascular, siendo la causa más frecuente de IT tras la lumbalgia y la depresión...”.

El 30/10/2015 se dictó el Decreto Real Legislativo nº 8/2015¹⁴ (publicado en el B.O.E. bajo el nº 261 del 31/10/2015 con entrada en vigor a partir del 02/01/2016) que crea el actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social o LGSS, en el que se regula el régimen español de protección social.

En el art. 156 se define accidente de trabajo y sus contingencias protegidas, destacando a los fines del presente trabajo las siguientes previsiones:

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

- a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.
- b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.
- c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.
- d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.
- e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.
- f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

¹⁴ BOE.es - BOE-A-2015-11724 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Texto actualizado al 23/03/2022: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.
4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:
 - a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.
En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.
 - b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.
5. No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo:
 - a) La imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira.
 - b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

En el art. 157 se define enfermedad laboral como: "...la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional. En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad...".

De acuerdo con su régimen, cuando un trabajador no puede continuar desempeñando su actividad laboral, bien por una enfermedad común o tras haber sufrido un accidente laboral, inicia periodos de Incapacidad Temporal (IT) de duración determinada según la patología que presente, hasta que se encuentra apto para incorporarse a su trabajo. Esta incapacidad puede obedecer a diversas contingencias, distinguiéndose entre las que son de origen común (enfermedad común y accidente no laboral), y aquellas cuyo origen obedece a causas profesionales (enfermedad profesional y accidente laboral). En caso de que la patología en cuestión sea considerada contingencia común (CC), la asistencia sanitaria corresponde al Servicio Público de Salud, sin embargo, si el proceso tiene carácter laboral, son las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MUCOSS), conocidas como Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (MATEPSS). Asimismo, las prestaciones económicas, tanto de la Incapacidad Temporal como de la Incapacidad Permanente (IP) en el caso de que el proceso finalice con secuelas, serán distintas según sea considerado el proceso como laboral o común.

Las Mutuas se definen como asociaciones voluntarias de empresarios privados, debidamente autorizadas y constituidas con el único objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social. Entre sus funciones más importantes destacamos la gestión de las prestaciones derivadas de las Contingencias Profesionales, Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente, Muerte y Supervivencia, así como de asistencia sanitaria derivada

de la Incapacidad Temporal.

El 10/11/2006 se aprobó en España el Real Decreto n° 1299/2006 («BOE» núm. 302, de 19/12/2006 que comenzó a regir el 01/01/07, actualizado el 05/5/2018¹⁵) por el que crea el CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES donde no están expresamente incluidas la cardiopatía isquémica ni el infarto de miocardio, por lo que cobra particular relevancia lo que, al respecto, se decide en la Justicia Española.

Así, desde 1970, pero ya con mayor certeza desde hace dos décadas que la jurisprudencia española viene aceptando que una patología cardíaca como el Síndrome Coronario Agudo, se califique como accidente laboral¹⁶.

José F. Blasco Lahoz (2010) hace un análisis minucioso de la Jurisprudencia del Supremo Tribunal Español, tanto acerca de la enfermedad laboral en general, como del infarto de miocardio, en particular, señalando que: "...ha admitido la posibilidad de que lesiones de carácter no violento puedan ser originadoras de contingencia laboral, calificando como tal no sólo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias (STS de 18 de junio de 1997). Así, cabe la existencia de accidente de trabajo en los supuestos de enfermedades del trabajo, de enfermedades agravadas por el trabajo o de enfermedades intercurrente. Tienen la consideración de accidente de trabajo las enfermedades, tanto físicas como psíquicas, que no tengan la calificación de enfermedades profesionales y que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del mismo (art. 115.2 e) de la LGSS). En la determinación de estas enfermedades, el Tribunal Supremo insiste en que es imprescindible la existencia de un nexo causal entre la enfermedad y el trabajo realizado, que, además, debe ser probado suficientemente y de forma exclusiva por el trabajador (STS de 24 de mayo de 1990), bien porque se trate de una patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen aquel nexo causa..."

Y sobre el SCA, puntualmente expone que: "...existe una reiterada doctrina del Tribunal Supremo que versa sobre el infarto de miocardio y las enfermedades isquémicas. En ella prima la aplicación de la presunción de laboralidad para la calificación de dichas enfermedades como accidente de trabajo, para cuya destrucción sería necesario que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de una enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal (STS de 16 de diciembre de 2005)..."

Y que: "...Así, se ha venido considerando accidente de trabajo el infarto de miocardio provocado o inducido por las tareas de gran esfuerzo físico que realizaba el trabajador (STS de 15 de febrero de 1996, Rec. 2149/1995), o el infarto (SSTS de 25 de marzo, de 1985; 7 y 10 de marzo, 8 de abril, 6 de mayo y 20 de julio de 1987; 5 de julio de 1988; 15 de febrero de 1996; 27 de febrero y 14 de julio de 1997; 23 de enero de 1998; 18 de marzo de 1999; 11 de julio de 2000; 24 de septiembre de 2001; y 27 de septiembre de 2007), angina de pecho (SSTS de 18 de junio de 1997 y 23 de julio de 1999.), dolor retroesternal (STS de 23

15 BOE.es - BOE-A-2006-22169 Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

16 Ver al respecto la tesis doctoral ya citada de la Dra. Piné Cáceres;

de noviembre de 1999.), trombosis (STS de 7 de octubre de 2003), crisis de taquicardia (STS de 13 de octubre de 2003), dolor torácico y manifestación anginosa (STS de 16 de junio de 2004), o TCE consecuencia de una crisis comicial (STS de 27 de febrero de 2008), que se producen en tiempo y lugar de trabajo...).

Pero también aclara que: "...Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha considerado la existencia de accidente de trabajo cuando se produce un infarto de miocardio en un supuesto de situación de disponibilidad cuando el trabajador debe estar localizable, porque de una enfermedad profesional previa como consecuencia de la lesión constitutiva la contingencia laboral, puesto que en el art. 115.2 f) (léase 156 2 f) de la LGSS se establece expresamente que tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Lo determinante aquí es que los efectos incapacitantes se produzcan o pongan de manifiesto con ocasión o como consecuencia del trabajo que se venga desarrollando a través de un suceso repentino calificable de accidente de trabajo, y lo relevante a efectos de aquella norma no es que el traumatismo ponga de manifiesto una enfermedad clínica, sino que produzca una incapacidad hasta entonces inexistente (STS de 25 de enero de 2006)...".

Y en cuanto al accidente de Trabajo, el mismo autor analiza que:

"...El Tribunal Supremo califica como accidente laboral aquel en el que, de alguna manera, concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concasual o coadyuvante, y debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento. La excepción es cuando concurren hechos de tal relieve que sea evidente la absoluta carencia de aquella relación (STS de 7 de marzo de 1987 y 5 de julio de 1988). Como regla general, la relación de causalidad deberá ser probada, aunque se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo (art. 115.3 de la LGSS). Queda únicamente desvirtuada cuando hubieran ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente, a todas luces, la absoluta carencia de relación de causalidad entre el trabajo que el operario realiza, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro. El Tribunal Supremo ha dictaminado que la noción de tiempo de trabajo no se reduce al tiempo de prestación efectiva de servicios, abarcando también el período intermedio de la actividad laboral, entre la jornada de mañana y tarde, que el trabajador emplea para comer en el lugar de trabajo (STS de 9 de mayo de 2006). La presunción legal de laboralidad de las lesiones acaecidas durante el tiempo y el lugar de trabajo cede ante la presunción judicial, atendidos los antecedentes clínicos del afectado, de que la lesión es debida a enfermedad común (STS de 16 de abril de 2004)...".

Y puntualizó respecto de cuadros cardiológicos como accidentes laborales que: "...en los últimos años el alto tribunal ha reconocido la existencia de accidente de trabajo, liberándose al trabajador de la prueba del nexo causal en el supuesto de una trombosis (STS de 7 de octubre de 2003), de una crisis de taquicardia (STS de 13 de octubre de 2003) o de un infarto de miocardio (STS de 22 de enero de 2007), sufridas en tiempo y lugar de trabajo, así como en el supuesto de fallecimiento de un trabajador de la construcción en la obra en que trabajaba durante la pausa de la comida, puesto que no queda desvinculada la lesión de trabajo realizado. Sería un contrasentido negar la calificación como profesional al accidente ocurrido en tales circunstancias y reconocerla al sufrido por el trabajador

en la trayectoria de su domicilio al centro de trabajo, también en tiempo intermedio de inactividad laboral para alimentarse, originado por causas desconectadas con el funcionamiento de la empresa (STS de 9 de mayo de 2006) ...”

Pero dejó a salvo que: “...Por el contrario, el Tribunal Supremo no ha admitido tal calificación en el supuesto de un infarto de miocardio sufrido por el trabajador en los vestuarios del centro de trabajo con anterioridad al inicio de su jornada laboral. No es suficiente para aplicar la presunción de laboralidad con que el trabajador se halle en la obra cuando ocurre el infarto, que es lugar de trabajo a estos efectos. El término legal «tiempo de trabajo» contiene una significación más concreta, equivalente a la del art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores. Está referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo –físico o intelectual– que determina una más fácil vinculación del accidente con el trabajo y por ello opera la presunción citada (SSTS de 28 de abril de 1983, 6 de octubre de 2003, 20 de diciembre de 2005, 14 de julio de 2006 y 25 de enero, Rec. 33641/2005, y 14 de marzo de 2007, Rec. 4617/2005.), o cuando se ha sufrido en el domicilio del trabajador que se encuentra en situación de guardia localizada o de disponibilidad permanente (SSTS de 7 de febrero de 2001 y 9 de diciembre de 2003)...”.

En relación a los accidentes “in itinere” Blasco Lahoz destaca que: “...el Tribunal Supremo no admite la existencia de accidente laboral en el origen de una afección cardíaca y el trabajo en determinados supuestos: cuando no consta que en el camino desde el domicilio al trabajo se hubiera producido acontecimiento que haya podido actuar como factor desencadenante de la crisis que determinó la muerte del causante (STS de 30 de junio de 2004); en el caso de un infarto de miocardio que provoca el fallecimiento de un trabajador cuando se dirigía desde su domicilio al lugar de trabajo, si no es posible relacionar los síntomas del infarto, verdadera causa de la muerte, con el trabajo (STS de 30 de mayo de 2003, Rec. 1639/2002)... De igual forma, el Tribunal Supremo tampoco admite la existencia de contingencia de trabajo en el supuesto de una embolia producida cuando el trabajador se dirigía a su domicilio después terminarla jornada y una vez fuera, aunque en las proximidades, del centro de trabajo, puesto que la presunción del art. 115.3 (léase 156.3) de la LGSS sólo es aplicable a las dolencias aparecidas en tiempo y lugar de trabajo y no a las que se manifiestan en el trayecto de ida o vuelta (Las dolencias no derivan directamente de la ejecución del contenido de la relación de trabajo, quedando así el accidente “in itinere” considerado como accidente laboral únicamente cuando las dolencias se producen como consecuencia de una acción súbita y violenta, correspondiente al sentido vulgar y tradicional del accidente, STS de 16 de julio de 2004)...”.

IV. Conclusiones

Se ha analizado la regulación de la materia en legislación comparada de otros países con sistemas similares, como España y Chile y Colombia, con el objeto de visualizar modelos más avanzados y equitativos que justificarían una propuesta de reforma legislativa. En Chile ocurre lo mismo que en Argentina; en Colombia estas patologías están expresamente incluidas en los baremos laborales; en España son reconocidas por la Justicia Española contando con abundante jurisprudencia.

Es necesario contar con herramientas técnico científicas relevantes y definiciones sólidas y actualizadas en el cuerpo del Baremo y sus Decretos Reglamentarios. Lo mismo respecto de datos de necropsia en todos los casos de muerte súbita en ocasión y lugar

del trabajo e “in itinere” aparece como una propuesta de valor, así como también la de ponderar los factores de riesgo de los trabajadores y el tipo de labor que desarrollan para tomar las medidas preventivas necesarias (Basso et al, 2017) .

De igual manera, los síndromes isquémicos agudos deberían definirse de acuerdo a los criterios actuales: Tercera y cuarta definición universal del infarto de miocardio (Thygesen Kristian et al, 2012), determinar cuándo se trata de accidente de trabajo o enfermedad profesional no relacionada a agentes químicos y modificar los apartados correspondientes. La aparición súbita de SCA: síntomas y signos electrocardiográficos típicos evolutivos, alteraciones enzimáticas, lesiones compatibles con accidente de placa/placa complicada en la coronariografía y la evolución o no a infarto agudo de miocardio, con independencia del tratamiento instituido, en ocasión y momento del trabajo o “in itinere” merecen ser considerados accidente de trabajo. No así, por ejemplo, los cuadros que aparecieran bien alejados de dicho momento y ocasión.

La muerte súbita en esas circunstancias obliga a practicar una necropsia completa a fines de establecer las causas. Si los hallazgos son compatibles con IAM en fases tempranas y se demuestra placa complicada, deberá ser considerada accidente laboral (Castelá García et al, 2013: 36).

La lectura de los fallos de la justicia laboral en el contexto local lleva también a concluir que la ausencia de una base técnico-científica sólida, conduce a sentencias encontradas y dispares y no pocas veces, basadas en pericias con fundamentos endeblés. Esto podría evitarse en el futuro de contar con Protocolos específicos, definiciones actualizadas y la inclusión de estas afecciones huérfanas, a la Ley de riesgo de trabajo. En ese sentido, el procedimiento del Decreto 1278/2000 no ha aportado solución alguna a esa problemática porque resulta de casi imposible cumplimiento para el trabajador. Tal situación de injusticia obliga, en el caso de la patología que lleva a realizar este trabajo, a la inclusión de la misma en el listado de enfermedades cubiertas por el régimen de la ley 24557, en el marco del art 6 de esa norma. Existen antecedentes: mediante el Decreto 1167/2003, fueron incorporadas al listado el Hantavirus (Fiebre hemorrágica con Síndrome Renal y Síndrome Pulmonar) y el Trypanosoma Cruzi (solamente en su fase aguda), con posterioridad las vérices primitivas bilaterales, la hernia discal Lumbo-Sacra con o sin compromiso radicular que afecte a un solo segmento columnario y las hernias de pared abdominal directas, mixtas y crurales, han sido agregadas mediante el Decreto 49/2014 como Enfermedades Profesionales. De igual modo, de cumplir con los criterios de inclusión claramente establecidos, una propuesta de Reforma Legislativa, permitiría incluir al Síndrome Coronario Agudo (SCA) y la Muerte súbita (MS) de causa isquémica como Accidente de Trabajo en la Tabla de evaluación de incapacidades laborales (Decreto N° 659/96) y la Cardiopatía isquémica como Enfermedad Profesional, además de la ya existente, en el LEP (Decreto 658/96). Consecuentemente, las técnicas sustitutivas del vacío legal serían prescindibles, lográndose mayor coherencia entre las resoluciones de la instancia Médico-Administrativa, las de la Justicia laboral y los Tribunales de Alzada, lo que significa: Equidad y Justicia para las/los trabajadoras/es y/o sus derechohabientes en el contexto de aplicación de una normativa legal que incorpore las afecciones cardiovasculares de referencia.

Referencias bibliográficas

- Basso, et al; Association for European Cardiovascular Pathology (2017). Guidelines for autopsy investigation of sudden cardiac death: 2017 update from the Association for European Cardiovascular Pathology. <https://doi.org/10.1007/s00428-017-2221-0>
- Blasco Lahoz, José Francisco F. (2010). "Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el tribunal supremo. Gestión Práctica De Riesgos Laborales" publicado en Revista: "Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención", ISSN 1698-6881, N°. 70, 2010 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/ BCN Ley 16.744: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28650&#amp;r=1>
- Castellá García, J., Medallo Muñoz, J., Marrón Moya, T. (2013). Aspectos médico-legales de la muerte súbita cardíaca. Revista española de cardiología, 13(A): 30-37. <https://www.revespcardiol.org/en-aspectos-medicolegales-muerte-subita-cardiaca-articulo-S1131358713700645>
- La Definición Universal del Infarto de Miocardio. Consenso ESC 2018 sobre la cuarta definición universal del infartodemiocardio. Revista Española de Cardiología 2019;72(1):72.e1e27 <https://www.revespcardiol.org/index.php?p=revista&tipo=pdf-simple&pii=S0300893218306365>
- Meroi, A. A. (2007). Iura novit curia y decisión imparcial. *Ius et praxis*, 13(2), 379-390. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200015>
- Piné Cáceres, M. T. (2015). Estudio comparativo del síndrome coronario agudo laboral y no laboral. [Tesis de doctorado no publicada]. Universidad de Murcia.
- S. Gotsman, M. Adler, Stephen (2009): Under What Circumstances Can an Acute Myocardial Infarction Be Regarded as a Work-Related Accident? Multi-Causal Diseases as Work Accidents" *IntJSSWC* 3; (2009) 1(1) *International Journal of Social Security and Workers Compensation* 21 <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/IntJSSWC/2009/3.html>
- Schick, H. Las enfermedades laborales extra sistémicas. la jurisprudencia y el decreto 1278/00.
- Sociedad Argentina de Cardiología. (2020). Consenso de Síndromes coronarios crónicos 2020, Resumen de las recomendaciones 2020. Revista Argentina de Cardiología, 88(5): 1-14. <https://www.sac.org.ar/consenso/consenso-de-sindromes-coronarios-cronicos-2020-version-resumida/>
- Thygesen, K., Alpert, J. S., Jaffe, A. S., Chaitman, B. R., Bax, J. J., Morrow, D. A., et al. (2018). Fourth universal definition of myocardial infarction. *Journal of the American College of Cardiology*, 72(18), 2231-2264. <https://doi.org/10.1016/j.jacc.2018.08.1038>

Documentación

- "Marco legal y Normativo sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo: Colombia" Nota Técnica de Editorial Asturias, Corporación Universitaria, 2017 Bogotá Colombia: www.centro-virtual.com/recursos/2019a07m06dc@v3p@r@1v3st1g@c10n/gesti@nss.pdf
- Boletín Oficial de España: BOE.es - BOE-A-2006-22169 Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro
- Boletín Oficial de España: BOE.es - BOE-A-2015-11724 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Texto actualizado al 23/03/2022: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>
- Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: tomos 329:473
- Constitución de la República Argentina. Convención Nacional Constituyente, Ciudad de

Santa Fe, Argentina, 22 de agosto de 1994.

- Convenio N° 83. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 29 de Agosto de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2006, 7 de marzo) Sentencia C329: 473
- CSJN, Sentencia C- 329:473, 2006 -CSJN Sentencia C, TySS 188 1219, 1998
- CSJN, Sentencia C Rev LL 7/2/2008, 2007
- Decreto 1477 de 2014 (actualizado) - Nueva tabla de enfermedades (safetya.co)
- Decreto 49/2014 Riesgos del Trabajo Listado de Enfermedades Profesionales. Decretos 658/96, 659/96 590/97. Modificaciones. <http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/pepst/files/2017/02/Decreto-49-2014-Listado-de-Enfermedades-Profesionales.pdf>
- Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 54/17. Poder Ejecutivo Nacional, 23 de enero de 2017. <http://data.triviasp.com.ar/files/parte4/d5417.html>
- Jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires: TySS 1888.1219.
- LEY 27348 Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo. Sancionada el 15/2/17, publicada 24/2/17 entrada en vigencia 3/3/2017.
- Ley de Riesgos del Trabajo Nro. 24557. Boletín Oficial de la República Argentina, 04 de octubre de 1995. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/texact.htm>
- Ley modificatoria de la Ley de Riesgos del Trabajo Nro. 26.773. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2012. <http://www.sajj.gob.ar/472-nacional-reglamentacin-ley-26773-ordenamiento-reparacion-daos-derivados-accidentes-trabajo-enfermedades-profesionales-dn20140000472-2014-04-01/123456789-0abc-274-0000-4102soterced>
- Ministerio de Salud de la Nación y Organización Panamericana de la Salud. (2020). Indicadores básicos Argentina 2020. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/53210>
- Ministerio de Salud de la Nación, Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica. OPS. OMS. Indicadores básicos Argentina 2020 <http://www.deis.msal.gov.ar/>
- Publicación Oficial de Ley de "Sistemas Generales de Riesgos Laborales" de Colombia, Ministerio de Salud de dicho país /Ley-1562-de-2012.pdf <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ>
- Resolución 298/17 MTSSN Y SRT. PROCEDIMIENTO ANTE LAS COMISIONES MEDICAS. Procedimiento relacionado con el Art. 1ro. De la Ley 27438 deroga las normas precedentes (Art. 40), para los trámites específicos. Sancionada 23/2/17. <http://data.triviasp.com.ar/files/parte4/rsrt29817.html>
- Revista Jurídica "La Ley", Editorial la Ley S.A., Bs. As. 7/2/2008

3. Comentarios Jurisprudenciales

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

Preventive health rights and the right to respect for private life: conclusions drawn from European Court of Human Rights Vavříčka case

Marc Suñer¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)05)

Comentario a

Case of Vavříčka and others v. The Czech Republic
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Disponible en

<https://bit.ly/3Sxgjmy>

RESUMEN:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el deber de vacunación obligatoria, establecido por la República Checa, y que se hace cumplir tanto a través de multas únicas como a través de expulsiones e inadmisiones de aquellos niños que no se encuentran inmunizados de los colegios es una injerencia justificada en el derecho al respeto a la vida privada, establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consideramos que este fallo es parcialmente criticable puesto que en su análisis de las expulsiones e inadmisiones, el Tribunal hace un análisis miope de las circunstancias y deja de lado el interés superior del niño. Sin embargo, también es cierto que los Estados tienen reconocido un margen de apreciación nacional para la ponderación concreta de derechos, y que esta decisión podría encontrarse dentro de este.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights ruled that the mandatory vaccination duty established in the Czech Republic and enforced through one-time fines and removal or non-admission from preschool centers of kids that did not have the full vaccination schedule was a justified interference in the right to respect for private life, established in article 8 of the European

¹ Graduado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Estudiante del Doble Máster de acceso a la abogacía y asesoría fiscal de empresas en el Instituto de Empresa (IE, España). Correo electrónico: marcsunyer97@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5786-8041>.

Convention of Human Rights. We consider that this ruling is questionable because the Court does not give sufficient importance to the superior interest of the child. However, this decision may fall within the margin of appreciation doctrine, under which States are allowed some leeway when assessing the proportionality of their policies.

PALABRAS CLAVE: Salud, vida privada, proporcionalidad, interés superior del niño, margen de apreciación.

KEY WORDS: Health, private life, proportionality, superior interest of the child, margin of appreciation.

I. Origen del litigio y desarrollo:

El litigio se origina porque varios ciudadanos de la República Checa (“los demandantes”) fueron o bien multados, o bien inadmitidos o expulsados de guarderías infantiles, por no cumplir con el programa de vacunación establecido por la Ley de Protección de la Salud Pública y concretado por el Gobierno de la República Checa mediante sendas órdenes del Ministerio de Sanidad. Muchos de estos ciudadanos eran menores de edad en el momento de los hechos y las multas fueron recibidas por sus padres.

Dado que, en su momento, eran casos independientes, cada uno de ellos agotó las vías de recursos internas necesarias hasta llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el cual sostienen que, entre otras pretensiones, el deber de vacunación impuesto por la República Checa y las subsecuentes multas e inadmisiones a las guarderías vulneran su derecho al respeto la vida y familiar establecido en el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“el Convenio”). La sentencia en cuestión se pronuncia fundamentalmente sobre la posible vulneración de este derecho, la cual es negada por la República Checa. Además del Gobierno y de los ciudadanos afectados, intervienen como terceros varios estados y asociaciones.

II. Alegaciones de las partes:

Trataremos las alegaciones de las partes como si hubiesen sido esgrimidas por una única, a pesar de tratarse de varias, por motivos de inteligibilidad. La división se hará entre “partes demandadas” -comprendiendo tanto a los ciudadanos como a las asociaciones- y “el Gobierno” -entendiendo tanto a la República Checa como a los demás Estados que mantienen posturas similares-.

1. Alegaciones de las partes demandantes

Consideran que la imposición de un deber de vacunación, y las subsecuentes imposiciones de multas e inadmisiones o expulsiones de los niños de las guarderías, resultan contrarias al derecho al respeto a la vida privada y familiar, previsto en el artículo 8 del Convenio; al derecho a que las intervenciones sanitarias se efectúen solo con el consentimiento libre e informado del afectado, previsto en el artículo 5 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (“Convenio de Oviedo”); y al derecho a la educación, previsto en el artículo 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la República Checa.

Sostienen que el Gobierno no demostró que la imposición de un deber de vacunación fuese necesaria ni que estuviese justificada. También opinan que la medida no es proporcionada, ya que un programa de vacunación voluntario hubiese alcanzado el mismo fin y hubiese sido respetuoso con sus derechos. Además, consideran que la injerencia en el derecho a la vida privada no está, como establece el artículo 8 del Convenio, “prevista por la ley”, ya que su implementación ha ocurrido mediante órdenes ministeriales y no mediante una disposición aprobada por el Parlamento.

Apuntan, con cierta imprecisión, a la existencia de conflictos de intereses entre quienes imponen o definen el deber de vacunación y las empresas farmacéuticas que fabrican las vacunas, en cuanto que estas patrocinaban a aquellos. Se muestran en desacuerdo con ciertos aspectos de las vacunas, tales como su impacto en la mortalidad, la propensión de los niños a contraer ciertas enfermedades y los efectos negativos de estas. De igual forma, señalan la incongruencia del Gobierno al exigir la vacunación a los niños en las guarderías, pero no a los docentes que trabajan en estas, para quienes no existe este requisito; y que las excepciones al deber de vacunación por motivos ideológicos casi nunca son aceptadas.

2. Alegaciones de la República Checa y demás gobiernos (“el Gobierno”)

Consideran que tanto el establecimiento del deber de vacunación, como la imposición de multas por no cumplir con dicho deber y la inadmisión de los niños sin vacunar a las guarderías son medidas que se encuentran justificadas. El Gobierno admite que la vacunación efectivamente incide en el derecho al respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio, pero esta injerencia se encuentra dentro de los límites que dicho artículo establece, a saber: (i) que esté prevista por la ley; y (ii) que constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la protección de la salud y de los derechos y libertades de los demás. Más precisamente, consideran que el deber de vacunación protege la salud de aquellas personas para quienes la vacunación está contraindicada por razones médicas.

Señalan que el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la República Checa contempla la posibilidad de imponer deberes a los ciudadanos, y que esta imposición se hace, tal y como prescribe dicho artículo, dentro de los límites legales y con respeto a las libertades y derechos fundamentales. Para el Gobierno, una política de vacunación obligatoria es consonante con el interés superior del niño, previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La vacunación es, y para las siguientes afirmación se apoyan en datos de la Organización Mundial de la Salud, la intervención sanitaria más eficiente y exitosa jamás conocida, ya que ha ayudado tanto a prevenir más de 2 millones de muertes cada año como a ahorrar muchos recursos en gasto sanitario. Las incidencias de muchas enfermedades, como la poliomielitis, han sido reducidas en hasta un 99%. La vacunación, por ende, es considerada como uno de los componentes centrales del derecho a la salud. Este último derecho, a la salud, se encuentra previsto en el artículo 11 de la Carta Social Europea, que establece la obligación de los Estados de tomar acciones positivas conducentes a la prevención de enfermedades.

Consideran que el interés general en proteger la salud pública, la salvaguarda de los derechos de los demás (concretamente, los derechos de aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada y de aquellos para quienes los efectos de la vacuna no han sido plenamente efectivos) configuran la necesidad de la medida, en el sentido del artículo 8 del Convenio.

III. Razonamiento del Tribunal

En primer lugar, el Tribunal define el alcance de la sentencia, la cual versará sobre la posible vulneración del derecho de los demandantes al respeto a la vida privada y familiar, establecido en el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Considera que es una interpretación establecida la de entender que la integridad física de una persona forma parte de su vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, y que incluye también el derecho a relacionarse con otras personas. Pero si bien es cierto que ninguna de las vacunaciones ha sido efectivamente llevada a cabo, la inobservancia del deber de vacunación ha tenido consecuencias directas sobre los niños -en cuanto que no han sido admitidos o han sido expulsados de las guarderías-; es en este sentido que ha existido una vulneración de su derecho al respeto de la vida privada.

Entonces, para determinar si el deber de vacunación obligatoria ha vulnerado el artículo 8 del Convenio, el Tribunal examina los requisitos necesarios para considerar como válida una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada, a saber: (i) que la injerencia haya estado prevista por la ley; (ii) que persiga al menos uno de los objetivos previstos en el artículo y (iii) que haya sido una medida necesaria en una sociedad democrática. A continuación haremos una síntesis de los argumentos del Tribunal sobre cada uno de estos puntos.

1. Injerencia prevista por la ley

Para el Tribunal, la interpretación según la cual la ley que prevé la injerencia debe ser exclusivamente una disposición que emane del Parlamento -como sostienen Vavricka y demás-, no es correcta. Por el contrario, cuando el artículo 8 del Convenio habla de “ley”, hace referencia a “derecho escrito” en el sentido de disposiciones que, sin importar su rango, sean accesibles para los ciudadanos y estén redactadas con la suficiente precisión para que estos puedan regular su conducta y anticipar razonablemente las consecuencias de su incumplimiento. Así, el sentido de “ley” es sustantivo y no formal.

2. Objetivo legítimo

Dice el artículo 8 que la legitimidad de la injerencia en el derecho a la vida privada depende de si persigue uno de los fines enunciados en este -entre los que se encuentra la protección de la salud-. El Tribunal compra la tesis del Gobierno, según la cual el objetivo de la vacunación obligatoria es la protección contra enfermedades que pueden perjudicar gravemente la salud. Esta protección va referida tanto a quienes deben vacunarse como a quienes no pueden hacerlo debido a una contraindicación médica. Para estos últimos, que se encuentran en una posición vulnerable, una elevada tasa de vacunación representa una medida eficaz de protección contra las enfermedades graves.

3. Necesidad en una sociedad democrática

La injerencia en el derecho a la vida privada no solo debe estar prevista por la ley y perseguir un fin legítimo, sino que además debe ser una medida necesaria en una sociedad democrática para perseguir dicho fin. Una injerencia se considerará “necesaria en una sociedad democrática” si responde a una necesidad social urgente, y en particular, si las razones esgrimidas por el Gobierno son “relevantes y suficientes”, y si es una medida “proporcional con respecto al fin legítimo”. El Tribunal explica este requisito, a primera vista impreciso, a través de una serie de principios jurisprudencialmente asentados, los cuales explicaremos a continuación:

A. Margen de apreciación nacional

En el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal juega un papel subsidiario. De acuerdo con el preámbulo del Instrumento, las Partes Contratantes gozan de la legitimidad democrática necesaria para decidir cuál es la mejor manera de proteger los derechos previstos en este y, además, se encuentran en una posición idónea para evaluar las condiciones locales que determinan la adopción de una u otra medida. De esta forma, se reconoce a las Partes Contratantes un margen de apreciación para concretar el balance entre la necesidad de la injerencia y los derechos de los ciudadanos a la hora de alcanzar los objetivos previstos. El papel subsidiario del Tribunal consiste, entonces, en un control posterior de dichas medidas y de los requisitos establecidos por el artículo.

Este margen de apreciación reconocido a las Partes Contratantes podrá ser amplio o angosto, lo cual dependerá de las circunstancias del caso particular. Si el derecho en juego se muestra crucial para el disfrute efectivo de derechos fundamentales de la persona, el margen de apreciación será angosto; también lo será así cuando esté en juego una facultad particularmente importante para la existencia o identidad del individuo. Por el contrario, cuando entre las Partes Contratantes no haya un acuerdo sobre la importancia relativa de los derechos en cuestión o sobre cuál es la mejor medida para garantizarlos, particularmente si la decisión afecta temas moralmente delicados, el margen de apreciación será amplio.

Para el Tribunal, los asuntos de salud pública se encuentran dentro del margen de apreciación de las Partes Contratantes, y este será amplio en aquellos casos en los que sea necesario realizar un balance entre intereses privados y públicos contrapuestos, o entre derechos previstos en el Convenio.

Una vez delineados los contornos teóricos del margen de apreciación nacional, el Tribunal los subsume al caso concreto. En primer lugar, y en relación con la existencia de un consenso entre las Partes Contratantes sobre la importancia de los derechos y las medidas idóneas para garantizarlos, señala que entre estas efectivamente hay un consenso sobre que la vacunación es una de las intervenciones sanitarias más efectivas y eficientes, y sobre que el objetivo de las Partes Contratantes debería ser el de alcanzar la mayor tasa de vacunación posible.

En segundo lugar, considera el Tribunal que no hay una opinión unánime entre las Partes Contratantes sobre cuál es el mejor modelo de vacunación; estando unas a favor de un programa voluntario y otras, a favor de uno obligatorio. La postura que defiende la vacunación obligatoria es compartida por la República Checa, Francia, Polonia y Eslovaquia.

Además, considera que aunque es cierto que la vacunación obligatoria es un tema moralmente delicado, no lo es únicamente para los detractores; también lo es para quienes consideran que es una expresión de solidaridad colectiva, ya que el propósito es proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en especial la de aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada, quienes son precisamente el motivo por el que la población asume el minúsculo riesgo que conlleva la vacunación. Por todo ello, considera que el margen de apreciación nacional en el caso concreto ha de ser amplio.

B. Necesidad social urgente

Este requisito se analiza a través de las obligaciones positivas que las Partes Contratantes tienen de proteger la vida y la salud de aquellos dentro de su jurisdicción (artículos 2 y 8 del Convenio). En la misma dirección apuntan los instrumentos internacionales suscritos por la República Checa, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la Carta Social Europea.

El Tribunal hace especial énfasis en la documentación de los expertos en materia sanitaria, aportada por la República Checa, la cual recoge la opinión firme de las autoridades sanitarias checas de que si la vacunación infantil deja de ser obligatoria, se pondría en peligro la salud pública por la caída en la tasa de vacunación. Es por esto que el Tribunal concluye que la vacunación obligatoria es la respuesta de la República Checa a la necesidad social urgente de proteger la salud pública, evitando cualquier descenso en la tasa de vacunación.

C. Motivos relevantes y suficientes

La medida que interfiere con el derecho a la vida privada establecido en el artículo 8 del Convenio no solo debe responder a una necesidad social urgente, sino que debe haber motivos relevantes y suficientes para adoptarla. En este sentido, el Tribunal desestima los argumentos de los demandantes, quienes alegan que el Gobierno no ha demostrado que la vacunación obligatoria sea una medida necesaria y justificada. Por el contrario, el Tribunal considera que la República Checa ha acreditado suficientemente, con datos tanto de autoridades nacionales como de internacionales, las razones que justifican la vacunación obligatoria.

Para el Tribunal, también es un motivo relevante y suficiente el interés superior del menor -que tanto instrumentos internacionales como la jurisprudencia del Tribunal lo reconocen como uno de los parámetros rectores de toda actuación gubernamental-. Los Estados tienen la obligación de proteger la salud del niño, tanto en sentido individual como colectivo; entendiendo que, en lo que a inmunización se refiere, el objetivo -dice el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas- debería ser que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves. Este objetivo se logra cuando estos completan las pautas de vacunación previstas; mientras que en relación con aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada, el objetivo de inmunización se logra a través de la inmunidad de rebaño. Entonces, si este nivel de inmunización, que protege tanto a quienes pueden vacunarse como a quienes no, es difícilmente alcanzable mediante la vacunación voluntaria, la solución para garantizar el interés superior del menor no puede ser otra que establecer la vacunación como un deber.

D. Proporcionalidad

Por último, el Tribunal evalúa la proporcionalidad de las interferencias a la luz de los

objetivos perseguidos. En primer lugar, analiza las características del sistema de vacunación de la República Checa. El deber de vacunación comprende 9 enfermedades, para las cuales la vacunación es considerada tanto efectiva como segura por la comunidad científica. Ahora, si bien la vacunación es obligatoria en la República Checa, no se trata de un deber absoluto, ya que se permiten excepciones en relación con niños para quienes está médicamente contraindicada. Para los demandantes, la excepción por contraindicación médica casi nunca se concedía, pero señala el Tribunal que estos no intentaron valerse de esta excepción en ninguna de las instancias, ni siquiera ante el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así que el examen de la aplicación de la excepción no procede en el presente caso. A la misma conclusión llega sobre el argumento de los demandantes de que la excepción que el Tribunal Constitucional de la República Checa reconoce para la vacunación obligatoria, en el marco de una objeción de conciencia -que debe ser aplicada de forma excepcional-. Los demandantes tampoco se han valido de ella en las instancias nacionales.

Considera que el procedimiento de toma de decisiones en relación con la vacunación ha sido transparente y abierto a la participación pública, ya que han sido publicadas las minutas de las reuniones de la Comisión Nacional de Inmunización, encargada de desarrollar la estrategia de vacunación, que se encuentra adscrita al Ministerio de Sanidad y se estableció un panel de discusión que agrupaba a expertos en la materia y miembros de la sociedad civil. También enfatiza en el hecho de que las prácticas preventivas de la República Checa a la hora de garantizar tanto la seguridad de las vacunas como la presencia de contraindicaciones médicas en quienes las reciben se adecúan a los estándares internacionales.

El Tribunal recalca que la vacunación, si bien tiene el carácter de deber, no puede ejecutarse forzosamente, puesto que no hay disposición alguna que faculte a las autoridades sanitarias a aplicar una vacuna en contra de la voluntad de una persona. Este deber, por el contrario, se hace cumplir por vías indirectas, esto es, mediante la imposición de sanciones administrativas únicas -en el sentido de impuestas una sola vez- y de cuantía moderadas (aproximadamente EUR 400 en 2022). La intensidad de la injerencia no es, en el caso de las multas, excesiva.

Sobre la inadmisión o expulsión de los niños de las guarderías, el Tribunal también reconoce que la medida es efectivamente una "injerencia" en el sentido del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, y refutando la tesis de los demandantes, esta no tiene un carácter punitivo o sancionatorio, sino que está destinada a la protección de la salud. Admite que la expulsión o inadmisión de las guarderías ha significado, para los niños, un perjuicio importante en el desarrollo de su personalidad, al haber evitado que se integrasen en un entorno que permitiese su socialización y estimulase su aprendizaje. No obstante, considera que la privación de la oportunidad educativa de los niños no fue total y absoluta, que fue muy limitada en el tiempo y que es la consecuencia directa de la decisión de los padres de estos, de impedir la vacunación prescrita por la ley, la cual tiene el propósito de proteger la salud pública, particularmente dentro de ese grupo de edad. Para llegar a esta última conclusión, parte de dos ideas, avaladas por datos científicos: en primer lugar, que la infancia es el momento idóneo para la vacunación; y en segundo lugar, que la protección de la salud de aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada depende de una tasa de vacunación alta entre los estudiantes. Por ende, no puede considerarse desproporcionado que la República Checa exija, en nombre de

la solidaridad social, que aquellos para quienes la vacunación representa un riesgo mínimo acepten este riesgo para proteger la salud de la pequeña proporción de niños vulnerables que no pueden beneficiarse de la vacunación.

E. Conclusión

El Tribunal aclara que el objeto de la sentencia no es determinar si pudo adoptarse otra política de vacunación menos prescriptiva; sino determinar si la República Checa se mantuvo dentro de los límites del margen de apreciación nacional al hacer el balance entre la medida tomada y los derechos afectados. La opinión final es que la República Checa efectivamente se mantuvo dentro del margen de apreciación nacional, de lo cual se desprende que las medidas impugnadas son “necesarias en una sociedad democrática”. En definitiva, el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio no ha sido violado.

IV. Comentario sobre el razonamiento del Tribunal

El Tribunal concluye que la política de vacunación en la República Checa -entendiendo por tal no solamente el hecho de que la vacunación se configure como un deber, sino las consecuencias de su incumplimiento- debe entenderse como una injerencia justificada en el derecho al respeto a la vida privada del artículo 8 del Convenio.

La protección de la salud es la justificación de la que el Tribunal se vale para justificar la injerencia en el derecho a la vida privada. La salud, entonces, es el elemento que, después de las cavilaciones del Tribunal, resulta vencedor cuando se contrasta con otros derechos o principios, como lo son el derecho a la educación, o el interés superior del menor. El objetivo de esta segunda parte del comentario será, en primer lugar, definir la extensión de los elementos que han sido tenidos en cuenta para el fallo, y en segundo lugar, contrastarlos con los argumentos del Tribunal.

1. Derecho a la salud

La Organización Mundial de la Salud se refiere a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Así entendida, la salud es reconocida como un derecho por artículo 25(1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”. De igual forma, la Carta Social Europea de 1961, en su artículo 11, señala que “las Partes Contratantes se comprometen a (...) eliminar las causas de una salud deficiente”.

Estas definiciones, no obstante, se muestran un tanto amplias, en el sentido de que “una definición tan amplia plantea problemas a la hora de acotar el régimen normativo referido a la salud” (Seuba Hernández, 2010: 39). Por esto, algunas precisiones son necesarias, y añade que “(el derecho a la salud encuentra) su razón de ser en la protección de un bien jurídico que con frecuencia requiere acciones positivas”, el cual “(tiene) el propósito último de proteger, promocionar y mejorar la salud”. (Seuba Hernández 2010: 40). Es decir que por su carácter positivo, su realización es más compleja y multifacética que si se tratase de un derecho-abstención, aunque en algunos casos pueda serlo (Suñer Pernalet, 2020: 201).

Hemos apuntado que para la realización efectiva de este derecho, usualmente son necesarias actuaciones positivas. En este sentido, podemos precisar, entre varios, dos enfoques de actuación: la medicina y la prevención. El primero tiene un enfoque indivi-

dual y se caracteriza grosso modo por la existencia de un paciente, quien presenta una enfermedad, y requiere ser tratado por un especialista (Carranza et al, 2019: 17); sin perjuicio de que la existencia de este especialista deba ser garantizado por un sistema de salud público, que sin duda haría este enfoque un tanto más colectivo (Carranza et al, 2019: 20). Este enfoque individual se ha transformado con el paso del tiempo. Al principio, existía una concepción paternalista del sujeto, según la cual “lo que el profesional de la salud considerase benéfico al paciente sería realizado, sin que este último hiciera cualquier intervención en la decisión del profesional, toda vez que la justificación de la medida era tratar o restaurar la salud o aún, prolongar la vida de quien de ellas padeciera” (Ribeiro-Alves, 2012: 93). Progresivamente se ha ido asentando el principio de autonomía, y ahora “se le pide al profesional de la salud que se rija por el deber de velar por la vida del paciente (...) pero observando el respeto debido a la libertad de la persona (Ribeiro-Alves, 2012: 93)

El segundo enfoque, el preventivo, lo entendemos como colectivo por la ausencia de un individuo concreto sobre quien deba recaer la prestación sanitaria sino que, mediante actuaciones positivas, el Estado tiene el deber de establecer las condiciones necesarias para asegurar dicho “estado de bienestar físico” en un momento anterior a la existencia de una enfermedad. Para esto, es necesario “asignar a la salud la doble consideración (...) de derecho fundamental del individuo e interés de la comunidad” (León Alonso, 2010: 76).

A. Conflicto dentro del derecho a la salud

Habiendo precisado, en lo que a este comentario concierne, el contenido del derecho a la salud, no es difícil percatarnos del conflicto: un choque entre el derecho a la salud a nivel individual y a nivel colectivo. La República Checa justifica su política de vacunación en el cumplimiento de la obligación positiva de garantizar el mayor nivel posible de salud; mientras que los demandantes (sin mucho énfasis, hemos de decir) defienden su derecho a no ser sometidos a intervenciones médicas sin su consentimiento.

El Tribunal no resuelve este conflicto en el plano del derecho a la salud, sino que lo hace en sede del derecho del respeto a la vida privada. Esto no quiere decir que el núcleo del conflicto no pueda entenderse también como la tensión entre el deber positivo del Estado de garantizar el máximo nivel de salud, y el derecho del paciente a decidir sobre las intervenciones llevadas a cabo en él. Debemos tener en mente que el derecho a decidir sobre las intervenciones médicas realizadas sobre uno mismo es una manifestación del derecho al respeto a la vida privada, una de cuyas expresiones es la integridad física (Marshall, 2009: 55). Esta concepción la confirma tanto el propio Tribunal, como la resolución de 1970 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que define el derecho a la vida privada como “esencialmente el derecho a llevar a cabo la propia vida con mínimas interferencias. Abarca la vida privada, familiar y en el hogar, la integridad física y moral (...)”. Este derecho, entonces, protege la vida privada entendida como la capacidad de cada persona para decidir si y en qué medida interactúa con la sociedad (Marshall, 2009: 47); es decir, aquellas condiciones que entendemos como necesarias para el libre desarrollo de nuestra personalidad desde la perspectiva de la libertad individual (Marshall, 2009: 52).

Es por esto que las razones del Tribunal para concluir que la vacunación obligatoria es una injerencia justificada en el derecho al respeto de la vida privada son extrapolables a

una hipotética decisión entre el derecho a la salud como obligación positiva del estado y entre el derecho a la salud como derecho del individuo, ya que los últimos pueden entenderse como una forma especial de los primeros. Ahora bien, el hecho de que el conflicto se resuelva en el ámbito del derecho al respeto de la vida privada puede inclusive facilitar el análisis, puesto que las excepciones a este derecho, establecidas por el propio artículo 8 del Convenio, además de estar tasadas, deben someterse a una serie de requisitos, lo cual nos permite un abordaje más esquematizado.

B. Proporcionalidad de las medidas

Sobre la necesidad social urgente y que la medida persiga un fin legítimo no nos detendremos, puesto que no es un hecho controvertido, ya que ambas partes reconocen que la protección de la salud es un deber del Estado que amerita su acción positiva. De hecho, algunos de los demandantes se han vacunado voluntariamente contra ciertas enfermedades. El problema, para estos últimos, no es el “para qué” sino el “cómo”, es decir, un problema de proporcionalidad. Es en este último elemento donde seremos más incisivos.

El Tribunal acierta al explicar de que la vacunación en la República Checa, si bien es un deber, no es directamente ejecutable en cuanto que las personas no pueden ser obligadas a hacerlo. Por el contrario, el cumplimiento de este deber se hace por métodos indirectos, a saber: sanciones administrativas y expulsiones o inadmisiones de centros preescolares.

El razonamiento del Tribunal es irreprochable en cuanto a la primera medida, las multas. Estas, explica, son de escasa cuantía (cerca de EUR 400 en 2022) y solo pueden ser impuestas una única vez. No puede considerarse una medida desproporcionada porque los sacrificios que implican las multas son mínimos en comparación con los objetivos pretendidos.

Sin embargo, al analizar la proporcionalidad de las expulsiones o inadmisiones, el Tribunal hace una apreciación deficiente del interés superior del menor. En primer lugar, resulta inaudito que primero se reconozca que la expulsión ha significado un perjuicio en la educación de los niños, pero luego se lave las manos diciendo que es el resultado de la conducta de los padres de estos. La expulsión o inadmisión de los niños es la consecuencia que previó el Gobierno para el incumplimiento del deber de vacunación. Si bien el objetivo es legítimo -proteger la salud pública y especialmente la de aquellos para quienes la vacunación está medicamente contraindicada-, la medida resulta desproporcionada para alcanzar los objetivos perseguidos; en primer lugar por los graves perjuicios que ocasiona, pero también porque no son los niños quienes deciden si se someten a la vacunación o no, así como también porque existen medidas menos gravosas para alcanzar el mismo fin, como pueden ser multas de mayor cuantía.

Cierto es que la medida no debe entenderse como un castigo -en cuyo caso los niños serían un mero instrumento para lograr los objetivos del Gobierno-, sino como una medida protectora de la salud, pero lo cierto es que al llevarla a cabo, se ocasionan gravísimos perjuicios en el interés superior del menor.

Resulta curioso el argumento que esboza el Tribunal de que el perjuicio sufrido por los niños no puede considerarse desproporcionado porque la pérdida de oportunidades

de socialización y aprendizaje, consecuencia de las expulsiones e inadmisiones, no es absoluta, puesto que habían otras oportunidades para alcanzar los objetivos educativos, sin mencionar cuáles son estas. Debemos recordar que la Ley de Protección de la Salud Pública de la República Checa aplica a todas las instituciones preescolares, no haciendo distinción entre públicas o privadas, por lo que la única opción restante sería el homeschooling. Sin perjuicio de que en la República Checa “está permitida y regulada la escuela en casa” (Parody Navarro, 2011: 304), lo cierto es que en Konrad v. Alemania, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deja persuadir por los argumentos esgrimidos por Alemania, y afirma que “no solo la adquisición de conocimientos sino la integración en la sociedad son objetivos principales de la educación (...) estos objetivos no pueden conseguirse mediante la educación en casa”. Si bien el objeto de la sentencia citada anteriormente era determinar si la escolarización obligatoria interfería con el derecho de los padres a asegurar una educación conforme a sus convicciones religiosas, con la conclusión de que esta decisión se encuentra dentro del margen de apreciación nacional de cada Estado Contratante, no es menos cierto que el Tribunal considera las afirmaciones anteriores como “no erróneas”. ¿Cómo puede considerar, el Tribunal, que prohibir la educación en casa por los perjuicios que ocasiona está justificado, pero expulsar o inadmitir a los niños de las escuelas preescolares no tiene consecuencias relevantes? Aunque podría decirse que el Tribunal no se pronuncia sobre la sustancia de la medida, sino sobre la capacidad de la Parte Contratante para adoptarla, no deja de ser verdad que el Tribunal se pronuncia sobre, al menos, la ausencia de irracionalidad de la medida.

Pero inclusive sin considerar lo anterior, lo cierto es que, como bien admite el gobierno de Alemania, con una política de vacunación voluntaria el porcentaje de inmunización de la población alcanza el 93%. Esto es importante porque uno de los objetivos concretos de la República Checa es alcanzar la inmunidad de rebaño, lo cual solo se logra cuando más del 95% de la población se encuentra vacunada. Este tipo especial de inmunidad implica que sea imposible la transmisión de la enfermedad, por el alto porcentaje de inmunizados. De esta manera, explican los expertos del gobierno de la República Checa, se protege tanto a quienes no pueden vacunarse como a aquellos cuya inmunización ha decrecido en el tiempo. La pregunta que surge es la siguiente: ¿es proporcionado sacrificar la educación de unos niños que no han decidido sobre su vacunación por alcanzar esta inmunidad de rebaño?

Hemos de ser honestos y reconocer que la situación en la que se encuentra la República Checa no es sencilla, puesto que, en atención a su deber de proteger la salud pública, ha de tomar las medidas pertinentes para alcanzar este objetivo. Pero la mera existencia de un deber no le otorga una carta blanca al Gobierno para desconocer principios rectores tan fundamentales como el interés superior del menor. A este principio le dedicaremos la sección siguiente.

C. Interés superior del niño

El artículo 3(1) del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas (...) los tribunales (...) las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, según la Observación General del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. De esta forma, el interés superior del niño, además de ser “un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador” (Torrecuadrada García-Lozano, 2016: 138) es “un princi-

pio jurídico interpretativo fundamental, pues toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior”, como bien afirma la anteriormente citada Observación General. Es decir, que es tarea del juzgador procurar asegurar la vigencia de este principio cuando su decisión tenga un impacto en menores de edad.

Su aplicación no resulta pacífica, dada la amplitud del término, por lo que “es un concepto jurídicamente indeterminado, de muy difícil definición concreta” (Torrecuadrada García-Lozano, 2016: 140). De esta indeterminación entendemos que no es posible dar con algún criterio invariable o alguna solución monolítica a los conflictos que se presenten con relación al interés superior del niño, sino que “es precisamente la aplicación in concreto al caso, lo que permite dilucidar su contenido” (Vargas Gómez-Urrutia, 1999: 95). Este carácter abstracto hace que no sea tan relevante el concepto en sí mismo como la finalidad que persigue (Torrecuadrada García-Lozano, 2016: 141).

No es posible considerar que la inadmisión o expulsión de los niños, por no haber autorizado sus padres a que fueran vacunados, es consonante con este principio. Ya hemos recalcado que la medida persigue un fin legítimo, pero con símil vehemencia afirmamos que las consecuencias de esta no son respetuosas con el interés superior del niño. Para la aplicación de este principio rector, a primeras vistas indeterminado, han sido precisados determinados criterios por parte del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, entre los que destaca “el mantenimiento de las relaciones (...) el derecho a la educación”.

Para llegar a esta conclusión no son necesarias sofisticadas cavilaciones jurídicas, sino que basta emplear nuestra capacidad de razonamiento. En este sentido “la mera lógica puede indicarnos la mejor de las soluciones para los menores en cuestión” (Torrecuadrada García-Lozano, 2016: 143). Así, hasta un profano en la materia considerará contrario al interés superior del niño su expulsión o inadmisión de los centros educativos por una decisión que toman los progenitores de estos.

El lector del presente comentario podrá preguntarse, con razón, si no es contrario al interés superior de los niños de los centros educativos, especialmente aquellos para quienes la vacunación esté médicamente contraindicada, su exposición a personas que no se encuentran inmunizadas. Nuestra humilde opinión es que sería contrario solamente respecto de aquellos que no pueden vacunarse. No creemos -con el riesgo de equivocarnos, dado que no somos entendidos en medicina- que esta exposición ponga en grave riesgo a quienes están efectivamente vacunados. Las vacunas, tal y como han sostenido tanto el Gobierno y sus expertos como el Tribunal, son un método de efectividad probada para la protección contra las enfermedades. ¿Cómo podemos afirmar la efectividad de las vacunas y simultáneamente la existencia de un riesgo para quienes están vacunados? La afirmación de su efectividad ha de conducir necesariamente a la negación del riesgo, o al menos, a la negación de un riesgo sustancial.

No sucede lo mismo con quienes están imposibilitados para recibir la inmunización. Estos niños se encuentran en una posición de vulnerabilidad que debe ser tomada en cuenta por el Gobierno. En este sentido, hubiese sido, si bien no enteramente consonante, sí menos contraria al interés superior del niño, la expulsión o inadmisión de los niños únicamente en los casos que el entorno sea compartido con alguno de estos niños más

vulnerables. De esta manera se garantiza un idéntico nivel de protección y se minimiza el impacto en los derechos de los niños. En cualquier caso, no abogamos por ninguna medida que prive del derecho a la educación a los niños por decisiones sobre las cuales no han tenido parte.

2. Conclusión

El derecho a la salud es de difícil definición, pero lo entendemos como un derecho esencial de las personas, necesario para el pleno desenvolvimiento en la sociedad. Este “pleno estado físico y mental” se puede expresar tanto a nivel colectivo (cuyo objeto de protección es la sociedad en su conjunto), como individual (siendo el objeto de protección el individuo y que ha acogido en su núcleo el consentimiento del paciente a las intervenciones médicas que se realicen en él).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que imponer multas únicas y expulsar o inadmitir de centros preescolares a niños que no se han sometido al programa de vacunación estatal es una restricción válida del derecho al respeto de la vida privada ya que se encuentra dentro del margen de apreciación que estos tienen para decidir sobre la ponderación a la hora de adoptar la medida restrictiva de derechos. Este conflicto puede ser trasladado al plano del derecho a la salud, entre el deber preventivo del Estado de garantizar la salud y la libertad del paciente de consentir a las intervenciones médicas realizadas en él.

Consideramos que el Tribunal hace un análisis mejorable de la situación. Sobre las multas, coincidimos en que no es una medida desproporcionada puesto que estas son de escasa cuantía e impuestas una única vez. Pero en relación a las expulsiones e inadmisiones, mantenemos que la decisión ignora el interés superior del menor, principio interpretativo que debe guiar todas las decisiones del Tribunal. En este sentido, creemos que el perjuicio que se le ocasiona a los niños al privarlos de la oportunidad de desarrollo y crecimiento que supone la educación es desproporcionado con respecto al objetivo, que es la protección de la salud. Para el Tribunal, la presencia de niños no vacunados en las escuelas supone un riesgo de tal entidad con respecto a quienes sí lo están (y con respecto a quienes no pueden vacunarse por razones médicas) que está justificada la expulsión de los primeros. Creemos que la expulsión o inadmisión sería menos desproporcionada -y aun así, no estamos seguros de que sea legítima-, solo en presencia de aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada. Sin embargo, el Tribunal no hace esta distinción, obviando así el principio interpretativo fundamental de que el interés superior del menor sea tenido en cuenta en todas sus decisiones.

Referencias bibliográficas

- León Alonso, M. (2010). La protección constitucional de la salud. Madrid: La Ley.
- Marshall, J. (2009). Personal Freedom Through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity Under the European Convention on Human Rights. Leiden: Brill | Nijhoff.
- Parody Navarro, J. (2011). Sobre la práctica del “homeschooling” en España y la jurisprudencia europea. Madrid: Revista Europea de Derechos Fundamentales.
- Ribeiro-Alves, A. (2012). La autonomía del paciente desde una perspectiva bioética. Con-

cepción: *Journal of Oral Research*.

- Seuba Hernández, X. (2010). *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*. Madrid: Marcial Pons.
- Suñer, M. (2020). *La salud y la regulación alimentaria europea: el nivel de riesgo tolerado*. Córdoba: Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas.
- Torrecuadrada García-Lozano, S. (2016). *El interés superior del niño*. Ciudad de México: Anuario mexicano de derecho internacional.
- Vargas Gómez-Urrutia, M. (1999). *La protección internacional de los derechos del niño*. Jalisco: Secretaría de Cultura-Gobierno de Jalisco.
- Zalazar, C. E. y Carranza, G. G. (dirs.) (2019). *Derecho y salud en perspectiva: estudios de Derecho a la salud*. Córdoba: Advocatus-UBP.

Manuela, víctima de los estereotipos de género

Manuela, victim of gender stereotypes

Nadia Virginia Copello¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)06](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)06)

Comentario a

Caso Manuela y otros vs. El Salvador - Sentencia del 2 de noviembre de 2021

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Disponible en

<https://bit.ly/3DXXMvO>

RESUMEN:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable internacionalmente al Estado de El Salvador por violar derechos humanos fundamentales de Manuela, una madre joven, pobre, analfabeta, que frente a una emergencia obstétrica llegó a un hospital para ser atendida por sus dolencias. Allí, se la señaló por haberse provocado presuntamente un aborto, terminó siendo imputada y condenada por el supuesto homicidio de su hijo recién nacido.

El proceso penal llevado a cabo estuvo viciado por estereotipos de género y no se respetaron sus garantías judiciales, lo que condujo a la Comisión Interamericana, a solicitud de los representantes de la víctima y su familia, a someter el caso a la Corte Interamericana.

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights declared El Salvador internationally responsible for violating the fundamental human rights of Manuela, a young, poor, illiterate mother who, faced with an obstetric emergency, arrived at a hospital to be treated for her ailments. There, she was pointed out for having allegedly caused an abortion, she ended up being charged and convicted of the alleged murder of her newborn son.

The criminal process carried out was vitiated by gender stereotypes and its judicial guarantees were not respected, which led the Inter-American Commission, at the request of the representatives of the victim and her family, to submit the case to the Inter-American Court.

¹ Abogada y profesora en ciencias jurídicas, Universidad Nacional de Córdoba. Escribiente Auxiliar de la Defensoría Pública Oficial antes los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba. Mail: copellonadiav@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9557-107>

PALABRAS CLAVE: Género; Vulnerabilidad; Violencia obstétrica; Estereotipos de género; Discriminación.

KEY WORDS: Gender; Vulnerability; Obstetric violence; Gender stereotypes; Discrimination

I. Introducción

El 11 de agosto de 2008, Manuela, una mujer salvadoreña fue condenada a 30 años de prisión por el delito de homicidio agravado, al ser acusada de matar a su hijo recién nacido. El Tribunal de Sentencia de San Francisco de Gotera, del Departamento de Morazán de El Salvador, la consideró culpable de la muerte de su hijo y la condenó con el mínimo previsto en la normativa vigente.

Sin embargo, el proceso al que fue sometida Manuela no fue respetuoso de los derechos fundamentales que le asistían. Tal es así que, en 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana.

Es necesario recorrer el historial médico de sus últimos años de vida. En agosto de 2006, comenzó a tener algunos problemas de salud como dolores de cabeza y estómago, náuseas, cansancio, siendo diagnosticada de gastritis aguda. Un año después, volvieron los dolores de cabeza y los médicos determinaron que padecía de "adenitis cervical." En junio y agosto de ese año, 2007, Manuela desarrolló varias masas en el cuello, que eran visibles y le causaban dolor. Para entonces, se le diagnosticó "adenitis D/C linfopatía."

En febrero de 2008 Manuela estaba embarazada, sin saber qué tiempo de gestación llevaba. El 26 de febrero, sufrió una fuerte caída que desembocó en un dolor lumbopélvico, del cual derivó un sangrado transvaginal. Al día siguiente, Manuela es encontrada por su madre, pálida, sangrando e inconsciente, por lo que fue trasladada a un hospital.

Ese día cambiaría para siempre su vida. Ingresó por una emergencia obstétrica y terminó acusada de homicidio. Inmediatamente, se dispuso el allanamiento de su domicilio, donde encontraron, dentro de una fosa séptica, el cuerpo de un bebé muerto.

Manuela fue imputada por el delito de homicidio agravado en perjuicio de su hijo recién nacido, quedando detenida con prisión preventiva, esposada a la camilla donde se encontraba hospitalizada. En el marco de este proceso penal, se le asignó de oficio un defensor público.

El 11 de agosto de 2008 el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera condenó a Manuela a 30 años de prisión por considerarla penalmente responsable de la muerte del niño. Esa sentencia quedó firme el 26 agosto de 2008, ya que no se presentaron recursos contra ella.

El cuadro de salud de Manuela se agravó estando detenida. En febrero de 2009 fue diagnosticada de linfoma de Hodgkin con esclerosis nodular y para su tratamiento le recetaron quimioterapia. Finalmente, falleció el 30 de abril de 2010 en el Pabellón de Reos del Hospital Nacional Rosales, sin haber recibido la atención médica que requería su delicado cuadro de salud.

La muerte de Manuela motivó a que el Centro de Derechos Reproductivos, la Colectiva de Mujeres para el Desarrollo Local y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, presentaran en nombre de Manuela y sus familiares -padre e hijos-, una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 21 de marzo de 2012.

El 29 de julio de 2019, la Comisión sometió el caso a la Corte a fin de que se expidiera sobre la responsabilidad internacional del Estado de El Salvador por la violación de los derechos a la vida y a la salud, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada, a la igualdad ante la ley, a la protección judicial y a ser juzgada por un tribunal imparcial.

La Corte, el 2 de noviembre de 2021, concluyó que el Estado de El Salvador era responsable por la violación de los derechos humanos antes dichos y dispuso de una serie de medidas de reparación de los daños causados.

Este es un fallo importante en la región, en tanto se pronuncia sobre situaciones de emergencia obstétrica y el tratamiento que deben recibir las personas en este estado, como así también por su referencia a los estereotipos de género. Esta decisión permite establecer estándares de aplicación e interpretación internacional de los derechos en juego.

II. La convergencia de condiciones de vulnerabilidad en Manuela

En la actualidad, en nuestras sociedades conviven grupos sociales heterogéneos tanto por las clases sociales, estatus económicos, afinidades, gustos, edades, géneros, orientación sexual, religión, entre otras afinidades. Habitualmente, las personas pertenecientes a estos grupos, se encuentran identificadas entre sí por sus propias necesidades, “[a] su vez, dentro de los mismos grupos pueden existir distintos intereses, dependiendo ello de aspectos tales como la condición social, económica y/o religiosa de sus integrantes”² (Nogueira et al, 2012: 33), con lo que, la heterogeneidad de la que hablamos también se puede dar dentro de los mismos grupos.

Podríamos afirmar que independientemente del colectivo al que pertenezcan, conforme los tratados internacionales de derechos humanos, todos gozan de un piso mínimo de derechos, inherentes a su dignidad humana, en igualdad de condiciones. Sin embargo, en los hechos esto no es así. Esa heterogeneidad suele ir acompañada de desigualdades estructurales e históricas.

Cuando la conformación de los grupos en una sociedad tiene como punto de partida, una desigualdad real que comparten entre ellos, adquiere relevancia hablar de grupos vulnerables. Las 100 Reglas de Brasilia sobre el “Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”³ reconoce algunos de los factores que colocan a las personas en situaciones de desventaja: la edad, estado físico o mental, pertenecer a una comunidad indígena, ser víctima, ser migrante, la pobreza, el género, pertenecer a minorías -como el LGBTQ+- o estar privado de la libertad.

2 Nogueira, Juan Martin et al. (2012): Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia. La Plata, Buenos Aires, Argentina. Librería Editora Platense, p. 33.

3 Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (2008), XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasiliasobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>

Es preciso señalar incluso que ciertos grupos se ven atravesados por más de una causal, acentuándose las desigualdades sociales, como ser un migrante privado de la libertad, una mujer perteneciente a una comunidad indígena o un niño pobre.

La evolución en materia de derechos humanos, ha llevado a los Estados a reconocer que esas desigualdades existen y que deben adoptar medidas a fin de eliminar o reducir las barreras para el pleno ejercicio y goce de sus derechos.

Así, el “derecho al acceso a la Justicia se ha configurado como un derecho humano básico cuyo principal objetivo es el de garantizar la justiciabilidad del resto de los derechos humanos.”⁴ Desde esta perspectiva instrumental, “cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley” (Birgin y Kohen, 2006: 15).⁵

Sin embargo, hoy y en el caso que nos convoca, el problema no está en el reconocimiento de los derechos humanos, sino en el respeto y protección efectiva de ellos.

De acuerdo con esto, Manuela, una mujer pobre, analfabeta, proveniente de una zona rural, estaba atravesada evidentemente por diferentes condiciones de vulnerabilidad. Una mujer que, en los últimos años de su vida había padecido malestares físicos, que la llevaron a consultar en un centro médico público por sus dolores de cabeza y náuseas y luego, por el desarrollo de masas en su cuello. Allí, “[n]unca se le ordenaron exámenes de diagnóstico y en los meses siguientes sus malestares se recrudecieron”⁶ (Centro de Derechos Reproductivos, 2020).

Ya privada de su libertad, luego de haber perdido aproximadamente trece kilos, padecido fiebre alta e ictericia y frente a las formaciones que tenía en su cuello, fue finalmente evaluada y diagnosticada de linfoma de Hodgkin con esclerosis nodular, un tipo de cáncer en el cuello y las masas que tenía eran tumores, “se le ordenaron quimioterapias ambulatorias y su recuperación se desarrolló en su celda”⁷ (Centro de Derechos Reproductivos, 2020).

Sin embargo, el tratamiento no fue constante, su cuadro de salud se agravó hasta fallecer el 30 de abril de 2010. Es por ello que, “[l]a negligencia del Estado salvadoreño en la garantía del derecho a la salud de Manuela constituye una violación de sus derechos a la salud, a la vida, a la dignidad y a la integridad personal”⁸ (Centro de Derechos Reproductivos, 2020).

Seguidamente, Manuela fue criminalizada y encarcelada agravando aún más su estado de vulnerabilidad padecida. Ella debió enfrentar el sistema penal con la representación de un abogado público que no ejerció debidamente su derecho de defensa y fue juzgada por un tribunal atravesado por estereotipos de género, sin respetar la presunción de inocencia ni las garantías del debido proceso.

4 Nogueira et al. (2012), op. cit. p. 175.

5 Birgin, Haydee y Kohen, Beatriz (2006): Acceso a la justicia como garantía igualdad. Editorial Biblos, p. 15

6 Centro de Derechos Reproductivos (2020): Manuela. Disponible en: https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/crr_toolkit_Manuela_Sp.pdf

7 Ibidem.

8 Ibidem.

Esta sumatoria de condiciones se expresan en términos de desigualdad y, como tales, se traducen en discriminación, con lo que “mientras más profunda sea la vulnerabilidad mayor será la desigualdad sufrida y más amplia la discriminación que se produzca”⁹ (Nogueira et al. (2012): 311) y, en consecuencia, mayor la violación de derechos y la restricción al acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

Esa sistemática violación de derechos, acompañada de la falta de mecanismos efectivos que permitan un real acceso a la justicia, no hacen más que perpetuar las desigualdades sociales y la permanencia de las condiciones de vulnerabilidad de estos grupos.

Resulta urgente que los Estados adopten medidas positivas para corregir esta inequidad social a fin de garantizar la no discriminación e igualdad ante la ley.

III. El estigma del aborto y la violencia obstétrica

En sentido amplio, la atención médica es un servicio a través del cual se puede efectivizar el derecho humano a la salud. En esta relación sanitaria, nos encontramos por un lado con pacientes o usuarios y, por otro lado, con los profesionales.

Soledad Deza (2021) afirma que estamos frente a una relación asimétrica y jerárquica, pues “favorece un lugar de sometimiento”¹⁰ de los primeros para con los segundos. La autora destaca que ese sometimiento está vinculado al dominio de conocimientos y experiencias específicas en la materia por parte de los especialistas en salud, la supuesta falta de objetividad para decidir del propio paciente y la imagen social de los médicos y médicas como guardianes “de la salud del paciente”¹¹.

Desde ese punto de vista, la asimetría engendrada en esta relación de forma natural, genera a su vez desigualdad entre las partes, que “en algunos contextos y en algunas circunstancias puntuales”¹² profundiza con mayor énfasis esa brecha. En este contexto, adquieren importancia las condiciones de vida de las personas que buscan atención sanitaria, como ser su realidad socio-económica.

Concretamente, en el caso de las mujeres y de las personas gestantes, esta relación tiene asimismo particularidades especiales. Pues, dentro del campo de la medicina, la obstetricia es la rama que trata “el parto, sus antecedentes y sus secuelas. Por tanto, le concierne todos los fenómenos y el tratamiento del embarazo, el parto y puerperio”¹³ (Urrutia et al, 1995: 33), que atañe exclusivamente al grupo mencionado, debido a su capacidad biológica de embarazo y parto.

Puede suceder, que estos fenómenos se presenten en circunstancias normales o bien con complicaciones, que ameritan ser tratadas como “emergencias obstétricas”. Podría tratarse por ejemplo de hipertensión en el embarazo, hemorragia postparto, sepsis postparto o postaborto¹⁴. En cualquier caso, se requiere actuar de manera adecuada y con prisa.

9 Nogueira et al. (2012), op. cit., p. 311.

10 Deza, Soledad (2021): *Violencia obstétrica y poderes biomédicos: dúo dinámico*. Publicado en RDF 2021 – V, 133, La Ley.

11 Ibidem.

12 Deza, Soledad (2021), op. cit.

13 Urrutia, A. R. et al. (1995): *Responsabilidad médico-legal de los obstetras*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, p. 33.

14 Ministerio de Salud de la Nación Argentina y Maternidad Sardá de la Ciudad de Buenos Aires (2012): *Manual breve para la práctica clínica en emergencia obstétrica*. Disponible en: <http://www.sogiba.org.ar/documentos/ManualBreveEmergenciaObstetrica.pdf>

El perito Guillermo Antonio Ortiz, que declaró en audiencia pública ante la Corte Interamericana por el caso de Manuela, definió a la emergencia obstétrica como “aquellas situaciones que presenta la mujer o el feto, que requieren una atención inmediata, de lo contrario, ella o el feto, pueden tener un daño irreparable en su salud o incluso la muerte.”¹⁵

Somos conscientes de que en este ámbito, las mujeres son víctimas de violencia. Una violencia que por mucho tiempo ha sido naturalizada e invisibilizada, como tantas otras formas de violencia de género. Podríamos definir a la violencia obstétrica, en palabras de Laura F. Belli (2013) como “el tipo de violencia ejercida por el profesional de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres”¹⁶. Esta violencia puede ser verbal, simbólica o incluso física (Herrera et al, 2021).¹⁷

Tomamos de Montiel J.P. (2019) algunos ejemplos de situaciones que se constituyen como casos de violencia obstétrica: obligar a parir en determinada posición; negarle a la madre tener al recién nacido en sus brazos, inmediatamente después de parir; acelerar el proceso natural del embarazo sin el consentimiento de la embarazada; acosar psicológicamente a una parturienta; no atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas.¹⁸

Manuela ingresó el 27 de febrero de 2008 al Hospital Nacional de San Francisco de Gotera con una emergencia obstétrica, con signos de preeclampsia, de un parto extrahospitalario, con un desgarro perineal e importante pérdida de sangre. El registro de su ingreso fue por un probable “aborto” y fue la propia médica tratante quien dio aviso a la fiscalía, dando prioridad a presentar la denuncia penal por encima de la atención médica que debía dispensar a Manuela.

Sumado a ello, del análisis de los hechos, efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se desprende que durante los días en que estuvo internada en ese centro médico, no se le realizó un examen sobre los bultos que presentaba en su cuello. Y, como agravante de la situación, Manuela estuvo innecesariamente esposada a su camilla, una práctica desproporcionada y humillante que se interpreta en un trato cruel e inhumano.

Asimismo, no debemos soslayar de que en el Estado de El Salvador rige una prohibición absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo, donde es posible advertir que “se ha[n] criminalizado a mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas” (CIDH, 2021: párrafo 42)¹⁹. Por otra parte, también le consta a la Corte Interamericana que la mayoría de las mujeres procesadas por estos hechos tienen escasos o nulos ingresos económicos, provienen de zonas rurales o urbanas marginales y tienen baja escolaridad” (CIDH, 2021: párrafo 46).²⁰

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de noviembre de 2021. Caso Manuela y otros vs. El Salvador, párrafo 19.

16 Belli, Laura Florencia (2013): La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. Revista red Bioética, UNESCO. Año 4, 1 (7): 25-34, p. 28.

17 Herrera, Marisa et al. (2021): Tratado de géneros, derechos y justicia. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni editores, p. 320.

18 Montiel, J. P. (2019). Violencia obstétrica y tres tipos de dilemas de cara al régimen sancionatorio de carácter penal: Herramientas teóricas básicas para un análisis interdisciplinario. Revista De La Facultad De Derecho, 10(1), 123-153, p. 131.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021), op. cit., párrafo 42.

20 Ibidem, párrafo 46.

Todo ello, nos permite concluir que Manuela, quien reunía cada una de esas condiciones de vulnerabilidad propios de las mujeres criminalizadas por el sistema de justicia penal salvadoreño, fue víctima de violencia obstétrica y, que esa violencia estuvo orientada por el estigma del aborto y de los estereotipos de género que la señalaron y la colocaron en un lugar de sospecha.²¹

IV. Etiquetas, estigmas, estereotipos

Siguiendo la línea de lo que se ha venido desarrollando, merece especial atención el análisis efectuado por la Corte Interamericana, respecto a la utilización de estereotipos de género y la relación que tienen con las garantías judiciales.

Según la Convención Interamericana de Derechos Humanos -art. 8.1 y 8.2-, toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez imparcial y que se presuma su inocencia hasta tanto no se establezca legalmente su culpabilidad.²²

La garantía de imparcialidad del juez exige que el tribunal no tenga “un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia (...)”²³ (CIDH, 2021, párrafo 131). Asimismo, también supone la independencia del juzgador de “cualquier tipo de presión o interferencias de sectores de poder políticos o sociales”²⁴ (Cafferata Nores et al, 2012: 147).

Por su parte, el estado de inocencia implica que la persona que está siendo acusada, no es quien debe demostrar que no ha cometido tal ilícito y que, en caso de duda, se debe estar por lo que resulte más beneficioso en favor de la persona acusada. Además, exige que “los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que la persona acusada ha cometido el delito que se le imputa”²⁵ (CIDH, 2021, párrafo 132).

Es decir, que las pruebas a la luz de desentrañar el delito que se investiga, deberán versar sobre los hechos que se imputan, en este caso, por ejemplo, un homicidio. La sentencia condenatoria de un tribunal movilizad por prejuicios y sin “la evidente y probada concurrencia de los extremos objetivos y subjetivos de la imputación”²⁶ (Cafferata Nores et al., 2012, p: 133) es violatoria del principio de inocencia y de la imparcialidad del juez.

Ahora bien, la Corte entiende por estereotipo de género a la “pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”²⁷ (CIDH, 2021, párrafo 133). De modo que, no son negativos *per se*, sino cuando son utilizados para asociarlos a condiciones de subordinación de la mujer al hombre.

A lo largo de la investigación en contra de Manuela, diferentes agentes del Estado, guiaron sus acciones y dictámenes por estereotipos de género. Desde el ingreso al hospital

21 Centro de Derechos Reproductivos (2020), op. cit.

22 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969): Convención Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021), op. cit., párrafo 131.

24 Cafferata Nores et al. (2012): Manual de derecho procesal penal. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Advocatus, p. 147.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021), op. cit., párrafo 132.

26 Cafferata Nores et al. (2012), op. cit., p. 133.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021), op. cit., párrafo 133.

cursando una emergencia obstétrica, cuando la médica creyó que se podía tratar de un aborto provocado por la propia paciente, direccionando su atención en ese sentido y dando aviso a la policía de lo sucedido.

Luego, es posible citar dichos de la investigadora a cargo del caso: “como investigadora y mujer, opino que lo que hizo la señora [Manuela] no lo hubiera hecho (...) era un varoncito (...) que cualquier mujer o madre le [h]ubiera crecido con amor”²⁸ (CIDH, 2021, párrafo 142).

El Tribunal que la condenó utilizó expresiones como “el instinto maternal, es el de protección a su hijo”, y sin tener en cuenta el delicado cuadro de salud de Manuela, afirmó que “toda complicación en el parto por lo general lleva a la búsqueda de ayuda médica inmediata y al menos auxiliarse de los parientes más cercanos para recibir atención”²⁹ (CIDH, 2021, párrafo 152).

Y si esto fuera poco, explicó las razones que condujeron a Manuela a “deshacerse” del niño, “pues era producto de una infidelidad”. Peor aún, la conducta de Manuela es “más reprochable” porque se trata de una conducta “de una madre hacia su hijo”³⁰ (CIDH, 2021, párrafo 152). O bien, que el “no buscar ayuda para proteger a su hijo, el actuar de Manuela demostraba que intencionalmente quería quitarle la vida al recién nacido”³¹ (CIDH, 2021, párrafo 153).

Estas preconcepciones sobre la probabilidad de que Manuela se haya provocado voluntariamente un aborto, de lo que debería haber hecho como buena madre según el instinto materno, de que debería haber priorizado la vida de su hijo por sobre la de ella, de que seguramente quería deshacerse del producto inmoral de una infidelidad, la supuesta vergüenza por estar embarazada, no son más que concepciones parte de “la construcción de una Historia (...) edificada sobre la base de una división sexual que marca cómo debe ser nuestra [las mujeres] conducta”³² (Freijo, 2021: 31).

Estas miradas sobre cómo se espera que actúe una mujer son indicativos de falta de objetividad de los agentes. Pues, partieron del supuesto de que Manuela era responsable del delito de homicidio, sin barajar otras líneas de investigación.

En el caso de Manuela, faltaban elementos que establecieran el nexo de causalidad entre “el actuar de Manuela y la muerte del recién nacido” y ello fue saldado “con estereotipos e ideas preconcebidas y no con elementos de prueba que demostrasen fehacientemente la culpabilidad de la presunta víctima”³³ (CIDH, 2021, párrafo 152).

Se trata de juicios de valor personales que se presentan como obstáculos al desarrollo de las mujeres y, por ende, violatorio de sus derechos humanos, esencialmente a la igualdad ante la ley y la no discriminación.

28 Ibidem, párrafo 142.

29 Ibidem, párrafo 152.

30 Ibidem, párrafo 152.

31 Ibidem, párrafo 153.

32 Freijo, María Florencia (2021): (Mal) Educadas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Planeta, p. 31.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021), op. cit., párrafo 152.

Es importante recordar, en palabras de la Corte (2021) que “el proceso penal, en tanto respuesta investigativa y judicial del Estado, debe constituir un medio adecuado para permitir una búsqueda genuina de la verdad de lo sucedido (...)”³⁴. Lo que ocurrió en el caso, fue precisamente lo contrario, Manuela fue condenada por los “prejuicios propios de un sistema patriarcal y resta todo valor a las motivaciones y circunstancias del hecho”³⁵ (CIDH, 2021: párrafo 155).

Tal es así que este honorable tribunal interamericano, entendió que el Estado de El Salvador al actuar de esta manera, violó el “derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, así como la obligación de motivar las decisiones judiciales”³⁶ (CIDH, 2021: párrafo 155).

Los estigmas, la violencia y la discriminación son irrespetuosos a la igual condición de la mujer y sus derechos humanos. Es necesario poder identificar estas situaciones para poder revertirlo a tiempo y construir soluciones más justas.

V. Palabras finales

El caso de Manuela ha puesto de manifiesto una de las tantas formas de discriminación y violencia hacia las mujeres, como lo es la violencia obstétrica. También, que algunas mujeres en mayor o menor medida sufren diferentes tipos de vulneraciones, dependiendo de otras condiciones de vulnerabilidad. En sencillo: a mayor vulnerabilidad, mayor desigualdad, mayor discriminación, mayor violencia.

Por otra parte, es central advertir la existencia y el uso de los estereotipos de género que profundizan la desigualdad social. Esa construcción de conductas, caracteres y roles que se consumen desde lo más íntimo de nuestros hogares y luego se reproducen en los diferentes ambientes de nuestras vidas, deben ser repensados críticamente. Somos responsables de desnaturalizar estos patrones y etiquetas para la construcción de una sociedad más justa con perspectiva de género.

En esta instancia, es fundamental el reconocimiento de los derechos de las mujeres y de los demás grupos vulnerables por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que a partir de sus sentencias se establecen estándares de interpretación y aplicación de los derechos.

Referencias bibliográficas

- Belli, Laura Florencia (2013): La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. Revista red Bioética, UNESCO. Año 4, 1 (7): 25-34.
- Birgin, Haydee y Kohen, Beatriz (2006): Acceso a la justicia como garantía igualdad. Editorial Biblos.
- Cafferata Nores et al. (2012): Manual de derecho procesal penal. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Advocatus.

34 Ibidem, párrafo 135.

35 Ibidem, párrafo 155.

36 Ibidem, párrafo 155.

- Centro de Derechos Reproductivos (2020): Manuela. Disponible en: https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/crr_toolkit_Manuela_Sp.pdf
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969): Convención Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de noviembre de 2021. Caso Manuela y otros vs. El Salvador.
- Deza, Soledad (2021): Violencia obstétrica y poderes biomédicos: dúo dinámico. Publicado en RDF 2021 – V, 133, La Ley.
- Freijo, María Florencia (2021): (Mal) Educadas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Planeta.
- Herrera, Marisa et al. (2021): Tratado de géneros, derechos y justicia. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni editores.
- Ministerio de Salud de la Nación Argentina y Maternidad Sardá de la Ciudad de Buenos Aires (2012): Manual breve para la práctica clínica en emergencia obstétrica. Disponible en: <http://www.sogiba.org.ar/documentos/ManualBreveEmergenciaObstetrica.pdf>
- Montiel, J. P. (2019). Violencia obstétrica y tres tipos de dilemas de cara al régimen sancionatorio de carácter penal: Herramientas teóricas básicas para un análisis interdisciplinario. Revista De La Facultad De Derecho, 10(1), 123–153.
- Nogueira, Juan Martín et al. (2012): Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia. La Plata, Buenos Aires, Argentina. Librería Editora Platense.
- Urrutia, A. R. et al. (1995): Responsabilidad médico-legal de los obstetras. Buenos Aires, Ediciones La Rocca.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008): Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (2008). Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasiliasobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>

El derecho a la salud de los niños y niñas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Children's right to health by the Inter-american Court of Human Rights

Marcos Maximiliano Cáceres Falkiewicz¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)07)

Comentario a

Caso Vera Rojas y otros vs. Chile

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Disponible en

<https://bit.ly/3Ssy46C>

RESUMEN:

El 8 de noviembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso Martina Rebeca Vera Rojas contra la República de Chile. La Comisión señaló que la controversia versa sobre las alegadas violaciones de derechos humanos cometidas por la falta de regulación, control y sistemas de reclamación adecuados para la fiscalización de la decisión de la aseguradora de salud (IsapreMasVida) respecto del levantamiento del régimen de hospitalización domiciliaria (RHD) que la niña Martina Rebeca Vera Rojas, diagnosticada con el síndrome de Leigh, requería de modo esencial para su supervivencia.

Ante esta situación, el Estado de Chile presentó como excepciones preliminares la falta de agotamiento de los recursos internos y la improcedencia de la denuncia de la peticionaria por falta de objeto e incompetencia de la Corte para conocer eventuales violaciones al artículo 26 de la Convención. Pese a los esfuerzos argumentativos estatales, la Corte Interamericana de Derecho Humanos concluye que el Estado incumplió con su deber de regulación de los servicios de salud y, en consecuencia, con sus obligaciones de protección de los derechos.

¹ Abogado, egresado sobresaliente con mención de honor por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho del Trabajo (UNC-UNL - UCC). Magister en Derecho de la Empresa y la Contratación, por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, España (URV). Adscripto a la Cátedra de Derecho Tributario (UNC) y docente de grado y postgrado de la Universidad Empresarial Siglo 21. Investigador de la Universidad Empresarial Siglo 21 y UNC. Integrante de la Gerencia de Asesoría y Gestión Legal de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) y profesional liberal. Correo electrónico: maxiaceresf@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0248-4806>.

ABSTRACT

On November 8th 2019, the Inter-American Commission on Human Rights filed the case of Martina Rebeca Vera Rojas against the Republic of Chile to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. The Commission indicated that the controversy deals with the alleged human rights violations committed due to the lack of regulation, control and adequate claim systems for the control of the decision of the health insurer (IsapreMasVida) regarding the lifting of the home hospitalization regime (HHR) that the child Martina Rebeca Vera Rojas required, as she was diagnosed with Leigh syndrome, thus requiring such HHR as an essential mean for her survival. Upon this situation, Chile presented the following preliminary objections; lack of exhaustion of domestic remedies; inadmissibility of the petitioner's complaint due to lack of a legitimate claim and finally the incompetence of the Court to hear possible violations of Article 26 of the Convention. Despite the State's argumentative efforts, the Inter-American Court of Human Rights held that the State failed to comply with its duty to regulate health services and, consequently, with its obligations to protect such rights.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Niña; Corte Interamericana; Excepciones; Salud.

KEY WORDS: Human Rights; Child; Inter-American Court; Preliminary Objections; Health

I. Introducción

El 8 de noviembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o la Comisión) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte) el caso Martina Rebeca Vera Rojas contra la República de Chile (en adelante el Estado o Chile).

La Comisión señaló que la controversia versa sobre las alegadas violaciones de derechos humanos cometidas por la falta de regulación, control y sistemas de reclamación adecuados para la fiscalización de la decisión de la aseguradora de salud (IsapreMasVida) respecto del levantamiento del régimen de hospitalización domiciliaria (RHD) que la niña Martina Rebeca Vera Rojas (en adelante Martina o Martina Vera), diagnosticada con el síndrome de Leigh², requería de modo esencial para su supervivencia. La Comisión consideró que la falta de protección del Estado a la salud de Martina Vera, así como las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Salud y la Corte Suprema de Justicia, que conocieron de las acciones interpuestas por parte de sus padres, constituyeron violaciones a los derechos a la salud, seguridad social, vida, garantías judiciales, protección judicial, y especial protección de la niñez, en perjuicio de Martina Vera. Asimismo, la Comisión también se pronunció respecto a la violación al derecho a la integridad personal de los padres de Martina, Carolina Andrea del Pilar Rojas Farías y Ramiro Álvaro Vera Rojas. En consecuencia, la Comisión Interamericana solicitó a este Tribunal (Corte Interamericana) que declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contenidas en su Informe de Fondo y que le ordenara al Estado, como medidas de reparación, las

2 El Síndrome de Leigh es una patología mitocondrial, neurodegenerativa, con una prevalencia aproximada de 1 en 40.000 recién nacidos. Debido a su enfermedad progresiva, Martina tuvo distintas secuelas neurológicas y musculares, que implicaron un deterioro importante del nivel cognitivo de la función motora, y epilepsia.

incluidas en aquél. Cabe destacar que, entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte, han transcurrido siete años y diez meses. Luego, la Corte dispuso suspender el cómputo de todos los plazos debido a la emergencia causada por la pandemia del COVID-19. Por esa razón, el vencimiento del plazo para la presentación del escrito de contestación se prorrogó hasta el 13 de julio de 2020; día en que Chile presentó su escrito de excepciones preliminares, contestación al sometimiento del caso y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos. Además, planteó una cuestión previa, negó las violaciones alegadas y la procedencia de las medidas de reparación solicitadas. En materia competencial, es importante poner de resalto que la Corte se declaró competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención), en razón de que Chile es Estado Parte de la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990.

En particular, el Estado presentó tres excepciones preliminares: a) falta de agotamiento de los recursos internos; b) improcedencia de la denuncia de la peticionaria a partir del 27 de agosto de 2012 por falta de objeto; y c) incompetencia de la Corte para conocer eventuales violaciones al artículo 26 de la Convención.

Con respecto a la primera de las excepciones mencionadas, el Estado alegó que la petición ante el Sistema Interamericano fue presentada antes de haber agotado los recursos idóneos y efectivos consagrados en el ordenamiento interno para remediar la alegada violación, en contravención a lo dispuesto por el artículo 46.1 de la Convención. En tal sentido, enfatizó que la petición fue interpuesta el 4 de noviembre de 2011, mientras que el recurso ante la Superintendencia de Salud- que era el recurso idóneo y efectivo para combatir la violación- fue incoado el 10 de enero de 2012. Asimismo, explicó que el recurso necesario para revocar la decisión de la Isapre, respecto al levantamiento del régimen domiciliario, era el mecanismo arbitral ante dicha institución.

Las representantes de la niña Martina Rebeca Vera Rojas (en adelante, los representantes) alegaron que la excepción preliminar resulta improcedente por haber sido presentada de modo extemporáneo. Al respecto, señalaron que la Corte ha reiterado que para que resulte procedente es necesario que el Estado la haya interpuesto durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión, que es el momento procesal oportuno. A su turno, la Comisión alegó que el Estado no presentó la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en el momento procesal oportuno, es decir antes de la adopción del Informe de Admisibilidad. Indicó que, incluso si el Estado así lo hubiera hecho, los recursos internos deben estar agotados al momento del pronunciamiento de admisibilidad y no necesariamente al momento de la presentación de la petición, y señaló que -en este caso- el recurso ante la Superintendencia de Salud, considerado por el Estado como adecuado e idóneo, ya había sido agotado cuando fue aprobado el Informe de Admisibilidad. Con respecto a la segunda, esto es la improcedencia de la denuncia de la peticionaria a partir del 27 de agosto de 2012 por falta de objeto, el Estado alegó que reparó en su totalidad la situación denunciada ante el Sistema Interamericano, debido a que la Superintendencia de Salud ordenó, mediante sentencia firme del 27 de agosto de 2012 y que ya fue ejecutada, el restablecimiento del financiamiento del régimen de hospitalización domiciliar de la niña Martina. Además, indicó que, si bien podría admitirse, aunque de modo discutible, que existieran motivos para la presentación de la petición ante el Sistema Interamericano el 4 de octubre de 2011, los mismos desaparecieron con

la sentencia del 27 de agosto de 2012. Agregó que, ante este escenario, la Comisión pudo haber decretado motu proprio el archivo del caso a tenor del artículo 48.1, literal b, de la Convención.

Las representantes señalaron que la excepción planteada por el Estado confunde la cesación de una violación de derechos humanos con su reparación integral, pues el hecho de que a partir de agosto de 2012 la decisión arbitraria de la Isapre haya sido revocada no implica que la violación haya sido reparada de manera integral, sino que están pendientes múltiples aspectos como las medidas de no repetición que trascienden a las víctimas. Expresaron que aceptar el argumento del Estado implicaría que el Sistema Interamericano solo puede conocer de violaciones a derechos humanos mientras siguen cometiéndose.

La Comisión indicó que los argumentos presentados por el Estado sobre la reparación sobreviviente pertenecen al análisis del fondo del caso y, por ende, no corresponde pronunciarse sobre ellos como excepción preliminar. A su vez, sostuvo que subsiste la responsabilidad estatal y los motivos de la petición, pues el Estado no ha demostrado que reconoció y reparó integralmente el ilícito internacional.

Con respecto a la tercera excepción, es decir la incompetencia de la Corte para conocer eventuales violaciones del artículo 26 de la Convención Americana, el Estado alegó que este último no plantea el reconocimiento del derecho a la salud, sino que consagra una obligación genérica para todos los Estados de adoptar medidas progresivas que doten de efectividad a los derechos que se derivan de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, Carta de la OEA). Agregó también que la Corte no tiene competencia para conocer sobre vulneraciones al artículo 26 de la Convención. En primer lugar, expresó que el Estado de Chile no ha ratificado el Protocolo de San Salvador ni el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, manifestando de manera expresa su voluntad de no brindar competencia a organismos internacionales para conocer en relación a aquéllos. Asimismo, los representantes alegaron que la excepción preliminar se basa en una inconformidad y desacuerdo del Estado chileno con la posición fijada por la Corte, respecto a su competencia para declarar violaciones al artículo 26 de la Convención, consolidada desde el caso "Acevedo Buendía y otros Vs. Perú" y reiterada en diversos pronunciamientos. A su turno, la Comisión indicó que, de acuerdo con el artículo 62.3 de la Convención, la Corte es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus disposiciones, sin distinguir entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, la Corte rechaza las excepciones interpuestas por el Estado, haciendo lugar a la petición de la parte actora, conforme a los argumentos expuestos en el siguiente acápite.

II. Análisis y argumentos de la Corte

1. Consideraciones de la Corte respecto de la Primera excepción

El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que, para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de conformidad con los artículos 44 o 45 del mismo instrumento, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios

del Derecho Internacional generalmente reconocidos³. Al respecto, la Corte recuerda que una objeción al ejercicio de su jurisdicción basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión.

La Corte advierte que, en efecto, el Estado no formuló alegatos durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión cuestionando su competencia por la falta de agotamiento de los recursos internos. Sino que, por el contrario, tales cuestionamientos fueron formulados por primera vez por el Estado, de forma clara, en su escrito de contestación durante el trámite ante este Tribunal. En consecuencia, ese alegato del Estado es extemporáneo, por lo que se rechaza la excepción preliminar con fundamento en la falta de agotamiento de los recursos internos.

2. Consideraciones de la Corte respecto de la Segunda excepción

El Tribunal recuerda que, conforme a su jurisprudencia, únicamente considerará como excepciones preliminares aquellos argumentos que tienen o podrían tener exclusivamente tal naturaleza atendiendo a su contenido y finalidad, es decir, que de resolverse favorablemente impedirían la continuación del procedimiento o el pronunciamiento sobre el fondo⁴. Por ello, independientemente de que el Estado defina un planteamiento como excepción preliminar, si al analizarlos fuere necesario entrar a considerar previamente el fondo de un caso, los mismos perderían su carácter de tal y no podrían ser analizados como tales.

El Tribunal advierte que el planteamiento central, en el presente caso, consiste en determinar si el Estado incumplió con su deber de garantizar los derechos a la salud, seguridad social, vida, vida digna, garantías judiciales, protección judicial y especial protección de la niñez, en perjuicio de Martina Vera Rojas, por la alegada falta de regulación, fiscalización y control de la decisión de la Institución de Salud Previsional Más Vida (Isapre). La determinación de estas cuestiones evidentemente atañen al fondo de la controversia del caso, como también lo es determinar si dichas violaciones han cesado y han sido reparadas por la decisión de la Superintendencia de Salud, tal como fue argumentado por el Estado; supuesto en el cual no correspondería a este Tribunal declarar su responsabilidad internacional. En consecuencia, en virtud de que el alegato del Estado no se refiere a cuestiones de admisibilidad del caso, sino que atañen al fondo de la controversia, la Corte desestima también esta segunda excepción preliminar presentada por el Estado.

3. Consideraciones de la Corte respecto de la Tercera excepción

La Corte recuerda que, como todo órgano jurisdiccional, tiene el poder inherente a sus atribuciones para determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence). En particular, este Tribunal ha señalado que una interpretación literal, sistemática, teleológica y evolutiva respecto al alcance de su competencia permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.

3 Caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras". Excepciones Preliminares. Sentencia de fecha 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 85, y Caso "Martínez Esquivia Vs. Colombia". Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párr. 20.

4 Caso "Cepeda Vargas Vs. Colombia". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 35, y Caso "Petro Urrego Vs. Colombia", supra, párr. 32.

Esta conclusión se fundamenta no sólo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

En este marco es dable resaltar que, la Corte entiende la existencia de una necesaria relación de interdependencia e indivisibilidad -y agregamos de retroalimentación- entre los derechos antes mencionados; por lo cual, un correcto análisis de su interpretación y aplicación implica entenderlos como un todo y no de forma aislada y/o excluyente de otros.

Además, el Tribunal ha establecido que la misma Convención hace expresa referencia a las normas del derecho internacional para su interpretación y aplicación, específicamente a través del artículo 29, el cual, como fue mencionado, prevé el principio *pro persona*⁵. De esta manera, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes.

Por ello, y dado que Chile es Parte de la Convención Americana, está obligado a cumplir con sus obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención, sobre el cual la Corte efectivamente tiene competencia material para conocer sobre violaciones a los derechos protegidos por dicho dispositivo. En definitiva, el Tribunal también desestima esta excepción preliminar presentada por el Estado.

Por ello, la Corte advierte que la principal controversia planteada en el presente caso es determinar si el Estado cumplió con su deber de respetar y garantizar los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno; todo ello ante la decisión de la Isapre MasVida de suspender el beneficio de la hospitalización domiciliaria en favor de Martina Vera Rojas, quien padece el síndrome de Leigh. Asimismo, puesto que el Estado alegó haber reparado en su totalidad las violaciones denunciadas ante el Sistema Interamericano, la Corte deberá calificar si, en efecto, las mismas cesaron y fueron reparadas, en aplicación del principio de complementariedad.

La Corte, desde sus primeras sentencias, ha señalado que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento. De esta forma, el ejercicio de la función pública tiene límites derivados de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. En ese sentido, la protección a los derechos humanos, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

De este modo, podemos afirmar -sin miedo a equivocarnos- que, las decisiones judiciales

5 Caso "Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 143, y Opinión Consultiva OC-27/21, supra, párr. 48.

se deben configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, ya que de nada sirve que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no podrá acceder a la tutela efectiva del mismo, y así asegurar el eficaz cumplimiento de la transversalización que supone el derecho de acceso a la justicia, entendido como “el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial, y como elemento fundamental de la protección de los derechos humanos” (Sbdar, 2017:1).

En sentido coincidente, el Tribunal reseñado sostiene que es obligación de los Estados garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Además, el Tribunal recuerda que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Es de destacar la importante referencia que efectúa el Tribunal sobre la obligación de garantía, la que -a criterio del mencionado- se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos.

No está de más mencionar que, el Tribunal en cuestión ha sostenido que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo del Estado y éste tiene la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. De esta forma, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. La obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca a toda y cualquier institución en salud⁶.

En consideración, el Tribunal concluye que el Estado incumplió con su deber de regulación de los servicios de salud a través de la disposición de la Circular No. 7 de 1 de julio de 2005 y, por ende, con sus obligaciones de protección de los derechos. Esta disposición permitió la exclusión de la cobertura del RHD de Martina Vera mediante la decisión de la Isapre MasVida, la cual era necesaria para su adecuado tratamiento médico, más aun considerando su condición de niña con discapacidad. La decisión de la aseguradora privada, resultado del incumplimiento del deber de regulación del Estado, puso en riesgo los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Martina Vera, protegidos por los artículos 4, 5, 19 y 26 de la Convención Americana, en relación con los

6 Caso “Ximenes Lopes Vs. Brasil”. Sentencia de fecha 4 de julio de 2006. Serie C.No. 149, párr. 89, y Caso “Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. Serie C.No. 298., párr. 175.

artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Asimismo, la existencia de dicha norma constituyó un incumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo del Estado, en los términos del artículo 26 de la Convención Americana.

No debe pasarse por alto, el especial tratamiento dispensado y reconocido por la Corte a los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo que pueden ser, a su vez, víctimas. En ese sentido, el Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de familiares de víctimas con motivo del sufrimiento adicional que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos, y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, tomando en cuenta, entre otros, las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar. Adicionalmente, se ha señalado que la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de quienes la rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana.

En el caso de *marras*, la Corte advierte que los padres de Martina, Ramiro Vera y Carolina Rojas, experimentaron momentos de importante estrés, dolor y abandono, todo provocado por la incertidumbre que produjo el riesgo en que se encontró su hija tras el anuncio del retiro del RHD, así como por los diferentes procesos ante la Isapre y las instancias que siguieron para lograr el restablecimiento de la hospitalización domiciliaria; y, en consecuencia, concluye que el Estado es responsable por la violación al artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de Ramiro Vera Luza y Carolina Rojas Farias.

III. Marco normativo aplicable

En relación a este punto, el Tribunal destaca que el artículo 19 de la Constitución Política de la República, número 9, asegura a todas las personas “el derecho a la protección de la salud”, en los siguientes términos: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Esta norma constitucional dio origen a un sistema de seguridad social mixto, que permite la participación de prestadores privados de salud. El Decreto con Fuerza de Ley No. 1 de 2005 (en adelante, D.F.L. No. 1), prevé que el Sistema Nacional de Servicios de Salud está constituido por “las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe”. La participación pública en el sistema de salud se da a través del Fondo Nacional de Salud (Fonasa), en cambio la participación privada se produce por medio de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres),

7 Constitución Política de la República de Chile, texto actualizado a octubre de 2010, artículo 19.9.

las cuales están habilitadas para recibir las contribuciones provenientes de las cotizaciones obligatorias de salud. De esta forma, las personas pueden optar por mantenerse en el Fonasa o, bien, pueden afiliarse a una Isapre.

Asimismo, las Isapres financian las prestaciones y beneficios de salud con cargo al aporte de la cotización legal o una superior, convenida a través de un contrato privado con la Isapre, que la persona elija, de plazo indefinido y sujeto a determinadas normas que son vigiladas por la Superintendencia de Salud. La coordinación del sistema se da mediante el Ministerio de Salud y diversos órganos que constituyen el sector de la salud.

A la época de los hechos que motivaron el presente caso, dicha regulación se producía por la Circular No. 7 del 1 de julio de 2005, la cual establecía las condiciones para la procedencia de la hospitalización domiciliaria. En su parte pertinente, esta Circular señala que: "(...) esta cobertura procederá respecto de la Hospitalización Domiciliaria, previa solicitud a la Isapre y derivación por parte de ésta a un prestador designado por ella. Para este efecto debe dar cumplimiento a todas las siguientes condiciones:

Se debe tratar de un paciente que esté hospitalizado, sometido a un tratamiento que requiera presencia del médico tratante. El médico tratante debe ser distinto del médico supervisor de la empresa que da el servicio de hospitalización domiciliaria y debe tratarse de un paciente sin Alta, sólo se trata de traslado desde un prestador de la Red, con continuidad de prestaciones como una sustitución de una hospitalización de nivel intermedio y/o intensivo y que la hospitalización no se justifique exclusivamente por la administración de medicamentos. Debe tratarse de patologías que justifiquen la hospitalización domiciliaria y la indicación de la hospitalización domiciliaria y su duración debe ser efectuada por el médico tratante. La Isapre derivará a un servicio de hospitalización domiciliaria señalando la duración de la misma, y considerando para ello la indicación del médico tratante de la RED.

La empresa que preste el servicio de hospitalización domiciliaria, deberá estar acreditada y cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias de orden sanitario que sean pertinentes, además de contar con dirección médica responsable y llevar la ficha del paciente. La Isapre está facultada para evaluar periódicamente el cumplimiento de las condiciones que ameritan la Hospitalización Domiciliaria, para efecto de reingreso al hospital, Alta o término por no revestir ya las condiciones que requiere la Hospitalización Domiciliaria señaladas precedentemente. Se excluyen los tratamientos de enfermedades crónicas y tratamientos de antibióticos".

Además de la normativa mencionada, cabe señalar que el artículo 117 del D.F.L. No. 1 prevé que "la Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro, resolverá las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que se refiere el artículo 120 o a la justicia ordinaria". Dicho procedimiento de reclamo se encuentra previsto en los artículos 117 a 120 del D.F.L. No.1, y en específico, en la Circular IF/No. 8 del 8 de julio de 2005.

A todo lo señalado se suma que, la Corte destaca que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para el ejer-

cicio de los demás derechos. En consonancia, cita expresamente que la observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva). Por otro lado, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica, cuya infracción “es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”⁸.

También conforma el marco normativo sobre el cual se sentaron los argumentos y bases del fallo analizado y comentado, el artículo 26 la Convención Americana, que incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCAs).

La Corte ha reiterado que existen dos tipos de obligaciones que derivan del reconocimiento de los DESCAs: aquellas de exigibilidad inmediata y las de carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras, los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y en general avanzar hacia la plena efectividad de los DESCAs. Respecto a las segundas, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

De lo expuesto, advertimos palmariamente que el caso que nos ocupa, se encuentra inmerso en las denominadas obligaciones de exigibilidad inmediata.

Respecto al contenido y alcance del Derecho a la Salud, el Tribunal expone que el artículo XI de la Declaración Americana permite identificar este derecho, al referir que toda persona tiene derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a (...) la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. De igual manera, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público.

También, el marco normativo se compone por la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la cual fue ratificada por Chile el 26 de febrero de 2002. Dicha Convención tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que esta última no se define –exclusivamente– por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

En ese sentido, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que

⁸ Caso “Loayza Tamayo Vs. Perú”. Fondo. Sentencia de fecha 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57, y Caso “Vicky Hernández y otras Vs. Honduras”, supra, párr. 86.

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. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado, en su observación número 14, que el concepto del interés superior del niño implica garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño. Atento a esta última normativa, el Tribunal considera que, en atención al interés superior de la niña, que constituye un mandato de priorización de sus derechos, la mejor forma de cuidar y atender a una niña con discapacidad es dentro de su entorno familiar; lo que en el presente caso resultaba fundamental, tanto desde la perspectiva del derecho a la salud de Martina, como del cumplimiento de la obligación de apoyar a su familia a cargo del cuidado. El mismo cuerpo normativo también establece, en su artículo 24, que: “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Otra normativa tenida en cuenta por el Tribunal para dictar sentencia ha sido el artículo 19 de la Convención Americana, conforme al cual, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas especiales de protección que resguarden el interés superior del niño y la niña, atendiendo a su situación especial de vulnerabilidad. En ese sentido, este Tribunal ha establecido que los niños y las niñas tienen derechos especiales, a los que corresponden deberes especiales de la familia, de la sociedad y del Estado. De esta forma, debido a que pueden verse afectados en su desarrollo por decisiones de aseguradoras privadas que determinen aspectos relacionados con la atención de su salud, este Tribunal considera pertinente ordenar que el Estado adopte, en un plazo razonable, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para que la Defensoría de la Niñez tenga conocimiento y participe, de ser necesario, en todos los procesos ante la Superintendencia de Salud, o en los procesos judiciales en los que se pudieran ver afectados los derechos de niños o niñas, por actuaciones de las aseguradoras privadas.

IV. Principio de Complementariedad

En primer lugar, corresponde reiterar que el sistema interamericano comparte con los sistemas nacionales la competencia para garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención, e investigar y en su caso juzgar y sancionar las infracciones que se cometieren; y, en segundo lugar, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y la Corte. En este sentido, este último tribunal ha indicado que, cuando una cuestión fue resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla ante el Tribunal Interamericano para su aprobación o confirmación. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdic-

ciones nacionales, sino que las complementa⁹. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio los mismos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. De esa manera, reciente jurisprudencia ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

En tal marco, la complementariedad es un límite a la jurisdicción de los organismos internacionales y una salvaguarda de la soberanía de los estados (García Ramírez, 2004:1). De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria); de modo que los criterios de decisión y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí.

En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados.

En el presente caso, el Tribunal constata que la decisión de la Jueza Árbitro de fecha 19 de abril de 2012 fue que la Isapre, al privar a Martina Vera de la CAEC para su hospitalización domiciliaria, hizo insostenible el mantenimiento de tal prestación en el tiempo, por el estado de salud de la paciente, la tecnología e infraestructura que requiere para seguir con vida, y los costos aparejados; por lo que consideró que, la conclusión de la Isapre de rechazar la CAEC, que incluía el RHD, no encontraba sustento económico y asimismo resultaba contraria al derecho a la vida y a la salud de la niña.

De esta forma y atento el principio mencionado, la Corte debería no solo abstenerse de intervenir cuando evidencie este comportamiento por parte de las autoridades internas, sino reconocer la relevancia de su compromiso con honrar las obligaciones internacionales adquiridas.

V. Análisis del Caso desde la Perspectiva del Derecho de la Niñez

Consideración especial merece el análisis efectuado por el Dr. Ricardo C. Perez Manrique, en su voto concurrente, al brindar una evaluación del caso a la luz del Derecho a la Niñez. En este orden, repasa que Martina es una niña que sufre una enfermedad denominada síndrome de Leigh; la que resulta incapacitante y obliga a asistencia permanente, que se presta en régimen de asistencia domiciliaria. Tan es así que sus dos padres han acondicionado su hogar de manera de que, en ese lugar, Martina reciba el tratamiento adecuado, siempre rodeada de la atención y el cariño de su familia. Destaca que durante las audiencias diligenciadas en el caso, permanentemente sus padres la estuvieron acompañando.

⁹ Caso "Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 137, y Caso "Petro Urrego Vs. Colombia", supra, párr. 103.

A criterio del juzgador *ut supra* mencionado, la intervención de la Isapre en el marco de un sistema de salud que actúa en notoria desigualdad con los prestatarios, constituyó una violación de varios derechos de Martina, como se dispone en la sentencia. Ello fue posible por defectos de reglamentación y de fiscalización, imputables al Estado de Chile, que tampoco garantizó la igualdad de armas entre prestador y prestataria, para permitir que Martina y su familia pudieran impugnar y anular la decisión de la Isapre. Tal como se plantea en la resolución judicial, las violaciones a los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal y la salud, y las obligaciones del Estado respecto a ellos, deben interpretarse a la luz del *corpus juris internacional* de protección de las niñas y los niños. El interés superior debe ser el principio rector para interpretar el alcance de la protección especial que debe garantizar el Estado, respecto de las niñas y los niños. Ello se funda en la condición especial de vulnerabilidad que presentan, como sujetos en desarrollo. Así, la Corte ha establecido que la protección de la niñez tiene como objetivo último el desarrollo de la personalidad de las niñas y los niños, y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

Como se observa, este voto concurrente se destaca, al resaltar el aspecto fundamental que constituye la consideración de la niña como sujeto de derecho en desarrollo, conjuntamente con la concepción de desarrollo progresivo y la inserción del interés superior de la niña para evaluar el daño a su bienestar; concepción que, según sostiene el magistrado, relaciona el interés superior de la niña con su derecho a ser oída.

Es importante tener presente también la tesis sostenida por el Dr. Ricardo C. Pérez Manrique, al consagrar enfáticamente que: “oír a los niños y las niñas no solo implica tomar sus declaraciones en cuenta, sino (...) juzgar con una perspectiva generacional que considere y contemple sus características, vulnerabilidades y necesidades como sujeto en desarrollo”.

Para un correcto análisis de lo señalado, debe recurrirse al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Observación General Número 14 del Comité de Derechos del Niño. En este marco, el sentenciante refiere que el interés superior del niño es un concepto que abarca tres aspectos: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental, y una norma de procedimiento. Por lo tanto, debe ser el centro de todas las decisiones del Estado que afecten la salud y el desarrollo de las niñas y los niños.

En relación al presente caso, el Estado también es responsable en las hipótesis en que delegue la protección de alguno de los derechos en agentes no estatales. La Corte asimismo plantea que, el ámbito de aplicación del interés superior de la niña y del niño, refiere a los ámbitos judicial, administrativo y legislativo; de forma tal que, el alcance de la obligación estatal sea garantizar que las normas y actos estatales y de terceros, no afecten el derecho de las niñas y niños a gozar del más alto nivel de salud y acceso a tratamientos de enfermedades, cuando ello fuere necesario.

De tal guisa, la definición sustancial y por sí misma del interés superior del niño, en cuanto concepto indeterminado, plantea una dificultad (Pérez Manrique, 2002:81); razón por la cual se recurre a una definición relacional en lo que respecta a los derechos establecidos en la Convención. Es por ese motivo que, el Comité de Derechos del Niño ha

señalado que se trata de un concepto dinámico, que debe evaluarse en cada contexto¹⁰, pero siempre el interés superior de la niña y del niño es esencialmente un mandato de prioridad, encontrándose involucrados derechos de la infancia que, en relación a otros derechos, deben predominar en la aplicación e interpretación del derecho en el caso concreto, prefiriéndose las soluciones que mejor contemplen y, en su caso, amplíen los primeros.

Así, el interés superior del niño es una situación jurídica positiva, que se identifica con aquellas situaciones por las cuales determinadas personas o sectores deben ser preferentemente contemplados en sus derechos, por los operadores jurídicos (Cairolí Martínez, 1996:1). Entonces, el interés superior del niño impone a todo el mundo adulto (instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades legislativas u órganos legislativos, y padres) una consideración especial, que consiste en la protección integral y respetuosa de los derechos de las niñas y los niños como seres en desarrollo. De esa manera, el interés superior del niño es un concepto que si bien debe ser evaluado en cada caso en concreto, abarca todos los derechos de aquél en cuanto es un sujeto de derechos y está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos (Lora, 2006:479).

En fin, consideramos relevante destacar el referido voto en cuanto proclama a las niñas y los niños como sujetos de derecho especialmente protegidos por su condición de ser sujetos en desarrollo, y aplica adecuadamente el principio del interés superior de la niña y del niño, tanto para el análisis del caso como para el establecimiento de reparaciones que no sean solo adulto céntricas, sino que también tengan perspectiva generacional.

VI. Reflexión Final

Como colofón del fallo analizado, podemos concluir -sin miedo a equivocarnos- que un Estado no puede pretender eximirse de responsabilidad internacional por vulnerar derechos humanos básicos y elementales de todo ordenamiento jurídico, bajo la mera manifestación que el objeto del litigio se tornó abstracto atento su posterior reparación, ya que previamente, es necesario corroborar si la misma fue integral, es decir, contemplando todas las consecuencias indemnizables.

Además, es importante destacar el expreso mandato de Responsabilidad Social Empresaria que contempla la resolución bajo análisis, al sostener: "(...)en este marco de acción, los Estados deben impulsar que las empresas incorporen prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque *stakeholder* (interesado o parte interesada), que supongan acciones dirigidas a orientar la actividad empresarial hacia el cumplimiento de las normas y los derechos humanos, incluyendo y promoviendo la participación y compromiso de todos los interesados vinculados, y la reparación de las personas afectadas". Y, continúa sosteniendo: "las empresas deben adoptar, por su cuenta, medidas preventivas para la protección de los derechos humanos de sus trabajadoras y trabajadores, así como aquellas dirigidas a evitar que sus actividades tengan impactos negativos en las comunidades en que se desarrollen o en el medio ambiente"¹¹.

10 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14.

11 Caso "De los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras", supra, párr. 51, y Comité Jurídico Interamericano. Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas, supra, punto a.

En ese sentido, es incuestionable y queda claro que el Estado ha estado en falta porque, de haber sido diferentes o menores sus posibilidades de espacio social y familiar, la omisión estatal podría haber sido fatal, lo que pone de relieve una selectividad grave en la prestación y en la protección de los derechos de la niña.

Finalmente, podemos advertir que los Derechos Humanos son interdependientes e indivisibles debido a que los derechos civiles y políticos se encuentran entrelazados con los económicos, sociales, culturales y ambientales, resultando inescindibles entre sí.

Referencias bibliográficas

- Cairolí Martínez, Milton. Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, Ed. Universidad, Montevideo, 1996.
- García Ramírez, Sergio. El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, [S.l.], jan. 2004. ISSN 2448-7872.
- Lora, Laura N. Discurso jurídico sobre El interés superior del niño. En: Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479-488.
- Pérez Manrique, Ricardo. El interés superior del Niño en Revista Uruguaya de Derecho de Familia, N° 16, 2002, p. 81 y ss.
- Sbdar, C. La transversalización de la perspectiva de género: un enfoque necesario. Revista La Ley, 2017, año LXXXI N° 112.

Solicitud de cambio de requisitos para acceder a la dirección de centros de transfusión sanguínea en Italia

Application for change in the requisites to access blood transfusion centers management in Italy

Pablo Ahijado Novoa¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)08](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)08)

Comentario a

Ordine Nazionale dei Biologi y otros v. Presidenza del Consiglio dei Ministri,
10 de marzo de 2021, Caso C-96/20

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Disponible en

<https://bit.ly/3Celh1i>

RESUMEN:

El derecho fundamental a la salud se encuentra en continuo desarrollo dentro de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No solo se puede observar la evolución jurisprudencial en el ámbito del derecho como tal, sino que las cuestiones administrativas también van siendo perfiladas. Así, la existencia de diferencias entre las maneras que tienen los distintos Estados en aplicar el derecho de la Unión no implica que ambas no sean conformes a derecho.

Destaca del mismo modo la elevada protección que se quiere conferir al derecho a la salud, que permite el establecimiento de criterios bastante estrictos para determinar a los profesionales y los procedimientos que deban llevarse a cabo con el fin de protegerlo. Por esta razón principalmente, cada Estado tiene cierta facultad para requerir condiciones más rigurosas que las que establezcan las normas comunes europeas con objeto de defender este derecho fundamental.

De esta manera, estos son los principales motivos que guían la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basándose especialmente en el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual permite el establecimiento de requisitos estrictos para proteger la salud de los ciudadanos europeos.

¹ Estudiante de Derecho y Administración de Empresas en la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M). Correo electrónico: pablo.ahijado.n@gmail.com.
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5192-8410>

ABSTRACT

Healthcare is a fundamental right which is being developed continuously within European Court of Justice's jurisprudence. The evolution of jurisprudence may not only be observed on the right by itself, but also on administrative matters which are being developed. Therefore, the existence of differences in the ways that States apply European Union Law does not imply that those different means are not valid according to European Law.

It is remarkable too the high protection conferred to the protection of health, which allows the establishment of pretty strict criteria in order to determine those professional workers and the procedures that must be carried out so as to preserve it. It is mainly due to this reason that every State has a certain ability to require more rigorous conditions than those established on Common European laws.

Consequently, these are the main reasons which guide the European Court of Justice Sentence, mainly based on article 168 of Treaty on Functioning of the European Union, which directly allows establishing stricter requisites to protect and preserve European citizens' health on the highest possible standards.

PALABRAS CLAVE: Artículo 168 TFUE; Salud Pública, Centros de transfusión sanguínea; Directiva 2002/98/CE; Italia.

KEY WORDS: Article 168 TFEU; Public Health; Blood transfusion centers; Directive 2002/98/EC; Italy.

I. Introducción

Desde finales del siglo XX la Unión Europea ha ido desarrollando los derechos relacionados con la salud y se ha ido ordenando de tal forma que busca la creación de una suerte de Seguridad Social Europea o una Sanidad común unificada. Sin embargo, este proceso conlleva numerosos conflictos entre los países miembros por los diversos sistemas que podrían implantarse y por la financiación del mismo. Durante el proceso que busca como fin último la Sanidad Común Europea, se han ido aprobando mediante los mecanismos legislativos de la Unión Europea diferentes Directivas y Reglamentos que buscan ir unificando paulatinamente los distintos ordenamientos sanitarios de los Estados miembros. La cuestión prejudicial suscitada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) por el Tribunal Supremo italiano tiene como fin dilucidar el sentido del artículo 9.2 de la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003. En esta Directiva se menciona que será necesaria la posesión de un diploma en ciencias médicas o biológicas equivalentes a estudios universitarios para poder ser responsable de un centro de transfusión sanguínea en cualquier Estado de la Unión Europea.

El Decreto Legislativo 261/2007 del Gobierno italiano exigía un diploma en medicina y en cirugía como requisitos para postularse a responsable de un centro de transfusión sanguínea. Tres ciudadanos particulares recurrieron esta decisión primero al "Tribunale di Roma" y ante su negativa acudieron al Tribunal Supremo italiano, que decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para resolver de acuerdo a derecho de la Unión.

Desde la aprobación de la Directiva el 27 de enero de 2003, el litigio comenzó en 2008 en

el "Tribunale di Roma", en 2015 llegó al Tribunal Supremo de Casación, en 2020 llegó al TJUE y este lo resolvió el 10 de marzo de 2021.

I. Cuestiones Generales

Los conflictos derivados de la trasposición de directivas comunitarias en el ámbito de la Unión Europea son una realidad bastante frecuente, principalmente debido al propio mecanismo legal que implica una directiva. Se permite a cada estado conseguir un fin determinado a través de los medios que el mismo estime adecuados. Por tanto, es habitual encontrarse ante artículos ambiguos o que dejan un amplio espacio a la interpretación como es el caso de la Directiva 2002/98/CE tratada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 10 de marzo de 2021.

Por otro lado, el propio proceso de las cuestiones prejudiciales merece ser comentado. Es un mecanismo que tienen todos los órganos jurisdiccionales de los países miembros de la Unión Europea, que pueden emplear voluntariamente y cuando tengan dudas respecto a la resolución de un caso que esté relacionado con normativa de la UE. La cuestión prejudicial se eleva al TJUE, que emite una sentencia que debe respetar el órgano que ha planteado la cuestión a la hora de emitir su propia sentencia. En la actualidad es un procedimiento bastante empleado que ha derivado en enormes retrasos en diversos procesos judiciales nacionales al necesitar esperar la respuesta definitiva del TJUE.

Otro tema relevante es el excesivo alargamiento de los procesos judiciales que destacan en el seno de gran cantidad de países europeos y en el TJUE. Teniendo como ejemplo este caso, se puede observar que respecto a una implicación administrativa sin una excesiva extensión o complejidad desde el punto de vista jurisprudencial, se ha tardado trece años en encontrar una solución definitiva. De hecho, en la propia Sentencia se mencionan diversas directivas más modernas que especificaban la Directiva 2002/98/CE y aunque este no fuese el caso, ya ha ocurrido que normativa de la Unión Europea haya sido derogada por otra posterior sin que se llegaran a resolver algunos asuntos de la anterior por el TJUE.

Relativo al tema tratado (la transfusión sanguínea) y a la sanidad en general, es algo común encontrarse ante otras directivas comunitarias sobre contenidos similares puesto que el ámbito sanitario era uno de los más diferenciados dentro de los países de la Unión Europea y necesitaba de una cierta uniformidad para poder ofrecer servicios similares a los ciudadanos europeos. Esto ha tenido como consecuencia la existencia de una enorme jurisprudencia del TJUE al respecto y se han establecido unas pautas que ponen en relación las directivas y reglamentos comunitarios con los tratados fundacionales, que son las fuentes de derecho de la Unión Europea.

Cabe destacar que la Directiva 2002/98/CE fue objeto de numerosas críticas y procesos judiciales ante el TJUE debido a que no especificaba exactamente si prohibía las donaciones y transfusiones sanguíneas desde hombre que mantuviesen relaciones sexuales con otros hombres. De esta manera se abría la puerta a una discriminación legal hacia el colectivo homosexual. Por ese motivo el TJUE sentenció que este tipo de transfusiones únicamente podrían estar prohibidas atendiendo a criterios epidemiológicos y médicos que concluyeran un alto riesgo de contagio de enfermedades tales como el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o diversas clases de Hepatitis, que pusieran en riesgo la Salud Pública del Estado miembro. Además, se estableció que la existencia de este alto riesgo de contagio debía ser probado por un Tribunal Nacional y no atendiendo a motivaciones políticas.

II. Análisis en profundidad del caso

El objeto de la cuestión prejudicial elevada por los tribunales italianos podría parecer en un principio relacionada con la bioética, sin embargo, esta no es más que un asunto administrativo. Los tres particulares que inician el procedimiento judicial contra el Decreto Legislativo 261/2007 buscan esclarecer si es posible requerir mediante la norma de rango legal que traspone una directiva, requisitos más rigurosos que los que se establecen en la propia directiva. En este caso la necesidad de un diploma en medicina y cirugía en vez de un diploma en ciencias de la naturaleza para poder dirigir un centro de transfusión sanguínea en Italia.

El primer tribunal ordinario (Tribunale di Roma) al que acuden los tres particulares que consideran sus derechos vulnerados, da la razón al Gobierno italiano y establece que según la legalidad vigente italiana está permitido. El ejecutivo italiano defiende que los centros de transfusión sanguínea en este país llevan a cabo más funciones que las generales que establece la Directiva 2002/98/CE y por tanto se necesita una mayor cualificación de la que se exige para los demás Estados de la Unión Europea. No obstante, se prosigue en el sistema de apelaciones hasta llegar al Tribunal Supremo de Casación de Italia, que decide plantear la cuestión prejudicial al TJUE para resolver el asunto definitivamente y no exponerse a una eventual rectificación en caso de que los particulares decidieran apelar al TJUE.

El TJUE utiliza varios argumentos para defender la legalidad en la trasposición de la Directiva por parte del Gobierno italiano, pero sobre todo se centra en el artículo 168.4.a del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece que en lo relativo a los asuntos referidos a la protección de la salud humana “estas medidas no impedirán a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas”. Este artículo permitiría a cualquier gobierno de un país miembro de la Unión Europea imponer requisitos más estrictos para proteger el derecho fundamental a la salud, siempre que no se sobrepase el principio de proporcionalidad y la medida sea adecuada.

Varios autores afirman que el derecho a la salud como derecho fundamental establecido en numerosos textos internacionales ya ha llegado a un punto de protección que supera ciertos límites que otros derechos no han conseguido sobrepasar. Como dice el profesor García San José “El núcleo del derecho a la salud y de otros derechos humanos relacionados con la salud ha sido afirmado en diversos instrumentos jurídicos internacionales a nivel universal, de una manera tan coherente que estaría evidenciando una opinión general de los Estados respecto de que dicho derecho humano comprende el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental”(García San José, 2017:7). La relevancia principal de esta afirmación está en que se llega a un punto en el que se permite exigir niveles de rigurosidad bastante altos a los profesionales dedicados a preservar este derecho.

1. Principales derechos fundamentales afectados

Desde el plano jurídico se pueden ver afectados principalmente dos derechos reconocidos en las constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta de Derechos de la Unión Europea y en todo su ordenamiento común: el derecho a la salud (artículo 35 de la Carta de Derechos de la UE) y el derecho a la no discriminación en el acceso a la administración (Artículo 21 de la Carta de Derechos de la UE). Sin embargo, como se mencionaba anteriormente existe un principio que vertebra todo el ordenamiento jurídico europeo y sin el que la jurisprudencia del TJUE carecería de sentido, el

principio de proporcionalidad. Al haberse referido expresamente el TJUE en la sentencia a él y reconociendo la proporcionalidad de la exigencia del diploma en medicina y cirugía dadas las particularidades de los centros de transfusión sanguínea italianos, únicamente queda tratar de qué manera han sido afectados los derechos fundamentales.

A. Derecho a la salud

La propia naturaleza del caso requiere hacer referencia al derecho a la salud. Este es un derecho de suma importancia dentro del ordenamiento europeo y se encuentra protegido por la Carta de derechos en su artículo 35, el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y por la jurisprudencia del TJUE. Todas estas fuentes de derecho comunitario coinciden en el alto valor que se otorga a la salud y la exigencia de medidas que la protejan por encima de cualquier otro bien económico o jurídico. Por esta razón y como ha sido mencionado anteriormente, el artículo 168 del TFUE permite que dentro del respeto de las medidas comunes a toda la UE para proteger la salud de los ciudadanos, estas puedan ser más estrictas (nunca más laxas) si así lo desean los estados miembros unilateralmente.

Esta gran preocupación por el derecho a la salud es lo que permite al TJUE situarse del lado del gobierno italiano de una manera tan tajante ya que se está desarrollando jurisprudencia respecto a un derecho fundamental europeo.

B. Derecho a la no discriminación

A pesar de que el derecho a la no discriminación establece algunos ejemplos de situaciones discriminatorias en el artículo 21 de la Carta como la raza, el sexo, el color, las opiniones políticas o la religión; este derecho también alberga la no discriminación en el acceso a un empleo público como es la dirección de un centro de transfusión sanguínea en Italia. La elección de un criterio demasiado estricto o arbitrario a la hora de establecer los requisitos para llegar a ese puesto chocaría frontalmente con este derecho. Esto produce que al únicamente pedir la directiva comunitaria un diploma en ciencias naturales se podría estar atentando contra este derecho si durante la trasposición se incluyesen nuevos requerimientos arbitrarios o exagerados.

En la ponderación que hace el TJUE, se valora el derecho a la salud por encima del establecimiento de criterios más leves para el acceso a la dirección de centros de transfusión sanguínea. Esto se debe al alto valor del derecho fundamental y a que se consideró que en este caso no se entra en arbitrariedad ni falta de proporcionalidad.

2. Doctrina relacionada con el caso

Dada la relativa novedad de la Sentencia (año 2021), aún no ha habido tiempo para que el TJUE desarrolle mucha más doctrina relevante en nuevas Sentencias. Sin embargo, este caso no hace más que reafirmar una corriente jurisprudencial que se lleva desarrollando desde hace años por el TJUE y que parece que seguirá creando en el futuro.

Así, teniendo en cuenta la misma Directiva 2002/98/CE, el TJUE ya se había manifestado en una cuestión prejudicial similar presentada desde Francia y resuelta en el año 2014. En la misma, se trataba la imposición de criterios más estrictos para la transfusión de plasma sanguíneo que interviniese en procesos industriales. Estas características más rigurosas fueron aceptadas también en este procedimiento en virtud del mismo artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, afirmando la elevada protec-

ción otorgada a la salud humana y todos los factores relacionados con la misma. Por lo que se considera que si el plasma sanguíneo es intervenido en un proceso industrial, es conforme a derecho común exigir mayor seguridad en las transfusiones sanguíneas.

III. Análisis del proceso judicial

Como contexto histórico, es reseñable remarcar que los procesos judiciales dentro de la Unión Europea nacieron con la creación de la misma. A pesar de que inicialmente estaban reservados a temas muy concretos como puede ser el comercio de carbón y acero, estos han ido evolucionando para poder albergar un gran número de cuestiones muy dispares entre ellas. Por eso, lleva existiendo un Tribunal Europeo que controla el Derecho comunitario desde la creación de la Comunidad Económica Europea, el cual ha ido cambiando de nombre y aumentando su número de funciones. Después de la firma del Tratado de Maastricht otorgando personalidad jurídica a la Unión Europea, la última gran reforma ocurrió tras la firma del Tratado de Lisboa en 2009 y la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Los procesos ante el TJUE suelen tener la característica común de la subsidiariedad, es decir, para poder plantear un recurso ante el TJUE antes se ha debido finalizar todos los recursos previos en el país miembro del que viene el caso. Existen algunas excepciones como la violación por parte de un Estado de alguna directiva que no haya sido aprobada en el ordenamiento nacional antes de la fecha límite establecida.

El TJUE está compuesto por un número de jueces equivalente al de Estados miembros de la Unión Europea (a fecha del caso 27) y por once Abogados Generales. Ambos se eligen mediante un acuerdo entre los Gobiernos de los países miembros. Tienen un mandato de seis años que pueden ser renovados. Los jueces eligen entre ellos a un presidente y un vicepresidente. Los Abogados Generales se encargan de entregar al Pleno o Salas del TJUE un dictamen que debe ser independiente y no vinculante, que los jueces deben leer y tener en cuenta antes de emitir su sentencia. Además, hay un secretario del TJUE. El TJUE tiene la capacidad de llevar a cabo varios tipos de procedimientos: El recurso por incumplimiento, el recurso por omisión, el recurso de anulación, los recursos de casación y como en este caso la cuestión prejudicial.

1. Cuestión prejudicial

La cuestión prejudicial busca evitar que los diferentes jueces de los Estados miembros de la Unión Europea apliquen el derecho común de una manera heterogénea. El TJUE precisa la interpretación que debe hacerse respecto a una cuestión que plantea un juez ordinario de cualquier país. La cuestión prejudicial puede referirse a la legislación como tal o a la ejecución de la misma y como en el tema tratado, se puede analizar si una ley aplica de manera coherente una directiva de la Unión Europea.

La respuesta, que deberá realizarse mediante auto motivado o sentencia, es vinculante para cualquier órgano jurisdiccional de cada Estado miembro de la UE siempre que se encuentren ante una situación equivalente. Solamente puede iniciarse esta cuestión a petición de un órgano jurisdiccional, sin embargo, dentro del proceso también pueden participar los ciudadanos particulares que formen parte del proceso previo.

La cuestión prejudicial se inicia una vez que el Secretario comunica a las partes que ya se ha traducido a todos los idiomas oficiales de la UE la petición. Entonces, el Diario Oficial

publica las dudas que tienen las partes. Desde ese momento, hay dos meses en los que las partes pueden alegar sus respectivas defensas. A partir de este punto termina la fase escrita y dependiendo del libre arbitrio del TJUE y atendiendo a razones de proporcionalidad y necesidad, se podrán tomar medidas cautelares. Finalmente, el Abogado General publica sus conclusiones respecto al caso y los jueces publican su sentencia definitiva e inapelable. La validez jurídica internacional de este procedimiento se encuentra en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Como resumen de algunos autores "la cuestión prejudicial de la Unión sirve a los jueces nacionales para "preguntar" al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación correcta o la validez de determinadas normas de la Unión. Por otro lado, las personas físicas cuando crean haber sufrido algún daño como consecuencia de una actividad institucional de la Unión, sus abogados podrán plantear el recurso por responsabilidad extracontractual para reclamar el importe correspondiente a dichos daños y perjuicios"(Pardo Irazo et al., 2013).

2. Procedimiento judicial del caso específico

Respecto a lo ya tratado en el apartado II del texto, cabe destacar que después de completar todo el proceso nacional y una vez que el Tribunal Supremo de Casación de Italia decide elevar la cuestión al TJUE, esta se trata en Sala y concretamente en la Sala Octava, compuesta por cuatro magistrados. La resolución la envía el tribunal italiano el 7 de noviembre de 2019 y se recibe el día 24 de febrero de 2020.

Después de que el Diario Oficial publicara la cuestión, las partes litigantes, que concretamente son "Ordine Nazionale dei Biologi", tres ciudadanos particulares y "Presidenza del Consiglio dei Ministri" en nombre del Gobierno italiano; presentaron sus alegaciones a tomar en cuenta durante el curso del procedimiento. Además, intervinieron en el proceso Sds Snabi y "Agenzia Regionale Protezione Ambiente", que dieron sus respectivas opiniones sobre los diferentes asuntos tratados.

A continuación, el Abogado General del proceso compartió su opinión, que al igual que en la gran mayoría de casos, coincidió con la sentencia que definitivamente emitió el TJUE dando la razón al Gobierno italiano en sus tesis.

IV. Conclusiones

Tras un análisis exhaustivo de la Sentencia, la jurisprudencia del TJUE y los diversos tratados que guían la producción legal de la UE; las principales conclusiones a las que se puede llegar son las siguientes. Primero, y siguiendo el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la salud pública es uno de esos asuntos trascendentales a los que la UE confiere una enorme relevancia y por tanto, su protección tiene como mínimos las condiciones que establezcan las directivas comunitarias. Sin embargo, esto no es un impedimento para que los propios Estados establezcan criterios más rigurosos para proteger este derecho. Como principal resultado jurisprudencial encontramos el establecimiento de la condición "sine qua non" de un título superior al de ciencias biológicas (concretamente el de medicina y cirugía) como un requisito lícito a la hora de ser candidato a dirigir un centro de transfusión sanguínea en Italia (y por ende, esto u otra condición similar también podría ser requerido en otros Estados miembros de la Unión Europea).

Esta Sentencia tiene además relevancia al reafirmar la capacidad de apreciación que tienen los Estados en la trasposición de directivas. Esto permite que no todos tengan que

incluir las mismas medidas ni requisitos en los proyectos legislativos que lleven a sus ordenamientos nacionales. De esta manera, cumpliendo con el uso para el que se creó la directiva: conseguir un mismo objetivo, pero dejando a los Estados que empleen los recursos que individualmente consideren necesarios.

También cabe destacar algo que se reitera en la Sentencia, como son los altos estándares de protección que se otorgan a la vida y a la salud humana; que especialmente desde la pandemia del COVID-19 han creado paulatinamente una jurisprudencia del TJUE muy favorable al establecimiento de requisitos más estrictos dentro de estos ámbitos en los últimos tiempos.

La propia Sentencia también expone y a pesar de que no es el tema principal de la misma, que la Unión Europea aún no ha conseguido unificar todos sus sistemas sanitarios. De tal forma que en el ejemplo italiano son necesarias medidas más estrictas para poder acceder a la dirección de un centro de transfusión sanguínea puesto que en este país se llevan a cabo otras funciones de relevancia que no se realizan en los centros de transfusión de otros países de la Unión Europea. Por tanto, sigue siendo necesario una mayor coordinación y un sistema normativo más uniforme si el objetivo final es conseguir que la Unión Europea acabe teniendo una especie de Seguridad Social Comunitaria.

Finalmente, es asimismo destacable la incapacidad histórica que ha tenido el TJUE para corregir el excesivo alargamiento de los procesos judiciales en el seno de la Unión Europea. Así, una Sentencia de este tribunal sigue teniendo que esperar de media cerca de seis años para poder ser resuelta definitivamente. Por tanto, se llega a una situación de saturación y en cierto punto de vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos dada la excesiva espera necesaria para conocer si determinadas cuestiones están de acuerdo con el derecho comunitario y no violan sus principios generales.

Referencias Bibliográficas

- Alonso Olea, B. (2016). Las prestaciones sanitarias en el Derecho de la Unión Europea. *DS: Derecho y Salud, XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho*, 26, 403-417
- Fernández Ruiz-Gálvez, E. (2019). La salud como capacidad global y el reto de la equidad. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 41, 83-115
- García San José, D. (2017). Crisis económica, vulnerabilidad multidimensional y cambio climático: La "Tormenta perfecta" para el derecho a la salud en Europa. *Revista del Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud*, 5, 1-11. Disponible en: <https://doi.org/10.6018/bioderecho>
- Noguera Fernández, A. y Guamán Hernández, A. (2014). *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Valencia; Tirant Lo Blanch
- Pardo Iranzo, V., Iglesias Buhigues, J. L. y Montero Aroca, J. (2013). *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters

Los límites para limitar derechos: el rol de la proporcionalidad

Limits to limitations on rights: the role of
proportionality

Ignacio Vazquez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)09)

Comentario a
STC 81/2021, de 19 de abril
Tribunal Constitucional de España

Disponible en
<https://bit.ly/3DUazPT>

RESUMEN:

La Sentencia 81/2021 del Tribunal Constitucional español desestima un recurso de amparo interpuesto por los padres de un menor contra la decisión de un centro escolar de suspenderlo de la asistencia a clases. El análisis de esta sentencia permite revisar conceptos claves de la doctrina constitucional como el de ponderación, proporcionalidad y habitación legal suficiente para limitar derechos fundamentales. Asimismo, echa luz al debate sobre el decisionismo judicial y la importancia de contar con decisiones judiciales verdaderamente fundadas para legitimar la restricción de derechos fundamentales.

ABSTRACT

Judgment No. 81/2021 from the Spanish Constitutional Court dismissed an appeal against the decision of a scholar center to suspend a child due to bad behavior. The analysis of this judgment leads to revisiting some key concepts in constitutional doctrine such as weighing, proportionality or the need of legal basis for the measures limiting fundamental rights. As well, it sheds light on the debate of judicial decisionism and the importance of counting with well-founded judicial decisions to legitimize the restriction of fundamental rights. .

PALABRAS CLAVE: Derechos; límites; proporcionalidad; ponderación; decisionismo.

KEY WORDS: Rights; limits; proportionality; weighing; decisionism Court, Fundamental Rights, Protection measures.

¹ Abogado (UBA); Magíster en Derecho Constitucional (CEPC – UIMP); Profesor auxiliar en la Cátedra de Derecho de la Integración (UBA). Correo electrónico: vazquezignacio32@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7208-9145>

I. Introducción

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional español bajo análisis desestima un recurso de amparo interpuesto por los padres de un menor contra la resolución de la directora de un colegio público de Alicante y las resoluciones judiciales que la confirmaron. La resolución cuestionada dispuso excluir al alumno de la asistencia al centro educativo tras haber constatado la realización de ciertas conductas agresivas por parte del mismo, que pondrían en riesgo su propia integridad así como la de sus compañeros y profesores. Asimismo, dicha exclusión no contaba con un límite temporal preciso sino que quedaba supeditada al deber de los progenitores de brindar un diagnóstico médico del menor a las autoridades educativas, a fin de que estas determinen el tratamiento médico adecuado – mediante la Unidad de Salud Mental Infantil – para su reinserción progresiva al centro escolar.

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC o Tribunal en adelante) permite indagar en los límites que impone el ordenamiento a la limitación o restricción de los derechos fundamentales. El foco del presente análisis, por tanto, estará puesto en el esquema argumental utilizado tanto por la mayoría del Tribunal para desestimar el recurso de amparo como por el voto particular, que presenta sólidos argumentos para considerar vulnerados los derechos de los recurrentes.

Para ello, se revisitan conceptos claves como proporcionalidad, ponderación y habilitación legal suficiente, vinculándolos con la teoría de los límites de los derechos fundamentales y su aplicación al caso bajo análisis.

II. Los límites de los derechos fundamentales: el razonamiento del Tribunal.

El pronunciamiento bajo análisis desestimó un recurso de amparo interpuesto por los padres de un menor contra la resolución de la directora de un colegio público de Alicante y las resoluciones judiciales que la confirmaron. La resolución cuestionada dispuso excluir al alumno de la asistencia al centro educativo tras haber constatado la realización de ciertas conductas agresivas por parte del mismo, que pondrían en riesgo su propia integridad así como la de sus compañeros y profesores. Asimismo, dicha exclusión no contaba con un límite temporal preciso sino que quedaba supeditada al deber de los progenitores de brindar un diagnóstico médico del menor a las autoridades educativas, a fin de que estas determinen el tratamiento médico adecuado – mediante la Unidad de Salud Mental Infantil – para su reinserción progresiva al centro escolar.

Los recurrentes alegan la vulneración del derecho a la educación del menor (art. 27 CE), a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a la integridad física y moral (art. 15 CE). Todo ello, en función de las actuaciones del centro educativo frente a la conducta del menor, que se encuentran largamente detalladas en los antecedentes de la causa que describe el Tribunal en su pronunciamiento. El Tribunal desestima el recurso al considerar que las vulneraciones a los derechos fundamentales alegadas no se encontraban acreditadas.

Independientemente de la resolución desestimatoria del recurso, interesa detenerse en la argumentación que emplea el Tribunal, para analizarla a la luz de la teoría de los límites de los derechos fundamentales y la ponderación.

En primer lugar, cabe destacar que los aspectos más problemáticos del pronunciamiento

giran en torno al análisis de la vulneración del derecho a la educación del menor (por su exclusión del centro escolar) y de su integridad física y moral (por las técnicas de contención física que se le aplicaron para aplacar lo que el centro educativo consideraba como conductas peligrosas). Sin embargo, el Tribunal parece subestimar la afectación a la integridad física del menor y centra su atención, principalmente, en argumentar por qué el derecho a la educación del menor no fue vulnerado.

Sin decirlo en forma explícita, el Tribunal realiza un juicio de ponderación entre el derecho a la educación del menor y el derecho a la educación del resto de sus compañeros de clase. Así, el TC comienza afirmando que el derecho a la educación cuenta con una doble dimensión: el derecho a recibir educación en libertad y el deber prestacional de los poderes públicos de promover todas las condiciones necesarias para que esa libertad se haga efectiva. Y es precisamente esa faz prestacional la que, a juicio de los recurrentes, habría sido desatendida por el centro escolar al excluir al menor de la asistencia a clases.

Lo interesante en este punto es que el Tribunal introduce un elemento más que incardina su argumentación y que integra la evaluación de proporcionalidad de las medidas limitadoras del derecho a la educación del menor, *el interés superior del menor*. Este principio, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño ratificada por España², representa un *verdadero concepto jurídico indeterminado*, que puede adoptar un contenido u otro en función del caso concreto.

En efecto, tras unas consideraciones genéricas respecto al *interés superior del menor*, el Tribunal rápidamente subsume el caso bajo análisis en el de la restricción de derechos fundamentales de un alumno “con necesidades educativas especiales” y con “trastornos graves de conducta”, en los términos de la Ley Orgánica de Educación.³ Y acto seguido, en su Fundamento Jurídico 3 (en adelante, FJ) describe pormenorizadamente las razones por las cuales considera que no se ha lesionado el derecho a la educación del menor.

No es objeto del presente comentario detallar pormenorizadamente los argumentos que emplea el Tribunal, pero sí se hace necesario detenerse en el esquema de su argumentación. Como primera medida, el Tribunal se apoya (como es lógico) en los hechos acreditados por las constancias administrativas y judiciales previas, entre las cuales resultan determinantes una serie de informes de las autoridades escolares y el servicio de psicopedagogía escolar.⁴ Asimismo, en forma paralela, indica que el interés superior del menor en el caso concreto también presentaba un doble contenido: el de asegurar el respeto de su integridad física y psíquica y el de garantizar el progreso en su formación educativa.

El Tribunal describe entonces pormenorizadamente las acciones llevadas a cabo por el centro escolar para garantizar la escolaridad del menor y modificar sus problemas de conducta y llega a la conclusión de que el centro se vio imposibilitado de reconducir la situación con el menor en clase debido principalmente a dos factores: a) el desconoci-

2 Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1: “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.”

3 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; artículos 73 y 74.

4 En particular resulta relevante el informe del servicio psicopedagógico escolar A-1 de la Dirección Territorial de Alicante del 15 de febrero de 2017, que sirvió como fundamento de la resolución de la directora del Colegio Costa Blanca de Alicante del día 16 de febrero de 2017, por la que se excluyó al menor del centro educativo.

miento por parte del centro de la causa que motivaba los trastornos del menor, ya que los padres se negaron a brindar un diagnóstico médico; y b) el protocolo diseñado por el centro no dio los resultados esperados.⁵

Tras dicha conclusión, el Tribunal realiza un verdadero y pormenorizado juicio de proporcionalidad de las medidas adoptadas por el centro que identifica como siendo tres principales: I) exigir de los familiares un diagnóstico médico del menor; II) suspender al alumno de la asistencia al centro educativo, III) continuar brindando apoyo pedagógico a la familia para colaborar en la educación domiciliaria. Los argumentos que brinda el Tribunal pueden resultar más o menos convincentes pero, en líneas generales, puede decirse que son plausibles y que representan un juicio explícito de proporcionalidad bien construido.⁶ Así, el Tribunal concluye que las medidas adoptadas por el centro educativo respetaban íntegramente el *interés superior del menor en el caso concreto* y superaban “el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta un derecho fundamental sustantivo”.

Finalmente, el Tribunal desestima la vulneración de los otros derechos fundamentales alegada por el recurrente. De ellos quizás el más problemático resulta ser, como se dijo anteriormente, el derecho a la integridad física y moral. Ello así, puesto que si la medida de exclusión del centro educativo se encuentra justificada, no caben ya las alegaciones respecto a que representaba una medida discriminatoria o que los tribunales han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al desestimar sus recursos. Pero la alegada vulneración del artículo 15 de la Constitución aún es plausible en ese marco, ya que el recurrente apunta principalmente a las medidas de contención física que se aplicaron sobre el menor. Llamativamente, el Tribunal solo dedica un escueto párrafo al análisis de esta vulneración y la desestima sin más trámite.

Pero de ello me ocuparé al analizar posteriormente la necesaria habilitación legal para la restricción de los derechos fundamentales. Interesa seguidamente analizar sucintamente los razonamientos del voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, que pone el foco sobre un aspecto de la limitación de los derechos fundamentales que ha sido prácticamente ignorado por el voto de la mayoría. Esto es, la necesaria habilitación legal para limitar los derechos fundamentales.

III. El voto particular: la ausencia de habilitación legal suficiente.

Si bien el magistrado Xiol Ríos discrepa del juicio de proporcionalidad y de la aplicación del principio del interés superior del niño al caso concreto efectuado por la mayoría del Tribunal, centra su argumentación en la ausencia de habilitación legal de las medidas adoptadas por el centro educativo relativas a la suspensión de la asistencia del alumno a clases y la de someterlo a medidas de contención física.

Así, el magistrado afirma que las limitaciones de los derechos fundamentales en una sociedad democrática deben contar necesariamente con una previsión legal específica que determine con claridad los supuestos en que pueda efectuarse la limitación del de-

5 El protocolo consistía en una serie de medidas especiales como: reducir la duración de su jornada escolar, dedicar dos profesores que le atendieran de manera individual durante varias horas al día (un pedagogo y un logopeda), así como asegurar que cuando el menor estuviera con el resto de sus compañeros en el aula, hubiera siempre dos personas presentes.

6 Para mayor abundamiento se recomienda una lectura detenida del Fundamento Jurídico 3. Los argumentos más endebles parecieran ser aquellos relativos con la necesidad de que la familia brinde un diagnóstico médico y el hecho de supeditar la extensión o duración de la suspensión del menor a que la familia cumpla con dicha obligación impuesta por el centro educativo.

recho fundamental y las garantías sustantivas y procedimentales aplicables frente a tales decisiones (FJ 1). Y, siguiendo su razonamiento, la legislación estatal básica en materia educativa solo establece la posibilidad de suspensión del derecho a asistencia al centro educativo como una medida correctora frente a determinadas conductas de los alumnos calificadas como de *falta muy grave*.⁷

El problema radicaría, según el magistrado, en que no se han respetado las garantías sustantivas ni procedimentales para la adopción de la medida de exclusión del alumno del centro escolar, contenidas en el Decreto 39/2008 del Consell de Valencia, que desarrolla la previsión de la ley estatal básica.⁸ En particular, el Decreto solo prevé la medida de suspensión del derecho de asistencia al centro educativo en dos supuestos: a) como medida disciplinaria por la comisión de determinadas conductas gravemente perjudiciales para la convivencia del centro (art. 43.3 a) y b) como medida cautelar a adoptar en el contexto de un expediente disciplinario incoado por la comisión de esas conductas (art. 49.2 d).

Ya sea como medida disciplinaria ante conductas graves o como medida cautelar en el marco de un expediente disciplinario, el Decreto 39/2008 establece determinadas garantías a observar para la adopción de la medida de suspensión de un alumno. Garantías tanto sustantivas como son la limitación temporal de la suspensión y la necesidad de garantizar la continuidad del proceso formativo, así como procedimentales, que deberían haberse respetado y no lo han sido. (FJ 2).

Así, y considerando que la medida de suspensión no ha respetado ninguna de las garantías mencionadas en su adopción, el magistrado considera que sería una *actuación administrativa atípica sin habilitación legal*.

Por otro lado, y en relación a la medida de contención física aplicada, el voto particular hace hincapié en la escasa atención que el Tribunal Constitucional otorga a evaluar una posible vulneración del derecho a la integridad física del menor. Con cita de la STC 17/2013, recuerda que toda medida de contención física debe estar sometida a reserva de ley que prevea con suficiente calidad y detalle los supuestos y garantías sustantivas y procesales en su aplicación (FJ 3). Tras determinar que no existe previsión legal (ni estatal ni autonómica) que prevea la adopción de estas medidas en los centros educativos, el magistrado concluye afirmando la vulneración de la integridad física del menor.

De lo expuesto resulta, tal como se ha mencionado, que los puntos controvertidos que suscita esta sentencia se relacionan con las exigencias de habilitación legal y proporcionalidad en la limitación de los derechos fundamentales. En el siguiente apartado se analizará el pronunciamiento poniendo el foco en estos aspectos y en relación a la teoría y jurisprudencia imperante en la materia.

IV. Los límites de los límites: habilitación legal y proporcionalidad.

1. La habilitación legal necesaria.

Resulta innegable que toda limitación a los derechos debe estar justificada por una

⁷ El magistrado se refiere aquí al artículo 124.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

⁸ Se refiere al Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios.

previa habilitación constitucional y ser respaldada por una norma con rango de ley. La exigencia de una previsión legal ha sido construida por la propia doctrina del Tribunal Constitucional producto de una interpretación sistemática de diversos artículos de la Constitución Española, pero es también una exigencia que surge del propio Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁹

Aguiar de Luque (1995: 15-24) ha descrito muy tempranamente las variadas y amplias posibilidades que tiene el legislador en el ordenamiento constitucional español para intervenir normativamente en el campo de los derechos fundamentales. Así, el autor distingue entre el legislador orgánico que viene llamado al desarrollo de los derechos y libertades (art. 81 CE) y el ordinario que regula su ejercicio (art. 53 CE), como también entre aquel que se encuentra específicamente habilitado para limitar derechos específicos en virtud de una reserva legal (como el caso del establecimiento de penas privativas de libertad) y la competencia general de todo legislador de limitar los derechos mediante la regulación de su ejercicio, respetando siempre su *contenido esencial*.

Ahora bien, siguiendo en el razonamiento a Aguiar de Luque (1995: 31-33) lo cierto es que, muchas veces, las normas legales reguladoras de un derecho recurren a conceptos jurídicos indeterminados que otorgan al operador jurídico amplio margen de discrecionalidad. Y es allí, nos dice el autor, cuando hay que acudir a dos reglas generales de interpretación de los límites de los derechos: por un lado, recordar que la relación derechos fundamentales-límites se encuentra estructurada por la fuerza expansiva de los derechos, lo que supone una interpretación restrictiva de cualquier limitación que se les imponga. Por otro lado, que la necesidad de justificación constitucional de los límites cuando de su determinación legislativa se trata, se torna en necesidad de motivación de los actos aplicativos. Es decir que, si bien ciertas limitaciones pueden encontrar amparo constitucional y legal, los actos aplicativos de las mismas deben estar justificados y es allí donde tendrá gran valor un correcto juicio de proporcionalidad como se explicará seguidamente.

El problema, como bien indica Prieto Sanchis (1990: 87), es que la indeterminación del Derecho se extiende también a los derechos, ya que el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o sus modalidades específicas de ejercicio, no siempre se muestran con suficiente nitidez. Como es evidente, dicha indeterminación puede incluso extenderse a las leyes que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales, y allí radica precisamente el problema a la hora de determinar la existencia o inexistencia de un presupuesto legal habilitante de las restricciones a derechos fundamentales.

Un ejemplo interesante para ilustrar esta problemática nos los brinda Alonso Timón (2020: 5-8) al referirse a dos pronunciamientos contradictorios adoptados recientemente por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid y el TSJ de Castilla y León, respectivamente. Ambos tribunales debieron analizar si las decisiones adoptadas por órganos administrativos autonómicos, en ejecución de una Orden del Ministerio Sanidad para hacer frente a la pandemia del Covid-19, contaban con la suficiente base legal. Dichas actua-

⁹ El Convenio utiliza una fórmula habitual al regular el ejercicio de diversos derechos fundamentales al indicar que los mismos no pueden ser objeto de mayores restricciones que las que previstas por ley resulten "necesarias en una sociedad democrática para la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás." En sentido similar se expresa el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ciones administrativas disponían, entre otras cosas, medidas de confinamiento, motivo por el cual se hacía necesario evaluar si contaban con habilitación legal suficiente para la restricción de un derecho fundamental como la libertad de circulación.

El TSJ de Madrid determinó en su pronunciamiento que la medida autonómica carecía de habilitación legal suficiente ya que la Comunidad de Madrid había invocado como cobertura legal de su medida el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. La norma contenía referencias genéricas a la forma de declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) pero en modo alguno permitía identificar la *imprescindible habilitación legal limitativa de derechos fundamentales*.¹⁰

Por el contrario, el TSJ de Castilla y León declaró que las medidas restrictivas de la libertad de circulación sí contaban con habilitación legal suficiente, radicándose la misma en el artículo 3 de la Ley 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.¹¹ Si se observa detenidamente el articulado de dicha ley, puede concluirse que la habilitación es muy amplia y podría decirse hasta en cierto punto forzada por el TSJ de Castilla y León. Pero lo central aquí es graficar como incluso las habilitaciones legales que permiten a las autoridades administrativas limitar derechos fundamentales pueden ser laxas e imprecisas. Es, como se dijo, otro producto de la indeterminación del Derecho.

Ante estas dificultades entonces cabe preguntarse cómo se determina si estamos en presencia de una habilitación legal suficiente. Nuevamente, creo que aquí lo determinante es centrarse en el razonamiento que empleen los tribunales en cada caso concreto así como en la norma invocada como cobertura legal a las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Asimismo, considero necesario evaluar el requisito de habilitación legal suficiente junto al de proporcionalidad, como dos elementos que permiten alcanzar un resultado respecto a la *justificación y legitimidad* de la medida.

Si se evalúan las medidas adoptadas por el centro educativo en el caso bajo análisis a la luz de lo expuesto, se podría llegar a dos conclusiones diversas en cuanto a la presencia de habilitación legal suficiente.

Así, cabría considerar que la medida de suspensión del alumno del centro educativo (considerando todos los elementos de la causa) ha sido tomada con la necesaria base legal por el centro educativo. Y ello no solo porque la equiparación de “medidas correctoras” con “medidas disciplinarias” que realiza el recurrente resulta un tanto forzada, lo cual no impediría que se adopte la medida de suspensión en otros supuestos y siguiendo otros procedimientos que los dispuestos por el Decreto 39/2008, sino también por la riqueza y debida fundamentación del juicio de proporcionalidad que ha realizado el Tribunal Constitucional. Es decir, en el caso bajo análisis, el Tribunal Constitucional realiza un esfuerzo por demostrar la proporcionalidad de la medida y su necesidad, lo cual debería flexibilizar (no eliminar) el requisito de habilitación legal suficiente.

10 Ver Auto 128/2020, de la Sección 8.ª del TSJ de Madrid.

11 El artículo 3 de la Ley 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública dispone lo siguiente: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.”

Sin embargo, respecto a las medidas de contención física aplicadas si podría reforzarse el reproche de una falta de habilitación suficiente, sobre todo porque se trataba de medidas prolongadas en el tiempo que se utilizaban como parte de las medidas que adoptaba el centro para lidiar con el problema, y hubiesen requerido una mayor justificación. En el caso concreto, la falta de análisis del Tribunal de la proporcionalidad de la medida, la ausencia de la exposición de su razonamiento, torna aún más problemática la ausencia de una verdadera habilitación legal suficiente para la adopción de la medida.

Claro que este abordaje del problema es una mera conjetura que cabría desarrollar en trabajos posteriores, pero valga presentarla ahora como una mera hipótesis. En cualquier modo, los problemas de la indeterminación del Derecho se encuentran siempre presentes a la hora de evaluar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales.

En el siguiente punto analizaré el examen de proporcionalidad y juicio de ponderación que realiza el Tribunal Constitucional, repasando algunos conceptos claves de la doctrina sobre esta antigua pero no menos problemática materia.

2. La ponderación y el juicio de proporcionalidad.

El debate en torno a la justificación de la limitación de derechos fundamentales es uno de aquellos de larga data que siempre ocasiona problemas. Asumiendo que los derechos fundamentales no son absolutos puede afirmarse, tal como ha sostenido el Tribunal en su temprana STC 2/1982, que todo derecho fundamental tiene sus límites, que impone la Constitución en forma directa a veces y en otras, esa limitación se deriva en forma mediata o indirecta de la Constitución. Ello así, en tanto las limitaciones de los derechos fundamentales encuentran su justificación en la protección de otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos.

Toda ley limitadora de derechos fundamentales o cualquier medida que se adopte en base a dicha legislación debe, por tanto, justificar esa lesión que produce en algún derecho o bien constitucional. Y ello se realiza mediante un juicio de razonabilidad o *proporcionalidad*, que supone una *ponderación* entre dos principios en conflicto, aquel que resulta afectado por la medida limitadora y el otro que sirve de justificación a la misma. Ahora bien, como el peso o importancia de los principios no puede ser establecido en abstracto, la ponderación deberá efectuarse mediante un juicio de proporcionalidad que permita determinar *en cada caso concreto* si la medida se encuentra justificada o no.

Como bien indica Prieto Sanchís (1990: 82-85) la ponderación es una operación racional cuyo resultado no viene impuesto por los preceptos constitucionales. Es decir, una operación racional sin "red normativa", que se realiza a partir de valoraciones sobre las que no necesariamente existe un acuerdo intersubjetivo. Así, evidentemente, el resultado de la ponderación dependerá de la importancia que el individuo que pondera concede a los respectivos bienes en conflicto así como a su propia cuantificación o ponderación de los costos y beneficios en cada caso concreto.

Para entender la complejidad de la ponderación cabe acudir a las enseñanzas del maestro Atienza (2010: 43-59) quien nos recuerda que la teoría más acreditada y difundida de la ponderación es aquella elaborada por Robert Alexy. Con las críticas que le quepan y con alguna que otra variación que se la ha introducido, el esquema de ponderación de

Alexy es el que han utilizado la mayoría de altos tribunales latinoamericanos y es la que se vislumbra en el razonamiento del propio Tribunal Constitucional español.¹²

Sin ánimo de teorizar sobre ponderación y proporcionalidad y con las limitaciones de extensión propias de esta obra, considero necesario revisar esquemáticamente la estructura de razonamiento que propone Alexy a la hora de efectuar la ponderación.¹³ Alexy parte de considerar a los derechos como principios y a dichos principios como mandatos de optimización. Partiendo de esa concepción, Alexy entiende que cuando existe un conflicto entre principios el mismo debe resolverse mediante un *test de proporcionalidad* que se compone de tres subniveles o subprincipios: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*.

La *idoneidad o juicio de adecuación* supone evaluar si la restricción o limitación que sufre el derecho resulta adecuada para satisfacer el fin perseguido por la medida limitadora mientras que la *necesidad o juicio de indispensabilidad* supone comprobar que la medida efectivamente adoptada ha sido la menos lesiva para los derechos afectados de todas aquellas idóneas para la consecución del fin.¹⁴

Es decir que, bajo este esquema, la ponderación o juicio de proporcionalidad en sentido estricto sería la última etapa o nivel de un más amplio *test de proporcionalidad*. Siguiendo a Alexy, existen tres elementos que estructuran la ponderación: a) la ley de ponderación; b) fórmula del peso; c) carga de la argumentación.

La ley de ponderación se resume en una regla que nos dice que “cuanto mayor es el sacrificio o afectación de un derecho, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro” (entendiendo por otro el no sacrificado o lesionado). La fórmula del peso consiste en una fórmula matemática que tiene en cuenta determinadas variables para llegar básicamente a una determinación: el grado de afectación y satisfacción de los principios o derechos involucrados¹⁵. Así, Alexy habla de una afectación o satisfacción leve, media o intensa de los principios involucrados. En función de ello se establecerá el peso o valor que tenga cada principio en el caso concreto y de ese modo se determinará si la medida restrictiva se encuentra justificada o no. Finalmente, la carga de argumentación hace referencia justamente a la calidad de los argumentos y el razonamiento empleado para justificar toda limitación de derechos.

Claro que, previo a todo ello, se debe determinar si existe una contradicción entre principios o derechos en un caso concreto y, en segundo lugar, determinar cuáles son los derechos involucrados. Ello le ha valido a la ponderación críticas por su falta de racionalidad y su excesiva discrecionalidad, y reconocidos juristas como García Amado (2006: 120-163) han afirmado que la ponderación es una cuestión ideológica ya que se trata de una valoración, y no pueden existir criterios objetivos de valoración.

12 Cabe destacar que el Tribunal Constitucional español no cita nunca doctrina. Sin embargo, el modelo teórico de Alexy se ajusta bastante bien al esquema de razonamiento del Tribunal. Dicho esto cabe aclarar que, como toda teoría, no se condice en modo perfecto con la práctica.

13 La explicación sobre el esquema de ponderación de Alexy es tomada enteramente de Atienza (2010: 43-59) a quien aconsejo remitirse para un análisis más exhaustivo de su teoría.

14 Para un análisis de la recepción temprana del juicio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional véase Perello Domenech (1997: 69-75).

15 Las variables a tener en cuenta según Alexy son: a) grado de afectación de los principios, b) peso abstracto de los principios, c) seguridad de las apreciaciones empíricas (la certeza en los hechos). No es objeto del presente desarrollar estos conceptos no solo por extensión, sino porque, además, en la práctica, ningún tribunal razona así y no sería conveniente tampoco que una teoría del tipo vaya más allá del ser una mera guía en la toma de decisiones.

Este conflicto nos sitúa en el viejo problema del *decisionismo judicial*. Al respecto mucho se ha dicho y se han propuesto diversas soluciones. Así, se ha sugerido que el fundamento del juicio de proporcionalidad radica en la propia juridicidad de los derechos fundamentales y en el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales que exige el artículo 53.1 CE. De este modo, toda injerencia en los derechos fundamentales que afecte su contenido esencial resultaría desproporcionada (Chano Regaña, 2020:147). Por otro lado, también se ha exigido que los jueces expliquen con nitidez como aplican el esquema de ponderación de Alexy en sus resoluciones o, al menos, que expliquen claramente cuál es la doctrina, método o criterio racional que emplean para justificar sus decisiones. (Belloso Martín, 2016:511).

Considero que estos criterios son poco útiles y solo aquí los menciono como ejemplos de lo complejo que es el debate en torno a la ponderación. En primer lugar, porque decir que las medidas serán desproporcionadas cuando se afecte el *contenido esencial* de los derechos suena razonable, pero poco soluciona en cuanto al problema del decisionismo judicial. En efecto, el contenido esencial de los derechos es otro concepto jurídico indeterminado cuyos contornos también son *moldeables* al caso concreto.

Por otro lado, tampoco creo que sea una solución correcta imponer un esquema de razonamiento concreto a las decisiones judiciales de ponderación (como el de Alexy) o exigir que nuestros jueces racionalicen al extremo sus decisiones a modo de fórmulas matemáticas. Por el contrario, creo que ello solo acarrearía mayores problemas ya que las decisiones se volverían menos inteligibles y bajo la apariencia del más pulcro objetivismo se daría rienda suelta al más amplio decisionismo.

Más bien la solución pasa por exigir decisiones fundadas donde se vislumbre el ejercicio de una verdadera *ponderación*. Es decir, donde se sopesen costos y beneficios de la restricción o limitación de unos derechos en detrimento de otros sin importar tanto la fórmula o metodología aplicada. Lo central, a mi juicio, es que el razonamiento empleado por los tribunales sea claro y argumentado, con un lenguaje accesible.

Un aporte interesante en esa línea lo hace Borowski (2021: 305-306) quien sugiere que para aquellos casos difíciles en que existen fuertes desacuerdos en torno a cuál debiera ser el resultado de la ponderación, la misma debería ser sometida a procesos deliberativos en varios niveles si se desea ofrecer justificaciones más detalladas (audiencias públicas, academia, autoridades administrativas, etc.), por supuesto recayendo la decisión final siempre en los tribunales. Y, finalmente, conferir un mayor margen de discrecionalidad o "tolerancia" frente a las medidas restrictivas de derechos que adopten las autoridades administrativas en aquellos supuestos que supongan o planteen estos "casos difíciles".

Finalmente, y para volver sobre el caso bajo análisis, podría concluirse que el Tribunal Constitucional efectúa un adecuado juicio de proporcionalidad en relación a la medida de suspensión del alumno del centro educativo. Ello así, en tanto ha valorado los diversos antecedentes de la causa y ha justificado la necesidad de la medida en el caso concreto. Esto, a su vez, permite aceptar con mayor deferencia o flexibilidad la base o habilitación legal invocada por la autoridad limitadora de los derechos.

No podría sostenerse lo mismo, sin embargo, con respecto a la consideración que realiza

en torno a la vulneración de la integridad física y moral del menor. Es que en su pronunciamiento no puede vislumbrarse su razonamiento, el sopesamiento de costos y beneficios (que seguramente el Tribunal ha efectuado) no se deja ver en la sentencia. Y ello, por lo que ya fue expuesto, resulta desaconsejable en tanto no hace más que aumentar las críticas dirigidas al decisionismo judicial y la ineficacia de la ponderación como método para evaluar la justificación de toda limitación a los derechos fundamentales.

V. Conclusiones

La Sentencia 81/2021 del Tribunal Constitucional resulta un gran disparador para analizar las bondades y defectos de la ponderación como mecanismo para evaluar la justificación o corrección de las medidas limitadoras de derechos fundamentales.

Si bien la exclusión de un menor de edad del centro educativo a la temprana edad de cuatro años representa una gran limitación de su derecho a la educación protegido constitucionalmente, dicha restricción pareciera estar justificada en el contexto bajo análisis, teniendo en cuenta tanto los antecedentes de la conducta del menor así como el accionar del propio centro educativo.

Por el contrario, y en línea con el voto particular, las medidas de contención físicas aplicadas sobre el menor parecieran resultar desproporcionadas con el fin de garantizar el derecho a la educación del resto de los alumnos y la integridad personal de toda la comunidad educativa.

Sin perjuicio de la resolución de fondo del recurso que ha resultado desestimatoria, el análisis del pronunciamiento permite poner el foco sobre el esquema argumental que emplea el Tribunal para resolver un caso que a todas luces puede catalogarse como *caso difícil*. Ello así en tanto cualquiera de las soluciones posibles (excluir al menor del centro escolar o permitir que continuara asistiendo a clases con sus compañeros) implicaría, en el caso concreto, una fuerte restricción a los derechos fundamentales ya sea del menor o del resto de la comunidad educativa.

Este tipo de casos permite reflexionar sobre la importancia de contar con decisiones judiciales fundadas donde, sin necesidad de acudir a fórmulas matemáticas aparentemente mágicas, se pueda ver el *iter* del razonamiento judicial, el proceso interno por el cual se arriba a la decisión. Cuanto más se expliciten las valoraciones de los operadores jurídicos, cuanto más transparentes sean sus decisiones, mayores herramientas existirán para evaluar si las medidas restrictivas de derechos fundamentales han sido evaluadas de una forma coherente, lógica y razonada.

El caso bajo análisis conduce al problema de la legitimidad de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, pero acarrea también el debate sobre la legitimidad de la propia institución judicial y sus decisiones. Para abordar este asunto complejo debería comenzarse por evitar pensar a los operadores jurídicos como autómatas que pueden someterse a procedimientos objetivos preestablecidos, sin incorporarse en ellos con una mochila de preconceptos, valores e inclinaciones ideológicas. Se trata, en suma, de procurar decisiones razonadas y razonables que legitimen las medidas restrictivas de derechos frente a quienes, producto del carácter relativo de los derechos, se verán indefectiblemente afectados.

Referencias bibliográficas

- Aguiar de Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 9-34.
- Alonso Timón, Antonio J. (2020). La revisión judicial de las medidas limitativas en el marco de la Covid-19. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 1-11. Disponible en <https://doi.org/10.14422/icade.i110.y2020.002>
- Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 44, 43-59.
- Belloso Martín, N. (2016). La interpretación de los derechos fundamentales: algunas reflexiones sobre la teoría de la ponderación y el principio de proporcionalidad en la obra de R. Alexy. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2 (17), 487-514.
- Borowski, M. (2021). Derechos absolutos y proporcionalidad. *Universidad del Externado. Revista Derecho del Estado*, 48, 297-339.
- Chano Regaña, L. (2020). La limitación proporcionada de los derechos fundamentales: problemas constitucionales y aportes a la proporcionalidad. *Universidad de Extremadura. Anuario de la Facultad de Derecho*, 36, 125-163.
- García Amado, J. A. (2006). El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia. En R. Sanín Restrepo (Ed.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado* (pp. 120-163). Bogotá: Legis.
- Perello Domenech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la democracia*, 28, 69-75.
- Prieto Sanchís, L. (1990). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Pensamiento Constitucional*, 8 (8), 61-102.

El derecho de las personas con discapacidad a acceder a la incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada

The right of people with disabilities to access permanent disability from a situation of early retirement

Florencia Finkelstein¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)10](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)10)

Comentario a

STC 172/2021, de 7 de octubre
Tribunal Constitucional de España

Disponible en

<https://bit.ly/3fodNRs>

RESUMEN:

La Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2021 bajo análisis corrige la discriminación de las personas con discapacidad en orden a la imposibilidad de acceder al reconocimiento del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad, frente a los otros supuestos de jubilación anticipada que no están excluidos del acceso. El pronunciamiento propone un cambio de paradigma y revierte un criterio de interpretación jurídica que perpetuaba la vulneración de los derechos del colectivo de personas con discapacidad.

ABSTRACT

The ruling 172/2021 of the Spanish Constitutional Court, hereby analysed, corrects the discrimination against people with disabilities in terms of the impossibility of accessing the recognition of the right to permanent disability benefits from the situation of early retirement due to disability, compared to other cases of early retirement that are not excluded from access. The statement advances a paradigm shift and reverses a criterion of legal interpretation that perpetuated the violation of the rights of people with disabilities.

¹ Abogada (UBA); Magíster en Gobernanza y Derechos Humanos (UAM); Becaria de Investigación en el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional de España. Mail: florenfinkelstein@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5325-8510>

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; discriminación; incapacidad permanente; jubilación anticipada; labor hermenéutica.

KEY WORDS: Disability; discrimination; permanent disability; early retirement; hermeneutical work

I. Introducción

La Sentencia 172/2021, de 7 de octubre de 2021, dictada por el Tribunal Constitucional español, estima un recurso de amparo interpuesto contra resoluciones de las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que desestimaron, en casación y suplicación, una demanda de reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común. Todo ello en virtud de los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social.

La recurrente en amparo, nacida el 4 de septiembre de 1954 y de profesión vendedora de la Organización Nacional de Ciegos Españoles, accedió el 31 de agosto de 2013 a la situación de jubilación anticipada por discapacidad en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre². En julio de 2016 solicitó ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social el reconocimiento de la incapacidad permanente por contingencia común, como consecuencia de una deficiencia visual severa. Su pretensión fue desestimada en vía administrativa puesto que su patología era previa a su alta en la Seguridad Social y sus dolencias no se habían visto agravadas por unas nuevas lesiones que le impidiesen desarrollar el trabajo que venía desempeñando hasta su jubilación.

La actora presentó demanda contra esta resolución, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián, que estimó sustancialmente la demanda y declaró a la demandante en situación de incapacidad permanente. La entidad de la seguridad social interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia, que fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia del País Vasco y confirmado por el Tribunal Supremo. Los órganos judiciales descartaron la petición de reconocimiento de la actora por considerar que, al momento de la solicitud, la demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada y, por consiguiente, no procedía reconocer la incapacidad permanente. El Tribunal Constitucional, en la sentencia bajo análisis, rechazó esta postura, declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas y dejó firme la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián.

El análisis del pronunciamiento del Tribunal Constitucional se centra, por tanto, en una cuestión estrictamente jurídica: determinar si la interpretación de la Ley General de la Seguridad Social realizada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, validada por el Tribunal Supremo, supuso o no una vulneración del derecho a no sufrir una discriminación por razón de discapacidad.

II. El principio de igualdad y de no discriminación

La comprensión del alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "STC") 172/2021 requiere efectuar unas consideraciones previas en relación al derecho en juego en este pronunciamiento. El art. 14 de la Constitución Española contiene, en su primera parte, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de moti-

² Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

vos de discriminación concretos: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia”. De esta forma, el precepto constitucional viene a configurar dos derechos fundamentales, por un lado, el principio de igualdad en y ante la ley y, por el otro, el derecho a no padecer discriminación. Es dable destacar que la prohibición de discriminación en el texto constitucional español no tiene una acogida independiente o autónoma ni ha sido receptada en un precepto propio y diferenciado, circunstancia que ha dado lugar a numerosas confusiones con el juego del principio de la igualdad, siendo considerada, a veces, como una variante del mismo (Fernández López, 2018: 1).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada sobre la diferencia entre los principios recogidos en el art. 14 CE, indicando que la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley se configura como un derecho subjetivo de la ciudadanía a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo. Asimismo exige que “los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4).

Ahora bien, la virtualidad del precepto constitucional analizado no se agota en la proclamación del derecho a la igualdad. Seguidamente, la Constitución enuncia la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a ciertos criterios no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones desventajosas así como contrarias a la dignidad de las personas que reconoce el art. 10.1 CE³ (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5).

El Tribunal Constitucional ha definido, de este modo, el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable; ha afirmado el carácter vinculante de este principio tanto para el legislador –igualdad en la ley–, como para los órganos aplicadores del Derecho –igualdad en la aplicación de la ley– y los particulares –igualdad horizontal (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4)–.

Asimismo, el órgano constitucional ha establecido los criterios o elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra discriminatoria y, por tanto, constitucionalmente inadmisibles: desigualdad de los supuestos de hecho; finalidad constitucionalmente legítima; congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y proporcionalidad entre los elementos anteriores (STC 91/2019, de 3 de julio, de FJ 4). Así, la prohibición de discriminación implica un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación consagrada *ex constitutione*, que impone la parificación en la medida en que solo pueden ser empleadas por el legislador como criterio de diferenciación jurídica. Por lo tanto, la segunda parte del art. 14 CE exige un juicio de legitimidad constitucional más estricto.

3 El art. 10.1 CE establece, en lo pertinente: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

2. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad

Es doctrina constitucional consolidada que la discapacidad constituye una circunstancia personal que el art. 14 CE protege contra cualquier forma de discriminación. En este sentido, las medidas que se instrumentan para garantizar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluidas las medidas de acción positiva, están necesariamente vinculadas con art. 9.2 CE y el art. 49 CE⁴ (entre otras, las SSTC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, y 18/2017, de 2 de febrero, FJ 3).

El régimen jurídico que protege los derechos de las personas con discapacidad incluye, en función del art. 10.2 CE⁵, los distintos instrumentos internacionales ratificados por España relativos a la materia que nos ocupa. Por ello, en la sentencia bajo análisis, el Tribunal otorga especial relevancia exegética a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada el 23 de noviembre de 2007 y cuya entrada en vigor en España se produjo el 3 de mayo de 2008.

Este modelo de protección produjo un cambio del paradigma respecto del enfoque existente en materia de discapacidad, pasando de un sistema asistencialista a otro social de derechos humanos, trasladando así el foco de la discapacidad desde la persona a las barreras sociales que impiden la inclusión de esta en la sociedad. Este modo de concebir la discapacidad conlleva la necesidad de que los poderes públicos asuman la responsabilidad en la modificación o eliminación de aquellas barreras que limitan a las personas en situación de discapacidad. Se codifica así la obligatoriedad de adaptación de las normas existentes por parte de los Estados partes en conformidad a los criterios establecidos en el nuevo enfoque. En efecto, se trata de una exigencia tendiente a materializar la igualdad desde una concepción de justicia social distributiva, con un carácter fundamentalmente reivindicatorio (Finsterbusch Romero, 2016: 228-229).

En el ámbito doméstico, este modelo de protección jurídica tuvo reflejo en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. La Convención fue el referente principal en la tarea de refundición del texto, armonización que tuvo como fin último consagrar el enfoque de derechos de las personas con discapacidad. De este modo, la normativa local también considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y dispone la obligación de los poderes públicos de garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo.⁶

Por su parte, en el marco europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el principio de no discriminación consagrado en el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos también protege a las personas con discapacidad, dentro de la cláusula final del precepto, incluyéndolas dentro de los grupos que considera como

4 Art. 9.2 CE: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."

Art. 49 CE: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos."

5 Art. 10.2 CE: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

6 Preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

particularmente vulnerables (entre otras, SSTEDH asunto Glor c. Suiza, de 30 de abril de 2009; asunto Guberina c. Croacia, de 22 de marzo de 2016, y asunto A.-M.V. c. Finlandia, de 23 de marzo de 2017)⁷. En relación con el Derecho comunitario, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales incluye la discapacidad como uno de los factores expresos de protección contra discriminaciones, mientras que el art. 26 reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas para su integración (STC 3/2018, de 22 de enero, FJ5).

En definitiva, sin perjuicio de que la discapacidad no aparece recogida como una de las circunstancias personales explícitamente enunciadas en el art. 14 CE, en función de la no taxatividad del precepto constitucional y del mandato contenido en el art. 10.2 CE, cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos de las personas, deviene absolutamente prohibida.

III. Algunas notas preliminares sobre la jubilación anticipada en caso de discapacidad y el reconocimiento de la incapacidad permanente

El enjuiciamiento del supuesto de hecho de la STC 172/2021, objeto de comentario, se circunscribe al derecho de obtener el reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada en caso de discapacidad.

Conviene tener presente que el régimen de la Ley General de Seguridad Social⁸ establece diversas modalidades de jubilación que tienen elementos comunes, y dentro de ellas, submodalidades en función de los elementos específicos de las personas que la solicitan, como es el presente caso analizado (Romero Rodenas, 2021: 162). De esta forma, se estipulan requisitos específicos de acceso a la jubilación en virtud de las diversas circunstancias, ya personales o profesionales.

Respecto del reconocimiento del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, el ordenamiento jurídico en cuestión excluye su acceso a quien tenga la edad prevista en el art. 205.1a) TRLGSS —sesenta y siete años, o sesenta y cinco cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización— y se reúnan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación (art. 195.1 LGSS).

En lo que aquí interesa, la recurrente en amparo se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad por aplicación de lo dispuesto en el art. 206.2 LGSS. Es decir, la demandante no accedió a la situación de jubilación con la edad ordinaria fijada por el art. 205.1a) TRLGSS sino que lo hizo con cincuenta y ocho años, en función de la reducción de la edad de jubilación prevista para el caso de personas con discapacidad igual o superior al 65 por 100.

⁷ El art. 14 CEDH establece, en lo pertinente: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación."

⁸ En la STC 172/2021 se hace referencia al art. 206.2 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social. Sin embargo, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, introduce un nuevo art. 206 bis donde se regula la jubilación anticipada en caso de discapacidad. La introducción no supone una modificación sustantiva respecto a la regulación de la contingencia de jubilación para el caso particular de las personas con discapacidad.

La interpretación conjunta de estos preceptos legales constituye la piedra fundamental para la resolución del conflicto, en tanto la lectura de ellos realizada por las partes es absolutamente contraria.

IV. La sentencia 172/2021: un pronunciamiento respetuoso del modelo social de derechos humanos

La sentencia 172/2021 estima el recurso de amparo promovido por una persona con discapacidad reconocida de más del 65 por 100 como consecuencia de una deficiencia visual severa por vulneración al derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de su discapacidad. Por consiguiente, la resolución restablece a la demandante en su derecho y declara la nulidad de las sentencias dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Si bien la sentencia del Tribunal Supremo desestima por mayoría el recurso de casación planteado por la actora, merece la pena destacar el voto particular cuyo contenido constituye la base del recurso de amparo que da origen a la resolución objeto de comentario. Son dos las magistradas que discrepan con la postura mayoritaria en función de los precedentes jurisprudenciales de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de declarar la invalidez en situación de jubilación⁹ –al amparo de los arts. 195, 205 y disposición transitoria séptima del TRLGSS, siempre que la persona interesada no haya cumplido la edad para causar la pensión de jubilación ordinaria–. El voto particular afirma que, sin perjuicio de que las sentencias indicadas contemplan supuestos en los que la jubilación anticipada se produce en situación de pérdida de empleo, las resoluciones no restringen la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente desde este específico supuesto de jubilación anticipada. Concluye el voto discrepante que no habiendo cumplido aún la edad de jubilación establecida en el art. 205.1a) LGSS, la actora tiene derecho a acceder a la declaración de incapacidad permanente desde su situación de jubilación anticipada.

Por su parte, las resoluciones impugnadas afirman que en estos concretos casos de acceso a la jubilación anticipada y por la exclusiva vía del art. 206 LGSS y en relación al anticipo de la edad de jubilación por razón de discapacidad, lo razonable es fijar como tope para pedir la incapacidad permanente esa edad ordinaria, pero reducida también en aquellos percentiles que se consideraron para acceder a la jubilación por razón de discapacidad. Por lo tanto, la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad supone un nuevo límite de edad que, en tales supuestos, se convierte en la edad ordinaria de jubilación. En síntesis, las salas de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y del Tribunal Supremo afirman que, aunque la edad ordinaria exigida se hubiese reducido, en los casos de jubilación anticipada por discapacidad, esa edad no deja de ser una edad ordinaria para el colectivo al que se le aplica.

La demanda de recurso de amparo alega, cómo núcleo central de su pretensión, que este criterio interpretativo sostenido por los órganos judiciales según el cual los supuestos de jubilación anticipada por discapacidad quedan excluidos del acceso a la prestación por incapacidad permanente, frente a los otros supuestos de jubilación anticipada que sí podrían acogerse a la prestación en cuestión, vulneró el derecho a no sufrir discriminación. Frente a estos argumentos, y a efectos de analizar si la interpretación realizada por las re-

⁹ STS 2608/2006, de 22 de marzo de 2006, N° de rec. 5069/2004; STS 5146/2007, de 13 de junio de 2007, N° de rec. 2282/2006 y STS 641/2015, de 21 de enero de 2015, N° de rec. 491/2014.

soluciones impugnadas genera, per se, una lesión del derecho contenido en la segunda parte del art. 14 CE, el Tribunal Constitucional realiza un análisis de la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo reseñada anteriormente. Sostiene así que la propia heterogeneidad de los asuntos abordados en las sentencias señaladas permite constatar que la doctrina allí expuesta no hacía referencia a un supuesto concreto y que, por lo tanto, se establecía con vocación de generalidad, aplicándose el principio de que “donde la ley no distingue, no se debe distinguir”. Todo ello en virtud de la utilización de un criterio interpretativo basado en la estricta literalidad de la norma, sin atender a factores como el fundamento o la finalidad de prestaciones como la jubilación, ni a las causas o presupuestos de la jubilación anticipada.

Es dable destacar que el ámbito donde opera la prohibición de discriminación se destaca por una apreciable generalidad en tanto el trato desfavorable puede surgir de una norma pero también de la interpretación de la normativa, como sucede en el caso que nos ocupa (STC 3/2018, de 22 de enero, FJ 4). De esta forma, la sentencia recuerda que para el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente, el legislador no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad, de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada ni distingue entre las causas o presupuestos de este tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente. En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluye que la interpretación realizada por los órganos judiciales genera una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad.

Más aún, como bien señala el Tribunal, las resoluciones impugnadas inciden en que el régimen de jubilación anticipada por discapacidad resulta más beneficioso desde el punto de vista económico pero este tipo de factores no responden a los principios que han de presidir la labor hermenéutica de la legislación vigente. Por el contrario, el fundamento de la normativa relativa a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, sea nacional como internacional, es garantizar la igualdad real y efectiva del colectivo en todos los órdenes de la vida, de forma compatible con su situación, además de luchar contra cualquier forma de discriminación. En concreto, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad estipula un sistema innovador de solución de problemas prácticos, ante la existencia de vulneraciones a los derechos de las personas con discapacidad en razón de dicha condición personal: la adopción de medidas de acción positiva y de ajustes razonables. Se trata de modificaciones a situaciones concretas cuando una norma o política, sin ser en su origen discriminatoria, aplicada a una situación específica en el cual la personas destinataria de la misma está en situación de discapacidad, deviene injusta y contraria al principio de igualdad material (Finsterbusch Romero, 2016: 227).

La regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206.2 TRLGSS responde al instrumento de las medidas de acción positiva. No obstante, el Tribunal parece considerar que la interpretación realizada por las sentencias impugnadas produce la paradoja de que el ajuste establecido para el acceso a una determinada situación se convierte, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encuentran en esa situación. De esta forma, la medida –la regulación contenida en el art. 206.2 TRLGSS– dejaría de ser adecuada para la finalidad pretendida: no se estaría logrando una igualdad real y efectiva entre quienes parten de

una situación diferente sino que se estaría generando una diferenciación entre quienes ya fueron igualados por la norma.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional determina la existencia de una lesión del derecho a no sufrir discriminación por razón de discapacidad de la recurrente. Mediante este pronunciamiento realiza una interpretación de los requisitos exigidos para tener reconocida la incapacidad permanente acorde a la evolución doctrinaria y jurisprudencial, y que resulta respetuosa de los instrumentos locales e internacionales relativos a la protección de las personas con discapacidad.

IV. Conclusiones

La Sentencia 172/2021, de 7 de octubre de 2021, confirma la doctrina sobre la posibilidad de declarar la invalidez en situación de jubilación. Sienta entonces un criterio que reprocha la diferencia de trato no prevista normativamente y carente de justificación objetiva y razonable derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a la situación de jubilación anticipada a causa de la situación de discapacidad.

Este pronunciamiento viene a corregir una línea jurisprudencial restrictiva y lesiva de los derechos fundamentales de un colectivo históricamente excluido. Criterios como el género, la sexualidad, la raza, el origen nacional, la discapacidad, entre otros, son elementos diferenciales entre las personas que marcan el desigual acceso a recursos, opciones, derechos y libertades.

La idea de justicia social se orienta hacia la creación de las condiciones necesarias para que se desarrolle una sociedad de forma igualitaria, comprendiendo el conjunto de decisiones, normas y principios considerados razonables para garantizar condiciones de vida dignas para toda la población (Hernández Fernández, 2021: 423). Es decir, requiere de la concepción de un Estado activo, dirigido a remover los obstáculos que impidan o dificulten la plena participación de toda la ciudadanía (art. 9.2 CE) y, en particular, la realización de políticas públicas de integración para aquellos colectivos históricamente excluidos, como las personas con discapacidad (art. 49 CE).

La igualdad, entendida como una exigencia de la racionalidad ética, deriva de la universalización de la dignidad última de cada persona y la defensa de las libertades solo tiene sentido cuando se corrigen materialmente las desigualdades y obstáculos que impiden que cada persona disfrute y ejerza sus derechos (Villavicencia Miranda, 2018: 49). La consagración del principio en estos términos se corresponde con la definición teórica del Estado como social y democrático de Derecho, aportando un contenido sustantivo que permite superar la perspectiva formal en aras de su realidad y efectividad.

Ahora bien, la creación de un marco normativo protector de los derechos de las personas con discapacidad no asegura, por sí misma, la accesibilidad a una igualdad formal. Por el contrario, deviene insoslayable que este conjunto de disposiciones sea objeto de una exégesis favorable a la protección de las situaciones de necesidad amparadas por el sistema público y garantizadas por la norma fundamental, en cuanto inherentes al estado social y de derecho.

El Tribunal Constitucional puso en evidencia las fallas estructurales vinculadas con una labor hermenéutica realizada por las Salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tri-

bunal Superior de Justicia del País Vasco, restrictiva de los derechos de las personas con discapacidad en su experiencia concreta y a la luz de las exigencias de los estándares internacionales en la materia. Más aún, pareciera que la STC 172/2021, involuntariamente, se configuró como una oportunidad para llevar a cabo un cambio de paradigma, una propuesta para modificar las estructuras institucionales que perpetuaban la vulneración de los derechos del colectivo en cuestión. En efecto, el Tribunal consolida su doctrina y deja vía libre para acceder al reconocimiento de la incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad. Cabe destacar que el criterio doctrinal analizado en el presente comentario fue ratificado por las SSTC 191/2021 y 192/2021, de 17 de diciembre; 5/2021, de 24 de enero, y 52/2022, de 4 de abril.

Referencias bibliográficas

- Fernández López, M. F. (2018). Artículo 14 CE: igualdad ante la Ley y prohibición de la discriminación. *Diario de La Ley*, 1-15.
- Finsterbusch Romero, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 227-252.
- Hernández Fernández, A. M. (2021). La justicia social y la discapacidad en el siglo XX. *Revista Inclusiones*, 415-428.
- Romero Rodenas, M. J. (2021). Igualdad en el ámbito de las prestaciones de la seguridad social y prohibición de discriminación por razón de discapacidad. A propósito de la STC 172/2021, de 7 de octubre. *Revista de derecho social*, 151-165.
- Villavicencia Miranda, L. (2018). Justicia social y el principio de igualdad. *HYBRIS. Revista de Filosofía*, 43-74.

Proporcionalidad y su presencia en medidas anti-Covid: exigencia de certificado digital o prueba negativa

Proportionality and its presence in anti-Covid measures: requirement of digital certificate or negative test

Carmen María Chico Alcázar¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)11](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)11)

Comentario a

Sentencia del Tribunal Supremo 3260/2021 (Recurso de Casación 5899/2021)
Tribunal Supremo de España (Sala de lo Contencioso administrativo)

Disponible en

<https://bit.ly/3UHkqOQ>

RESUMEN:

La sentencia a analizar trata el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía tras la no ratificación por el TSJ andaluz de la medida sanitaria que exige la presentación de certificado digital o prueba negativa para el acceso a establecimientos de ocio nocturno. Para resolver el recurso, el Tribunal Supremo acude al llamado triple juicio de proporcionalidad para comprobar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, según las circunstancias concretas. De acuerdo con este examen y con el precedente asentado por numerosas sentencias del mismo Tribunal, el Supremo resolvería en el mismo sentido que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: confirma la no ratificación de la medida dada la insuficiencia de la justificación y datos aportados por la letrada de la Junta de Andalucía.

ABSTRACT

The judgement to analyze addresses the appeal in cassation brought by the government of Andalucía after the non-ratification by the High Court of Justice of Andalucía of a sanitary measure requiring the provision of either digital certificate or negative test for having access to nightlife venues. In order to solve the appeal, the Supreme Court resorts to the so-called triple proportionality test to verify whether the measure is suitable, necessary and proportionated, in accordance with the specific circumstances. After having made such

¹ Estudiante del Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas (UC3M). Mail: cmchicoalcazar@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2212-6408>

analysis and considering the jurisdictional precedent established by several judgements of the same Court, the Supreme would solve the appeal in the same sense as the High Court of Justice of Andalucía: it confirms the non-ratification of the measure given the insufficient justification and data provided by the counsel of the government of Andalucía.

PALABRAS CLAVE: Covid-19, proporcionalidad, medidas sanitarias, certificado digital, recurso de casación.

KEY WORDS: Covid-19, proportionality, sanitary measures, digital certificates, cassation appeal.

I. Introducción

Tratamos una Sentencia emitida por el Tribunal Supremo en respuesta al recurso de casación nº 5899/2021, interpuesto por la Junta de Andalucía contra el auto nº 405/2021, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, por el que se establecía la imposibilidad de ratificar la medida sanitaria recogida en la Orden de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, que consistía en limitar el acceso al interior de los establecimientos de ocio nocturno a aquellos en disposición del certificado de vacunación digital de la UE en vigor o que pudieran acreditar haberse realizado un test de antígeno o prueba PCR negativa en las últimas 72 horas en un establecimiento sanitario autorizado para ello. En esta Sentencia, el Tribunal tiene en cuenta su propia doctrina precedente, la doctrina del Tribunal Constitucional y el texto de la Constitución Española para realizar un test de proporcionalidad de la medida en cuestión, para concluir si procede su ratificación o si, por el contrario, no procede por ser la medida innecesaria, inidónea o desproporcionada, o supone la suspensión de algún derecho fundamental, como la igualdad o la intimidad personal, recogidos en los artículos 14 y 18.1 CE, respectivamente. En el proceso ha intervenido la Letrada de la Junta de Andalucía, en defensa de la Junta, y el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

II. Análisis de los antecedentes de hecho

Como se ha enunciado anteriormente, el Tribunal supremo se pronuncia en el asunto del ajuste de una medida tomada por la Junta de Andalucía para la prevención de la propagación de la enfermedad provocada por el virus SARS-CoV-2. La medida en cuestión, que permite restringir la entrada a ciertos establecimientos hosteleros, concretamente aquellos de esparcimiento en los que haya música – a los que nos referiremos como establecimientos o locales de ocio nocturno, para mayor simplicidad – en base a la posibilidad de aportar el certificado de vacunación de la Unión Europea o una prueba PCR o test de antígenos con resultado negativo realizado en las 72 horas previas al momento de presentación, es objeto de un auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, lo que da lugar al presente recurso de casación. Procedemos a analizar el referido auto, el escrito por el cual se presenta recurso y, finalmente, las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal, oponiéndose a las de la Junta de Gobierno andaluza.

1. Auto

En primer lugar, cabe destacar que, de acuerdo con el art. 10.8 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, serán las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia las que tengan competencia para la autorización o ratificación judicial de las medidas relativas a la legislación sanitaria to-

medidas por autoridades sanitarias de un ámbito diferente al estatal, que sean consideradas por dichas autoridades como urgentes y necesarias para la salud pública y supongan la limitación o restricción de derechos fundamentales, siempre que los destinatarios no se hayan identificado de manera individual.

De acuerdo con esta regulación, la Letrada de la Junta de Andalucía solicita por escrito al Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma que ratifique la medida desarrollada anteriormente, relativa a la restricción del acceso a locales de ocio nocturno a aquellos que puedan aportar certificado de vacunación o prueba con resultado negativo realizada como máximo en las 72 horas previas. El Tribunal, una vez oído el Ministerio Fiscal, que consideró que la Comunidad Autónoma carecía de competencia o habilitación legal para instaurar una medida de tal calibre y, además, era esta desproporcionada, de acuerdo con la afectación que supone para el derecho fundamental de la intimidad, emitió auto denegando la ratificación judicial de la medida y recordando la posibilidad de interponer recurso de casación, posibilidad que no pasaría desapercibida para la Junta. El Tribunal fundamenta su decisión en base a la competencia de la Sala para tomar dicha decisión, el ámbito del procedimiento que se está desarrollando y el fondo del asunto. Si hablamos de la competencia del Tribunal, recordamos el artículo 10.8 LJCA que confiere a los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA la capacidad para ratificar aquellas medidas sanitarias que impliquen cierta restricción de derechos fundamentales. Por otro lado, el ámbito del procedimiento se determina primeramente por la solicitud de ratificación de la medida, realizada por la Letrada de la Junta de Andalucía, y no podrá exceder de la misma – declarándola conforme o contraria a Derecho –, sino que quedará limitada a esclarecer si dicha medida limita o suspende derechos fundamentales, así como si es constitucional y adoptada por el órgano competente, y si respeta los parámetros del test de constitucionalidad: justificación, idoneidad y proporcionalidad. Todo aquello que escape de este ámbito, queda fuera de la competencia del Tribunal en este recurso y deberá resolverse por la vía ordinaria, a saber, el recurso de amparo.

El último fundamento jurídico es el que se denomina como fondo del asunto. Es aquí donde el Tribunal desarrolla su postura y justifica la decisión a la que llega. El fundamento jurídico en cuestión se divide a su vez en dos partes: base legal y justificación de la medida.

Por un lado, y hablando de la base legal, recurre el TSJ de Andalucía a la STS 719/2021, que hace alusión a los arts. 3 LO 3/1986, 26 Ley 14/1986 y 54 Ley 33/2011, que llevan al Tribunal a concluir que, aunque es cierto que nuestra legislación sanitaria autoriza la limitación de la libertad de circulación, esto solo cabe si se dan los presupuestos previstos en la Sentencia mencionada. Así, el Tribunal establece la necesidad de examinar cada medida individualmente y realizar una valoración de acuerdo a dichos presupuestos. Podemos encontrar como criterios o presupuestos exigibles que la Administración que solicita la ratificación sea competente para adoptar la medida que presenta, invoque los preceptos legales u otros que la autoricen identifique suficientemente el riesgo para la salud pública que supone una enfermedad transmisible y que crea la necesidad de la medida para conservar el derecho a la salud y a la vida indicando hechos que lo acrediten, establezca correctamente la extensión de dicho peligro desde los puntos de vista temporal, subjetivo y espacial, y justifique la inexistencia de medios menos agresivos para hacerle frente, así como la idoneidad y proporcionalidad de los propuestos. La Sala que corresponda deberá concluir así si la justificación aportada es suficiente y si la medi-

da es necesaria, idónea y proporcionada.

Para finalizar, hace referencia a la medida que introdujo el “toque de queda”, determinando que, si esta medida sí tiene base legal, también la tendrá la restricción de acceso. Asimismo, posteriormente se enumeran todos los artículos que ofrecen apoyo legal y normativo a la medida, siendo suficientes para establecer que la medida tiene de hecho una base legal. No obstante, hemos de hablar ahora de la justificación de la misma, así como de su idoneidad y necesidad.

La Orden de 5 de agosto de 2021, que introduce la medida a ratificar asegura que la misma es idónea dada la tendencia ascendente en contagios por Covid-19 en verano de 2021 y la alta incidencia en los grupos de 15-29 años en Andalucía – frecuentes usuarios de los locales de ocio nocturno –, muy superior a la media. Añade la Orden que el aumento en la presencia de la variante Delta, más contagiosa, sostiene el incremento de casos a pesar del progreso de la vacunación; asimismo, se establece que las coberturas de vacunación aun no llegan a ser las deseadas, por lo que la presión asistencial no disminuye. Justifica así la Junta de Andalucía la necesidad de la medida con el fin de frenar la difusión de nuevas variantes con mayor capacidad de infección, evitar ingresos y dar tiempo a que las vacunas alcancen las cotas deseadas para asegurar una inmunidad general que limite los contagios. Así, concluye que será necesario implantar una medida concreta a os locales de ocio nocturno mientras que no se alcance una cobertura vacunal importante. Frente a esto, lo primero a lo que hace referencia el Tribunal es a la inexistencia de alguna norma de rango suficiente para establecer el régimen jurídico del caso que analizamos, ni en España ni en otros países de la UE. No obstante, recurriremos al triple juicio de proporcionalidad – explicado en epígrafes posteriores –, establecido por el TC como la herramienta para comprobar si una medida restrictiva de derechos fundamentales es o no conforme a Derecho.

En primer lugar, la Sala entiende que la afectación al derecho a la intimidad no es de gran entidad, de modo que quedaría justificada la proporcionalidad de la medida; no obstante, esto nos genera dudas en los otros dos elementos del juicio: idoneidad y necesidad. Define el Tribunal la idoneidad aquí como la aptitud de una medida para alcanzar un fin determinado, en este caso evitar la propagación del virus. Teniendo esto en cuenta, decide que no es idónea en el grado exigible al equiparar la efectividad de la exigencia del certificado de vacunación con la de una PCR o test de antígeno negativo. Estas pruebas únicamente demuestran que, en el momento en que se realizaron, los sujetos no eran portadores del virus activo, sin decir nada acerca de su inmunidad. Esto puede resultar en un aumento de contagios pues aquellos vacunados o que ya hayan pasado la enfermedad podrían ser transmisores del virus.

Por otro lado, en cuanto a la necesidad, tampoco es la medida necesaria en el grado exigible, pues las expectativas de que la vacunación supondrá un gran freno a la propagación del virus resta sentido a la imposición de medidas como esta, lo que genera unas exigencias de justificación de necesidad muy superiores, justificación que ni la Orden ni los informes que la soportan ofrece. Asimismo, se añade que no se fija un plazo de efectividad de la medida ni criterios que deban seguirse para dejarla sin efecto o modificarla, teniendo carácter indefinido y vocación de permanencia e incumpliendo lo señalado por el TS en la STS 719/21 y por la Ley 14/1986 en su artículo 26.

Por todo ello, en la parte dispositiva, la Sala llega a la conclusión de que deberá denegarse la ratificación judicial de la medida recogida en la Orden de la Consejería de Salud y Familias de la Comunidad Autónoma Andaluza, consistente en limitar el acceso al interior de los locales de ocio y hostelería con música a aquellas personas en posesión del Certificado COVID Digital de la UE o test antigénico o PCR negativos realizados en las 72 horas previas en establecimientos sanitarios acreditados para ello.

2. Recurso de casación

a. Qué es y requisitos formales para su interposición

Este recurso puede definirse como el recurso extraordinario a través del cual es posible impugnar con fundamento en la infracción de una norma jurídica sustantiva, en ciertos casos, las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. El régimen legal del recurso de casación se contiene en los arts. 477 a 49 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000.

Este tipo de recurso está sujeto a ciertos requisitos o exigencias formales, de modo que no es extraña la no admisión a trámite porque el recurso presentado no cumple con dichas condiciones. De acuerdo con Ibáñez Puente (2020), el Tribunal Supremo ha aumentado progresivamente las formalidades requeridas para la admisión a trámite de un recurso de casación, aportando como referencias la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, la Ley Orgánica 7/2015, que modificó la redacción del artículo 483.2 LEC, o el Acuerdo sobre criterios de admisión de 27 de enero de 2017, que reforma los previos de 2011.

De este modo, es posible enumerar los requerimientos formales para la admisión a trámite de un recurso de casación de la siguiente manera:

- 1) Estar fundamentado en el incumplimiento de normas legales aplicables a la resolución de la cuestión objeto del proceso (art. 477.1 LEC).
- 2) Relevancia de la norma o jurisprudencia cuya infracción se alega para el fallo, además de atención a la ratio decidendi de la sentencia que se recurre.
- 3) Precisión de los pronunciamientos que se requieren de la Sala en la petición final del escrito de interposición, que deberá ser redactado de igual manera que un escrito de alegaciones.
- 4) Precisión en la identificación de uno de los tres supuestos previstos en el art. 477.2 LEC – a saber: cuando se dicten para tutela judicial civil de derechos fundamentales, siempre que la cuantía del proceso excediera de 600.000 euros y cuando no los exceda o se haya tramitado por razón de la materia siempre que la resolución del recurso presente interés casacional (art. 477.2 LEC) – que permitirán el acceso al recurso.
- 5) Presencia de encabezamiento y desarrollo en cada motivo de recurso.
- 6) No acumulación de preceptos heterogéneos en un mismo motivo; asimismo, deberá incluirse un resumen de la infracción cometida, no bastando con que dicha infracción pueda entenderse del desarrollo.
- 7) Exposición suficientemente extensa de los fundamentos de cada motivo en su desarrollo (arts. 471 y 481 LEC).
- 8) No división de motivos en “sub-motivos”. En caso de alegar dos o más infracciones, deberá formularse cada alegación en un motivo diferente.
- 9) Respeto a la valoración de la prueba recogida en la sentencia que se recurra.

Teniendo en cuenta la rigidez de estos requisitos y el hecho de que el incumplimiento

de alguno de ellos conducirá, en la mayoría de los casos, a la inadmisión del recurso, es posible concluir que únicamente un pequeño porcentaje de los recursos presentado son admitidos a trámite por el Tribunal. La inadmisión, además, borra la idea de que el recurso de casación sea una “tercera instancia”, como ha dejado ver el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones (Ibáñez, 2020).

b. Recurso de casación presentado en el caso concreto

En el caso que nos ocupa, es la Junta de Andalucía, más concretamente, su Letrada, la que interpone el recurso de casación contra el Auto nº 405/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla. La Junta alega la infracción por parte de este auto de los artículos 43 de la Constitución Española, 55.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, 26 de la Ley 14/1986 General de Sanidad y 27.2 y 54 de la Ley 33/2011 General de Salud Pública. Dichos artículos quedan recogidos en el Anexo I.

La Junta continúa el escrito de casación indicando que la cuestión presenta interés casacional de acuerdo con el art. 88.2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Este artículo establece que el interés casacional se podrá observar si la resolución impugnada sienta una doctrina que pudiera ser “gravemente dañosa para los intereses generales”; esto lo justifica la Letrada alegando que el auto impide que la Comunidad Autónoma pueda adoptar la medida sanitaria en cuestión (limitación de acceso al interior de los locales de ocio y hostelería con música), a pesar de ser, a su juicio, idónea y proporcionada para lograr la protección de la vida, la salud y la integridad física de la población andaluza.

De este modo, se cierra el escrito rogando su estimación a la Sala y, consecuentemente, la casación y revocación del auto que se recurre, de modo que el Tribunal ratifique la medida sanitaria objeto del proceso.

3. Alegaciones del Ministerio Fiscal

Una vez que se hubo admitido a trámite el recurso de casación que hemos analizado anteriormente, el Tribunal otorgó al Ministerio Fiscal un plazo para alegaciones de tres días. En este plazo, el Ministerio comunica que no interesaría dar lugar al recurso y, por tanto, considera adecuado confirmar el Auto del TSJA, por el que se deniega la ratificación de la medida sanitaria impuesta por la Comunidad Autónoma de Andalucía en la Orden de 5 de agosto de 2021.

Una vez escuchado el Ministerio Fiscal y atendido el recurso de casación, el Tribunal procedió a la deliberación y fallo del recurso que tratamos.

III. Triple juicio de proporcionalidad

Una de las bases que justifican la decisión tanto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía como del Tribunal Supremo es que la medida objeto del procedimiento no ha superado el triple juicio de proporcionalidad. Este juicio es el que nos permite decidir si una medida que vulnera la Constitución por, como es el caso, limitar o suspender derechos fundamentales, es adecuada o proporcionada a las circunstancias.

La propia Constitución hace obligado este test de proporcionalidad en ciertos casos,

pues prevé para ciertos derechos limitaciones redactadas en base a criterios de proporcionalidad. Algunos ejemplos de esta situación son los límites a la detención preventiva, que vulnera la libertad personal del artículo 17 CE, la prohibición de limitar la libertad ideológica, religiosa y de culto del artículo 16 CE más allá de lo necesario para el mantenimiento del orden público, etc.

Dejando atrás estos casos específicos y minoritarios, el control de proporcionalidad sirve, además de para permitir al Tribunal Constitucional decidir sobre los casos concretos atendiendo a todas las circunstancias, de modo que la decisión tomada será más adecuada y ajustada al caso, para establecer ciertas normas o criterios válidos para ciertos casos semejantes sin requerir la delimitación anterior o en abstracto del contenido constitucional del derecho que se estaría vulnerando, dada la ausencia de una teoría general de los derechos fundamentales.

1. Componentes del juicio de proporcionalidad

El juicio de proporcionalidad se estructura en tres fases o estadios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Al ser este juicio de una aplicación muy amplia y variada, es imposible establecer ciertos parámetros generales, válidos para cualquier caso; de este modo, aunque este juicio permita establecer en cada caso si una medida es o no proporcionada a las circunstancias, lo hace de una forma muy casuística, no supliendo esa falta de generalidad.

En primer lugar, atendemos al control de adecuación o idoneidad, que presenta notables dificultades. Con él, buscamos que la medida sea adecuada para alcanzar el fin que con ella se pretende; no obstante, no queda claro si dicho fin debe ir identificado por aquel autor de la medida sometida a juicio o si ha de ser fijado de oficio por el Tribunal Constitucional basándose en criterios objetivos. Asimismo, es igualmente debatido cuál debe ser el rango del fin que se estudia para realizar el análisis (constitucional, constitucionalmente relevante o, meramente, constitucionalmente legítimo).

Por otro lado, el control de necesidad se refiere al examen de la existencia de otras medidas que permitan alcanzar el fin pero que sean menos gravosas, agresivas o incidentes. Este análisis concentra las principales críticas por parte de la docencia, a pesar de ser muy poco técnico, pues se basa en la evidencia. Es ampliamente debatido si el Tribunal tiene la capacidad de determinar qué medidas alternativas son más convenientes o cuáles son los fallos del autor en caso de que se trate de una medida legislativa. Esta controversia se debe a la contradicción entre la libertad de configuración otorgada al legislador y la aplicación del test a este tipo de medidas, que son meras opciones legislativas. El resultado final de este juicio de necesidad puede depender, como se ha visto en sentencias anteriores, de la argumentación de la importación del fin y la necesidad de la medida.

Finalmente, encontramos el test de proporcionalidad en sentido estricto, cuyos extremos son borrosos y supone más una verificación o argumento para apoyar la decisión en la fase anterior, pues es ahí donde se determina en la mayoría de los casos el resultado del control. La jurisprudencia constitucional en lo referente al principio de proporcionalidad de la pena, una variante del principio de proporcionalidad, recoge las trabas en la aplicación del control de proporcionalidad en sede constitucional; pues el intérprete constitucional solo ha declarado la inconstitucionalidad de una norma penal por desproporción de la pena (STC 136/1999) y, desde entonces, no ha encontrado razones para

obstaculizar la labor del legislador penal, aun siendo posible que la pena no superase el test de necesidad por existir otras medidas menos agresivas para los derechos.

2. Diferencia entre “limitación” y “suspensión” de derechos fundamentales

La Sentencia del Constitucional que más nos luz puede aportar a la cuestión de si la limitación de derechos fundamentales a través de una medida impuesta por el Gobierno, en nuestro caso, autonómico, supone, ciertamente, una limitación o va un paso más allá y constituye lo que conocemos como suspensión, es la STC 148/2021, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo parlamentario Vox contra el Real Decreto Ley que introdujo las medidas para la prevención del contagio masivo por la pandemia generada por la Covid-19.

SUSPENSIÓN	LIMITACIÓN
Estados de excepción, sitio	Estado de alarma
Limitación cualificada	Concepto más amplio
“Cesación o privación temporal que impide temporalmente el ejercicio de un derecho”	“Acción y efecto de reducir a menores límites un derecho o facultad”
Solo puede estar amparada en ciertos casos y respecto de ciertos derechos	Admite formas más allá de la suspensión
Tesis cualitativa: derogación temporal y total del derecho	Debe ser idónea, proporcionada y necesaria
Tesis gradualista: limitación temporal que no elimina por completo las facultades del derecho	

*Diferencias/ entre suspensión y limitación de derechos.
Elaboración propia. Fuente: STC 148/2021*

Esta diferenciación entre limitación y suspensión resulta relevante pues, como se expondrá más adelante, únicamente en los estados de excepción y sitio se admitirá la suspensión de ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos – siempre que, claro está, dicha suspensión cumpla con los tres requisitos del juicio de proporcionalidad anteriormente desarrollado –, mientras que en el estado de alarma solo se admitirá la limitación de dichos derechos, siendo su suspensión inconstitucional. Así, el hecho de que una medida suponga limitación o suspensión de derechos influirá en gran medida en la decisión del intérprete constitucional en el caso concreto.

En la mencionada Sentencia, al tratar la cuestión que abordamos, se recurre en primer lugar a la norma suprema de nuestro ordenamiento, esto es, la Constitución Española que, en su artículo 55, indica aquello que ya adelantábamos: solo podrán ser suspendidos ciertos derechos fundamentales en el marco de los estados especiales de sitio y excepción (recogidos en el artículo 116 de la misma norma). De esta manera, quedaría excluida y sería inconstitucional la posibilidad de suspender dichos derechos en un estado de alarma.

Asimismo, el Tribunal indica que es posible entender la suspensión como una limitación cualificada, ampliando el concepto de limitación de manera que “no toda limitación es suspensión, pero sí toda suspensión es una limitación” (STC 148/2021).

Por otro lado, se recurre a la definición literal de ambos términos en los diccionarios de la lengua española. En ellos, una de las acepciones de la palabra suspensión nos dice que se trata de una “cesación o privación temporal que impide temporalmente el desarrollo de un derecho”, en oposición a la definición dada de limitación, que se entiende como la “acción y efecto de reducir a menores límites el desarrollo de un derecho”.

No obstante estas definiciones, nos dice Gabriel Doménech Pascual (2021), profesor de Derecho administrativo en la Universidad de Valencia, que es posible encontrar dos tesis en lo referente a la interpretación del término suspensión: por un lado, una tesis cualitativa, que lo entiende como derogación temporal y total del derechos, defendida por Conde-Pumpido, Magistrado del Tribunal Constitucional, en su voto particular; por otro, la tesis gradualista, que identifica la suspensión como la limitación temporal que no elimina por completo las facultades del derecho. Es esta última la apoyada por la mayoría de los Magistrados del Tribunal en la Sentencia que se analiza, recordemos, STC 148/2021.

Concluyendo este apartado, los límites entre ambos términos son difíciles de vislumbrar y parece fácil confundir la limitación más extrema con la suspensión más leve; sin embargo, el Tribunal considera que la clave para resolver estas cuestiones se encuentra en que la limitación no podrá ser considerada suspensión si no vulnera el contenido esencial del derecho que se está restringiendo, de modo que permita su ejercicio, aunque sujeto a ciertos límites. Además, se incide en que dicha limitación deberá ser necesaria, idónea y proporcionada a las circunstancias que hayan motivado la declaración del estado de alarma, es decir, debe cumplir con la triple exigencia de proporcionalidad.

IV. Precedentes jurisprudenciales y cobertura normativa

El Alto Tribunal hace referencia, llegados a este punto, a aquellas sentencias de esta misma Sala (Sala Tercera o Sala de lo Contencioso-Administrativo) citadas tanto por la parte que recurre como por el Ministerio Fiscal. La primera de ellas ya se ha mencionado en este comentario, la STS 719/2021, reiterada a su vez en la STS 792/2021, que declaran que, además de necesitar cobertura normativa, una medida será necesaria de acuerdo con su justificación, es decir, con el examen de suficiencia que deberá realizar la Sala a la que se solicite la ratificación.

Asimismo, cabe resaltar las Sentencias 719/2021 y 788/2021, en las que se concluye que no es necesaria la cobertura de Ley Orgánica para restringir o limitar derechos fundamentales, únicamente siéndolo si se produce una afectación al desarrollo del derecho. Aquí, se recurre a su vez al artículo 81 CE, que define desarrollo como regulación tanto

del conjunto del derecho como de sus elementos nucleares o esenciales. Así, no habrá reserva de ley orgánica si la medida no afecta a tales elementos, lo que solo podrá verificarse examinando casuísticamente cada norma, sin posibilidad de implantar un criterio generalizado. Frente a esto, la Sala declara que la medida sanitaria que se está analizando incide en elementos básicos de la libertad de circulación, el derecho de reunión y el derecho a la intimidad por lo severa y general de la misma. De este modo, requerirá de cobertura orgánica, que, en este caso, solo puede venir dada por el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, a saber:

“Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

No obstante, el Alto Tribunal argumenta que es esta regulación enormemente escueta y genérica, generando numerosos conflictos en el ámbito jurídico, conflictos que se solventarían si las condiciones y límites para la restricción y limitación de derechos estuvieran más definidos.

De esta manera, el artículo 3 ha provocado dudas acerca de su capacidad para dar cobertura a medidas muy estrictas y severas como podría ser el toque de queda; sin embargo, el Tribunal Supremo concluye en su sentencia 719/2021 que tales medidas deberán ser “indispensables para salvaguardar la salud pública” para poder estar amparadas por este precepto. Asimismo, para poder ser aceptadas las medidas deben tener por objeto poner solución a situaciones graves causadas por enfermedades transmisibles, siempre que sean necesarias.

Por otro lado, aparecen ahora dos nuevos artículos en relación con este que nos ocupa: artículos 26 Ley 14/1986 y 54 Ley 33/2011 – cuya redacción figura en el Anexo I –. Ambos artículos tienen como fin la preservación de la salud y se ajustan a supuestos de urgencia sanitaria; el artículo 26, por su parte, habilita a las autoridades a implantar medidas consideradas justificadas desde el punto de vista sanitario, mientras que el artículo 54 exige la idoneidad, temporalidad y proporcionalidad.

De esta manera, aunque el artículo 3 nos proporcionara una llamada cláusula en blanco, al relacionarlo con estos preceptos, vislumbramos una base normativa para estas medidas lo suficientemente precisa. Sin embargo, es necesario recordar que no existen parámetros predeterminados para las limitaciones o restricciones de derechos, pues cada caso deberá analizarse de manera individual, sin excluir aquellas situaciones que no estén reguladas específicamente por no poder ser imaginadas en el momento de la redacción de los preceptos que resulten aplicables.

Por último, podemos hablar del control judicial ejercido por los Tribunales Superiores de Justicia, en este caso de Andalucía, y la Audiencia Nacional, que deberán comprobar que la Administración que solicite la ratificación de una medida ha de cumplir los requisitos de competencia, invocación de los preceptos legales habilitantes, identificación de manera suficiente del peligro para la salud pública derivada de una enfermedad transmisible que crea la necesidad de implantar las medidas así como acreditación de los hechos que

lo justifican, establecimiento de la extensión de tal riesgo desde varios puntos de vista y justificación de la inexistencia de medios menos agresivos para afrontar tal situación. De esta manera, la Sala tendrá la obligación de decidir si dicha justificación es suficiente y si la medida cumple con el triple juicio de proporcionalidad.

En conclusión, podemos decir que este tipo de medidas tiene una importante base legal, tanto orgánica como ordinaria, al igual que un precedente jurisprudencial de gran relevancia con un importante número de sentencias relativas a medidas sanitarias para superar la situación causada por el virus SARS-CoV2. Todo ello permite la definición de unos criterios o condiciones que deben ser cumplidos para considerar adecuada y legal la medida que busca su ratificación.

V. Comentario del fallo

El Tribunal Supremo, teniendo en consideración todo lo mencionado anteriormente, decide que no cabe la estimación del recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla. La Sala considera que contra el juicio de constitucionalidad realizado por este último no cabe objeción alguna, pues habría realizado un correcto examen de la medida y de su justificación, idoneidad y proporcionalidad, según se ha ido comprobando en los fundamentos jurídicos recogidos en la Sentencia. Asimismo, destaca que la decisión del TSJ de Andalucía no contradice jurisprudencia precedente procedente de otros Tribunales Superiores de Justicia y, además, el escrito por el que se interpone el recurso de casación tampoco menciona la existencia de un precedente jurisprudencial en sentido contrario. Por ello, concluye que la no ratificación de la medida y, por tanto, el auto contra el que se presenta recurso, no tienen razón para ser recurridos y coincide con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su interpretación de la medida y de la legislación en cuanto a la no adecuación al marco constitucional de la misma.

Finalmente, establece que no se hará imposición de costas a ninguna de las partes.

Conclusiones

Tal y como hemos podido comprobar, el triple juicio de proporcionalidad tiene una importancia suprema a la hora de decidir si una medida que restrinja o limita los derechos fundamentales es o no aceptable. Hemos comprobado que, pese a que existen varios artículos que dan una base legal a prácticamente todas las medidas, si estas no alcanzan los caracteres de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el grado exigible según el contexto en el que se traten de implantar.

De esta manera, es posible concluir que en esta sentencia se reitera la necesidad de justificación de las medidas que puedan afectar a derechos consagrados constitucionalmente y, por tanto, la capacidad de los Tribunales de no aprobar la ratificación de aquellas que no aporten datos para considerar suficiente tal argumentación.

Por otro lado, hablando del caso concreto, al ser esta medida una propuesta en la mayoría de Comunidades Autónomas en España y, de acuerdo con el texto de esta STS, también en otros países de la Unión Europea, esta sentencia supone un relevante presente jurisprudencial del que probablemente se sirvieron el resto de autonomías que implantaron medidas similares sin cometer los errores de la Junta de Andalucía que impidieron su ratificación.

En conclusión, esta sentencia, junto con aquellas mencionadas en la redacción, sienta un precedente jurisprudencial para todas aquellas medidas posteriores orientadas a la preservación de la salud, a la evitación de la propagación de la Covid-19 y a la bajada de la incidencia o la presión asistencial. Todo ello, junto con los artículos de las leyes relativos a ellas y otras nuevas sentencias, supondrá una base para dar sentido jurídico al resto de medidas sanitarias y permitirá, a su vez, crear un precedente para aquellas situaciones que, como esta, resultaban inimaginables en el momento de redacción de las leyes.

Anexo I

Artículo 43 CE

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Artículo 55 Estatuto de Autonomía de Andalucía. Salud, sanidad y farmacia.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria.

Artículo primero Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Artículo tercero Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Artículo 26 Ley 14/1986 General de Sanidad

1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.
2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

Artículo 27 Ley 33/2011 General de Salud Pública. Las actuaciones de protección de la salud.

2. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, protegerán la salud de la población mediante actividades y servicios que actúen sobre los riesgos presentes en el medio y en los alimentos, a cuyo efecto se desarrollarán los servicios y actividades que permitan la gestión de los riesgos para la salud que puedan afectar a la población.

Artículo 54 Ley 33/2011 General de Salud Pública. Medidas especiales y cautelares.

1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad.

Referencias bibliográficas

- Circular 1/2020, de 3 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil. Boletín Oficial del Estado, 24, de 28 de enero de 2020. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2020-00001.pdf pg.5
- Doménech, G. (2021). Juzgar sin mirar las consecuencias: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el primer estado de alarma decretado con ocasión de la COVID-19. Postc. <https://postc.umh.es/minipapers/juzgar-sin-mirar-las-consecuencias-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-el-primer-estado-de-alarma-decretado-con-ocasion-de-la-covid-19/>
- Ibáñez Puente, C. (2020). Requisitos para la Admisión del Recurso de Casación. Ilp Abogados. <https://www.ilpabogados.com/requisitos-para-la-admision-del-recurso-de-casacion/>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 7, de 8 de enero de 2000. <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, 167, de 14 de julio de 1998. <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-13032
- Tribunal Constitucional. (24-27 de octubre de 2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. XV Conferencia Trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma, Italia. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>

Derecho, federalismo y pandemia: punto de partida para nuevos desafíos

Law, federalism and pandemic: starting point for
new challenges

María Natalia Juez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)12](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)12)

Comentario a

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/
acción declarativa de inconstitucionalidad
Corte Suprema de Justicia de la Nación

Disponible en

<https://bit.ly/38hUAdI>

RESUMEN:

En marco de la emergencia sanitaria por Coronavirus, el Gobierno Nacional adoptó como medida prorrogar la suspensión de clases presenciales aun el territorio de la Ciudad de Buenos Aires para disminuir la propagación del virus. El Gobierno de la ciudad cuestionó esa decisión afirmando carecía de respaldo científico y razonabilidad por lo que importaba una intromisión en sus facultades conservadas.

ABSTRACT

During the health emergency due to Coronavirus, the National Government adopted as a measure to extend the suspension of face-to-face classes even in the territory of the City of Buenos Aires to reduce the spread of the virus. The city government questioned that decision, stating that it lacked scientific support and reasonableness, so it mattered an intrusion into its preserved faculties.

PALABRAS CLAVE: Salud – Educación – Federalismo – Razonabilidad.

KEY WORDS: Health – Education – Federalism – Reasonableness.

¹ Abogada (UNC). Especializanda en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC). Prosecretaria Letrada en el fuero Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: mnataliajuez@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4630-9068>

I. El caso

En marco de la pandemia ocasionada por la irrupción del Sars Cov 2 (coronavirus), y en contexto de las restricciones impuestas para procurar disminuir el impacto negativo en la sociedad toda, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve una acción declarativa de inconstitucionalidad en contra del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional en cuanto disponía la suspensión del dictado de clases presenciales y actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles desde el 19 al 30 de abril del 2021 en el ámbito del denominado "AMBA" (Área Metropolitana de Buenos Aires), en el cual quedaba incluida la Ciudad autónoma.

Los argumentos en los que el Gobierno de Ciudad de Buenos Aires sustenta el cuestionamiento constitucional de la decisión adoptada por el Gobierno Nacional pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

1. Lesión a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (CABA)

El gobierno de CABA afirma del Gobierno Nacional ha excedido los límites de sus facultades al regular competencia conservadas como lo son la salud y educación, lo que importa un virtual intervención federal en su territorio.

Ante ello, el Gobierno Nacional afirma que la medida fue adoptada en ejercicio del poder de policía sanitario que si bien importa una competencia concurrente, en caso de incompatibilidad de criterios debe prevalecer la norma nacional por imperito de los arts. 5 y 31 CN.

2. Razonabilidad o irrazonabilidad de la limitación

El gobierno de la ciudad esgrime que los motivos invocados para prohibir las clases presenciales en el ámbito de la ciudad carecen de sustento empírico y científico.

En respuesta el Gobierno Nacional refiere que ante la alta tasa de contagios verificados en el territorio del AMBA y siendo su velocidad superior al de otras regiones, se podría provocar la saturación del sistema de salud y el incremento de la mortalidad. Agrega que la medida persigue reducir la circulación y disminuir los contagios por lo que su finalidad es la protección de la salud y la vida de la población, derechos de raigambre constitucional. Sostienen que el decreto de emergencia compatibiliza esos dos derechos con el derecho a la educación que se encuentra garantizado con la modalidad virtual, por lo que la medida es razonable y proporcionada.

3. Marco constitucional de la medida

El accionante invoca que al no encontrarse en receso el Congreso de la Nación no se advierten circunstancias excepcionales que impidan los trámites previsto en la Carta Magna para la sanción de leyes.

Como respuesta, el Gobierno Nacional afirma que se han cumplido los recaudos previstos en el art. 99 inc. 3 CN y que la decisión ha sido adoptada en marco de una situación de necesidad y Urgencia sin inmiscuirse en ninguna materia prohibida.

Trabada en estos términos la cuestión a decidir, los puntos más relevantes de la resolución pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- El decisorio de la Corte ratifica el status constitucional de CABA
- Por su parte, los ministros Maqueda y Rosatti se explayan en su voto en relación a lo

que se denomina “federalismo de concertación”, haciendo énfasis en que la distribución de competencias del sistema federal no implica la subordinación de los estados particulares al gobierno central sino, por el contrario, la coordinación de esfuerzos con miras al bien común general. Afirman que “El ideario federal en el que descansa nuestro sistema de gobierno parte de la base de que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios coordinan sus facultades para ayudarse y nunca para destruirse”.

También en el voto del ministro Rosenkrantz se advierten referencias sobre el tema, al referir que las provincias habían aceptado en situaciones anteriores el rol coordinador del gobierno nacional, pero sin que ello implique renuncia alguna a sus competencias reservadas. El ministro Lorenzetti se toma unas líneas para reconocer como loable el trabajo conjunto que había venido desarrollando en marco de la emergencia sanitaria y enaltecer la utilidad del diálogo constructivo entre Nación y provincias.

- Siendo así, se analiza que tanto la regulación del derecho a la educación como a la salud son competencias concurrentes de ambas órbitas de poder, por lo que deberán ser ejercidas sin anularse ni excluirse, sino complementándose.

- La emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho ni justifica el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias. “La ciudad de Buenos Aires conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas”.

- Cita como fuente interpretativa de las medidas adoptadas a la Declaración 1/20 de la Corte Interamericana de fecha 9 de abril 2020 sobre COVID- 19 y derechos humanos que dice que “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

- Analizada la razonabilidad de la reglamentación del Estado Nacional para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se concluye que los argumentos vertidos en relación a la cantidad de personas que usan el transporte público y la circulación con el aumento de casos de COVID 19 no resulta suficiente para justificar el ejercicio de una competencia sanitaria federal que impacte tan drásticamente en la educación, por lo que se invadió atribuciones del gobierno local para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar.

En base a ello, procuraremos recordar algunas nociones clásicas que permitan analizar los motivos sobre los cuales se cimentó la decisión adoptada, pero contextualizadas en el momento histórico tan particular en el que los hechos debatidos se han presentado.

II. Facultades conservadas, delegadas y concurrentes en el federalismo argentino

Como primer paso en el contexto de análisis del precedente traído a estudio y recordando a los docentes de Derecho Constitucional, recordemos la distribución de competencias que importa el federalismo argentino. Así, hay poderes originarios e indefinidos que han sido conservados por los gobiernos locales (art. 121 CN), otros definidos y expresamente delgados a la Nación (art. 75 CN) así como también los hay aquellos que son ejercidos de manera concurrente entre los tres ámbitos de poder (tres a colación de la incorporación de la Ciudad de Buenos Aires como sujeto Federal –es decir, Nación, Provincia y ciudad Autónoma de Buenos Aires-).

Sobre los dos derechos que se encuentran en juego en el precedente analizado (salud y educación), tiene dicho la Corte que su regulación es facultad concurrente entre Nación y –en este caso- la Ciudad de Buenos Aires. Esto significa que ambas esferas de gobierno deben actuar sin anularse ni excluirse ya que no nos encontramos ante el ejercicio de un poder exclusivo.

El ejercicio de las facultades concurrentes refleja la distribución de competencias legislativas consagradas en nuestro sistema, conforme el cual el Congreso de la Nación tiene competencia para tomar decisiones generales que conciernen al país como un todo, en tanto las provincias pueden dictar leyes dentro de los límites de sus propios territorios. Es decir, que importa claramente un ámbito de coexistencia legislativa que impone una actuación conjunta y coordinada entre las dos esferas.

Podemos decir que la subsistencia de la delicada estructura del federalismo impone el desarrollo de un federalismo de concertación, basado en el consenso, el diálogo y la unión de esfuerzos en pos de un bien común y superior por oposición a las luchas de poder de las que muy frecuentemente somos espectadores.

No es difícil imaginar que la delgada línea que importa el equilibrio entre los ámbitos de poder pueda tornarse difusa en muchas situaciones, especialmente en el contexto de emergencia que hemos –y seguimos en alguna medida- experimentado. La vara para medir los límites de actuación de los órdenes de poder y para estas situaciones estará determinada por criterios de razonabilidad.

III. El test de razonabilidad

El art. 28 de la Carta Magna contiene la regla de razonabilidad al establecer que los principios, derechos y garantías que en ella se reconocen no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Entonces, el principio de razonabilidad *“se traduce en la elección de la alternativa más racional (aspectos técnicos) y más justa o equitativa (aspecto valorativo) de todas las posibles para obtener el fin deseado”* (Rosatti, 2017, p. 193).

Sin embargo, no podemos desconocer que esa valoración no puede realizarse sin tomar en consideración el especial contexto en el cual se enmarque desde lo histórico – ideológico como lo histórico – fáctico.

En relación a lo ideológico, siguiendo al mismo autor, dice Rosatti (2017) que con la última reforma constitucional del año 1994 se incorporó un criterio amplio de poder de policía, que modifica el paradigma de la relación Sociedad – Estado en el cual *“...se amplían las competencia del poder público, se reconocen nuevos medios instrumentos de intervención, pero no por ello se desvirtúa el análisis del grado de ajuste entre medios-fines, propio del principio de razonabilidad”*.

Por su parte, desde la perspectiva histórico – fáctico, a la hora de precisar la línea divisoria entre reglamentar y alterar un derecho, podemos clasificar esas disimilitudes en diacronicas (serán las especiales circunstancias del momento las que determinarán si una determinada reacción o reglamentación resulta tolerable o no) o sincrónicas (según el grupo de personas alcanzadas). Así, en contextos de emergencia pueden darse limitaciones temporales que no afecten la sustancia de los derechos, pues la valoración siempre estará condicionada por el entorno en el que la reglamentación pretenda ser aplicada.

Podemos decir entonces que serán parámetros para identificar la razonabilidad de una norma que reglamenta derechos y garantías cumplir con:

- Justificación que respalde las medidas adoptadas.
- Motivación en los antecedentes que llevaron a ejercer esa facultad.
- Proporcionalidad entre el objeto de la decisión y la finalidad perseguida.

IV. ¿Existe una jerarquía entre derechos?

A los fines de llevar a cabo esa ponderación entre derechos, podríamos recurrir a analizar si existe entre los derechos en pugna una jerarquía que permita establecer una cierta prelación entre ellos.

Como es usual en el derecho, sobre la cuestión existen dos posiciones posibles. Los hay quienes adhieren a la tesis de la igualdad de todos los derechos por lo que la interpretación que se realice no debe procurar establecer una cierta prelación entre ello sino que debe tender siempre a armonizarlos. Por su parte, hay quienes se enrolan en la vereda de la jerarquía entre los mismos., la que puede responder a factores meta jurídicos (vinculados con la concepción ideológica dominante) o bien internos (la relevancia estará determinada por las características propias de cada derecho).

V. La emergencia

La situación de emergencia importa la existencia de un contexto de grave crisis que generalmente es de índole económica y social, como resultas de lo cual y con miras a superar esa situación, se delegan facultades legislativas al órgano ejecutivo. Ante esta situación y con fundamento en el bien común, se imponen algunos sacrificios individuales. Sin embargo, la delegación autorizada no puede importar la supresión de la división de poderes, por lo cual debe tener una limitación temporal y de contenido.

La declaración de emergencia tiene por efecto habilitar de manera excepcional una mayor afectación de derechos y la atribución de poderes más amplios en el Poder Ejecutivo, mirando siempre a un bien mayor que sería el de superar las circunstancias que motivaron la emergencia. Son las particulares circunstancias que le dieron origen las que habilitan ciertas restricciones que en otros contextos resultarían intolerables o no superaría el test de razonabilidad.

Precisamente, debemos tener en cuenta que la emergencia se enmarca dentro de la Constitución y por lo tanto se da en un contexto de plena vigencia del orden constitucional y del Estado Derecho, aunque con ciertas particularidades excepcionales y limitadas en el tiempo. Es por eso justamente, que la normativa de emergencia también debe ser sometida al test de razonabilidad para verificar su proporcionalidad y adecuación en relación al fin perseguido, procurando el mayor equilibrio posible entre la afectación a los derechos (que debe ser de la menor intensidad posible) y la consecución del objetivo perseguido.

Sobre la cuestión se ha dicho que "Cabe destacar que la emergencia importa la sustitución de un estado normal por uno anormal, pero siempre dentro del esquema institucional regido por la Ley Fundamental. Esta afirmación es digna de ser subrayada, dado que existe el riesgo de pensar que la emergencia puede darse fuera del ámbito constitucional, tal como lo demuestran muchos ejemplos de nuestro país y del extranjero. Es que, como dijo la Corte Suprema en el caso "Perón", la emergencia no da herramientas que la Constitución no acuerda" (Buteler, 2020).

Ahora bien, no es novedad que Argentina ha vivido gran parte de las últimas décadas en contextos de declaración de emergencia, sin embargo en esta oportunidad nos enfrentamos a una emergencia que excedía lo económico y social, reconociendo como fuente una crisis sanitaria mundial sin precedentes.

Dice Cassagne (2020) *"Y es evidente que, en una situación de emergencia, en la que están en juego la vida y la salud de las personas, cobra relieve la versión europea del principio de razonabilidad, que sigue la huella iniciada por el Tribunal Supremo alemán, que lo caracteriza como principio de proporcionalidad, integrado por tres subprincipios: a) de adecuación o idoneidad; b) de necesidad, y c) de proporcionalidad en sentido estricto, cuya doctrina, sin mayor advertencia por parte de los publicistas, ha sido adoptada en los últimos años por la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha ido consolidando el bloque federal de legitimidad constitucional..."*.

1. La emergencia sanitaria por el Sars Cov 2

La aparición de un virus que fue popularmente conocido como "coronavirus" ocasionó una conmoción mundial de la mano de una crisis sanitaria sin precedentes. Los Estados de todo el mundo se vieron obligados a adoptar medidas extremas para proteger a su ciudadanía ante la rápida propagación de este virus más allá de las fronteras políticas y ante la saturación de los sistemas de salud incluso de los países más desarrollados.

"Ese impacto de la situación de emergencia en el ordenamiento jurídico se traduce, en general, en un fortalecimiento del poder estatal y una correlativa restricción de los derechos de las personas y aquel fortalecimiento se concentra generalmente en el Poder Ejecutivo que, en tanto poder administrador, tiene a su cargo la gestión tendiente a superar la crisis y dispone de los recursos económicos y técnicos necesarios para ello. Suelen producirse desplazamientos transitorios de competencias o acrecentamiento de éstas" (Barrera Buleter, 2020, p. 22).

Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos fundamentó su Declaración 1/20 de fecha 9 de abril 2020 en la necesidad de instar a los Estados a que a la hora de enfrentar los problemas extraordinarios que se han presentado por la pandemia y que conciernen a la vida y la salud pública, lo hagan "...en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal". Entre las recomendaciones del instrumento, expresamente se refiere a que todas las medidas restrictivas que adopten los estados para enfrentar a la pandemia, deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarios y proporcionales.

Por su parte, Guillermo Barrera Buteler (2020) expresa "Si se quiere preservar el Estado Constitucional de Derecho aún dentro de la emergencia -en este caso de la pandemia- no se puede suspender, ni desplazar, ni modular más allá de lo imprescindible, la división horizontal y vertical del poder".

Antonio María Hernández (2020) reflexiona que "las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano". Agregando que si bien "... ello comporta un difícil equilibrio entre la legitiimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia,

pero ese el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad”.

Vemos entonces, la importancia de que las medidas que se adopten para afrontar situaciones de emergencia de tanta entidad debe necesariamente adecuarse a la Constitución para asegurar la vigencia del Estado de derecho. La excepcionalidad de las circunstancias, entiendo, impone incluso con más énfasis la necesidad de cumplir con los preceptos constitucionales para no hacer en la tentación de incurrir en situaciones arbitrarias o abusivas.

2. La normativa de emergencia por la pandemia de Coronavirus

La normativa de la emergencia sanitaria tiene su punto de partida en el dictado de la Ley N° 27.541 mediante la cual el Congreso de la Nación declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social delegando en el Poder Ejecutivo Nacional facultades extraordinarias en los términos del art. 76 de la CN hasta el 31/12/2020. Al momento de su dictado, el Covid no se presentaba como una amenaza cierta y concreta en Argentina, por lo que en verdad la normativa de emergencia no la incluía expresamente. Con posterioridad y ya en un contexto pandémico, se dictó el DNU 260/2020 mediante el cual se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la norma de emergencia. Este fue el punto de partida para sucesivas prórrogas de la emergencia y adopción de medidas tendientes a mitigar los efectos de la pandemia.

Sobre los alcances y magnitud de las restricciones adoptadas en este contexto, Claudio Guiñazú (2020) refiere que “Además de la libertad ambulatoria, el aislamiento restringe otras esferas de autonomía individual, incluso en el propio derecho a la salud, incidiendo en otros derechos sociales, como el trabajo, la educación, la alimentación y la vivienda. Ello confirma la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos, cualquiera sea su generación”.

En este contexto, el Poder Ejecutivo Nacional mediante el DNU N° 241/2021 dispuso la suspensión de las clases presenciales en todo el territorio de la Ciudad de Buenos Aires entre el 19 y el 30 de abril del año 2021, en contra del cual la Ciudad de Buenos Aires planteó la acción declarativa de inconstitucionalidad que motivara el fallo que hoy analizamos.

VI. Reflexiones finales

Sin lugar a dudas, la pandemia del Coronavirus ha atravesado profundamente a la población mundial y dejado en evidencia los puntos fuertes y débiles de cada estructura existente. Es que si bien no se trata de la primera –y seguramente tampoco la última– pandemia que afrontará la humanidad, lo cierto es que –además de haber sido la primera para muchas generaciones– ha sido la primera que se ha presentado en un contexto globalizado, que ha permitido una rapidísima propagación por todos los rincones del planeta. Esta pandemia nos ha enfrentado cara a cara a lo desconocido y exigido de cada uno de nosotros el desarrollo de habilidades hasta entonces desconocidas.

Cuando hablamos de salud y derecho a la salud estamos habituados a hacerlo desde la perspectiva de los avances de la ciencia y el deber del Estado de adoptar las medidas

necesarias para asegurar a la población el efectivo goce del derecho a la salud. Pero ¿qué sucede cuando ni la ciencia ni aun los Estados más desarrollados cuentan con herramientas para proteger a la población ante una amenaza desconocida y arrasadora?. Sin lugar a dudas, todos nos hemos visto obligados a reinventarnos para hacer frente a este contexto, orientando nuestro norte a mantenernos con vida.

El derecho no ha resultado ajeno a este fenómeno y se ha enfrentado al enorme desafío de adaptarse para brindar las respuestas que la realidad le exige. Si bien en algunas oportunidades el sistema jurídico ha salido más airoso que en otras, lo cierto es que hoy sabemos que no está todo dicho, que los desafíos seguirán apareciendo y que debemos ser permeables a los cambios y necesidades que la sociedad y el contexto histórico nos imponen. Un recordatorio de que el derecho nace para responder a las necesidades sociales.

Una de las lecciones que –esperemos- muchos hemos aprendido es revalorizar lo colectivo, el consenso, la sumatoria de esfuerzos. Esto se hizo presente en los primeros meses de pandemia incluso en las más altas esferas de poder –incluso aquellas enfrentadas por los colores políticos-, lo que en una Argentina de “grietas” no resulta para nada un detalle menor. Para muchos, los primeros meses de la pandemia fueron la oportunidad de presenciar por primera vez un Estado federal en acción, también denominado por los autores como “federalismo de concertación” ante el temor a lo desconocido y compartiendo todos la misma meta: el bien común de la población a través del resguardo de su salud. Pero los problemas no tardaron en llegar y en esta oportunidad la Corte adoptó –a mi entender- una decisión más bien técnica cuyo objetivo se vislumbra en el voto del ministro Lorenzetti cuando refiere que la finalidad de decisión judicial es preservar la paz social. Quizás un indicio del objetivo que ha iluminado la decisión del Tribunal Supremo en un contexto delicado en el que el equilibrio acrecienta entidad.

Así, desde un análisis formal se logró dar una respuesta al conflicto planteado que, además, refuerza la estructura federal y el Estado de derecho.

Y si bien desde la perspectiva del derecho a la salud, se omite realizar mayores consideraciones o ingresar en un análisis de ponderación de los derechos en juego, lo cierto es que ha sido la razón de ser indiscutida de todas las medidas adoptadas en la emergencia sanitaria. Si bien en el voto de Lorenzetti pareciera esbozarse una jerarquización de derechos al remarcar la entidad y superioridad del derecho a la salud y a la vida de la personas, lo cierto es que luego no se expiden de manera expresa al respecto. Y –en este contexto- no pareciera ser necesario.

Más allá de eso, me parece destacable el énfasis puesto en que aun en estos contextos, es importante que la actuación de los Estados se enmarque dentro del orden constitucional pues de lo contrario bajo el velo de un fin loable podría cometerse grandes abusos. Es acertado en un contexto de emergencia –al que se le suma la agitada realidad política de nuestro país-, recordar que debemos apostar a la unión, la concertación, el equilibrio y la paz social. Ese sea quizás el desafío que nos queda de ahora en adelante.

Referencias bibliográficas

- Barrera Buteler, G. (2020). Pandemia, postpandemia y derecho. El Derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia covid-19. Universidad Nacional de Córdoba.
- Buteler, A. (2020) La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria. LA LEY 25/05/2020, 25/05/2020, 6 Cita Online: AR/DOC/1635/2020).
- Cassagne, J. C. (2020). La actividad reglamentaria del poder ejecutivo y los decretos de necesidad y urgencia dictados durante la pandemia. Revista de Derecho Público.
- Guiñazu, C. (2020) Impacto de la pandemia en la dicotomía público/privado en Argentina. El Derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia covid-19. Universidad Nacional de Córdoba.
- Hernández, A. (2020). Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina. El Derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia covid-19. Universidad Nacional de Córdoba.
- Rosatti, H. (2017). Tratado de derecho constitucional. Rubinzal Culzoni editores.

Autocultivo de Cannabis medicinal: implicancias en el derecho a la salud

Self-cultivation of medicinal Cannabis: implications for the right to health

Ángeles María Baez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)13](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)13)

Comentario a

Gago, Esteban Daniel y otro s/ recurso de casación
Cámara Federal de Casación Penal, Sala I

Disponible en

<https://bit.ly/3BLsxD>

RESUMEN:

El presente artículo abordará el análisis de una sentencia dictada por la Cámara Federal de Casación Penal sobre un recurso de casación entablado en contra de una resolución que absolvió a los imputados del delito de siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes. El Tribunal rechazó la impugnación intentada, efectuando un detallado análisis de la situación en Argentina en relación al acceso del aceite de cannabis y la legislación al respecto, determinando lineamientos de suma relevancia para el Derecho a la Salud y especialmente para el grupo conformado por usuarios y familiares de pacientes que encuentran en el aceite de Cannabis una solución para superar sus dolencias.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyse the decision taken by the Federal Court of Criminal Cassation on an appeal filed against a resolution, which acquitted two subjects of the crime of planting or cultivating plants and keeping seeds usable for the production of narcotics. The Court rejected the attempted injunction, setting a detailed analysis of the situation in Argentina in relation to access to cannabis oil and the legislation in this regard, determining highly relevant guidelines for the Right to Health and especially for the group made up of users and relatives of patients who find in Cannabis oil a solution to overcome their pain.

¹ Abogada (Universidad Nacional de Córdoba); Escribana (Universidad Siglo 21) Escribiente del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, cumpliendo función de Asistente de Magistrado; Maestranda de Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Adscripta de la cátedra "B" de Teoría General del Proceso de la Universidad Nacional de Córdoba; miembro del proyecto de investigación "Código Procesal Civil y Comercial/ Penal de la Provincia de Córdoba" de la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21. Correo electrónico: angelesmariabaez@gmail.com. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-2661-0029>.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud – Estupefacientes – Cannabis Sativa – Autocultivo-Salud pública.

KEY WORDS: Righth to health – Narcotic- Cannabis Sativa- Self cultivation- Public health.

I. Introducción

En este trabajo pretendemos analizar a través del fallo en comentario, la temática relativa al uso medicinal del aceite de Cannabis en la República Argentina. La realidad que envuelve el tópico se relaciona con la tramitación de amparos con suerte fluctuante, la implicancia de la justicia penal frente a los cultivadores y la invocación en el proceso de un fin medicinal, con una realidad familiar impactante, con el conocimiento de un régimen legal cuya reglamentación no satisface y con el conocimiento del desarrollo de distintas ONG en torno a este tema. (D´Alessio, 2020).

La irrupción de la ley 27.350 introduce un mensaje contrafáctico, frente a la postura prohibicionista históricamente adoptada en nuestro país en relación a la marihuana. A partir de allí podemos afirmar que la planta de cannabis no siempre es nociva para la salud, ni constituye un estupefaciente. Por el contrario, existen diferentes usos de esta especie y de sus derivados que lejos de provocar daños en la salud pueden protegerla, mejorando algunas patologías, o calmando sus síntomas.

A continuación analizaremos el fallo “Gago, Esteban Daniel y otro s/ recurso de casación” dictado el nueve de diciembre de 2021 por la Cámara Federal de Casación Penal. En la resolución el Tribunal de Alzada rechazó el recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, que resolvió absolver a los imputados del delito de siembra directa o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes.

Resulta interesante el enfoque efectuado por los magistrados en el resolutorio, ponderando a la hora de resolver, la importancia de la protección de la salud pública como bien jurídico protegido, y el rol fundamental que recae en el Estado como principal guardián de la misma a través de la reglamentación de la leyes al respecto. Consideramos que estamos frente a una sentencia sumamente didáctica y relevante para comprender la legislación nacional relativa al uso de planta de Cannabis Sativa con fines medicinales. Estimamos que se resolvió partiendo de un detallado análisis de las circunstancias particulares del caso, lo permitió dotar de equidad a la solución poniendo especial énfasis en la protección constitucional de los derechos a la salud y de esa forma arribar a una decisión fundada y razonada, que garantice el efectivo goce de ese derecho.

II. Cannabis medicinal y derecho a la salud

El Cannabis Sativa, también conocido como marihuana, es una planta milenaria que ha sido utilizada a lo largo de los siglos por sus enorme cantidad de propiedades médicas e industriales. “Entre más de cien compuestos biológicos conocidos como cannabinoides que esta planta es capaz de producir, se encuentra el THC y al CBD. El primero, conocido por su nombre científico como Delta-9-tetrahidrocannabinol, es el principal agente terapéutico del Cannabis y también su principal compuesto psicoactivo. El CBD llamado

científicamente Cannabidiol, es el otro compuesto activo importante de la planta, pero sin efecto psicoactivo. Ambos compuestos son los más estudiados hasta el presente y a los que se les atribuye específicos usos médicos.” (Gil Domínguez - Araoz Falcon, 2017).

Lo relevante es que estos cannabinoides tienen propiedades médicas particulares y sirven para tratar diferentes síntomas y enfermedades. Se ha demostrado la efectividad del THC para actuar sobre el dolor, los espasmos, las náuseas en procesos de quimioterapia, trastornos neurodegenerativos como la esclerosis múltiple y la inflamación. Por su parte, el CBD actúa como antipsicótico y antidepressivo, posee propiedades anticonvulsivantes y antiepilépticas, antieméticas y ansiolíticas y puede ser usado en trastornos del sueño. Asimismo tiene propiedades antiinflamatorias y neuroprotectoras que pueden reducir la percepción del dolor. (Gil Domínguez- Aráoz Falcon, 2017).

A través de lo analizado podemos afirmar que el uso terapéutico y medicinal del Cannabis contribuye a garantizar de manera efectiva el derecho a la salud, brindando en ciertas oportunidades respuestas que la medicina convencional no consigue otorgar al dolor que producen algunas patologías.

III. La ley 27.350 sobre uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados

A lo largo de la historia, la política de drogas en Argentina ha sido atravesada por el prohibicionismo. Desde esta perspectiva, se considera que la única relación que pueden desarrollar las personas con las drogas es perjudicial. Hasta el mes de diciembre del año 2020, el Cannabis permanecía en la lista IV de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y la Administración de Control de Drogas de Estados Unidos la incluye en la misma lista que la heroína y el LSD. (Gastón, 2022)

En Argentina el Cannabis ha ingresado en la lista de drogas ilícitas a partir del año 1968, con la sanción de la Ley 17.756 y desde entonces ha sido así. En el año 1989, la sanción de la Ley 23.737 puso particular énfasis en las penas para todos los delitos vinculados a las drogas: el almacenamiento, transporte, distribución, comercialización, producción, fabricación y desvío de precursores para su producción. En el contexto internacional fuertemente prohibicionista, finalmente fueron los fallos individuales llegados a la Corte Suprema bajo la forma de amparo que definieron otra mirada sobre la cuestión de la tenencia para consumo personal. (Furlotti Barros, Rolandell, 2021)

En este contexto, la prohibición general del cultivo, autocultivo, suministro y posesión de Cannabis presentó una importante barrera para la exploración total del potencial terapéutico y los beneficios para la salud pública del consumo de Cannabis medicinal.

Durante muchos años las personas que necesitaban acceder al Cannabis medicinal y sus familiares llevaron adelante una incansable lucha para obtener una respuesta estatal adecuada. La sanción de la ley 27.350 en Argentina configura una garantía primaria de los derechos en juego al habilitar el uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados y al crear en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales. (Gil Domínguez - Aráoz Falcón, 2017)

En marzo del 2017 se sancionó la mencionada ley que tiene por objeto “establecer un

marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud.”(art. 1). Desde la aprobación y reglamentación de la ley, el uso del Cannabis con fines terapéuticos se encuentra en pleno auge en la República Argentina. Existen en nuestro país numerosas agrupaciones, asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales, de distintas características en torno a esta temática. Muchas de ellas se gestaron como grupos de madres y familiares que buscaban una solución a la problemática de sus hijos que padecen enfermedades que encuentran en el aceite de Cannabis un paliativo a los síntomas de sus dolencias. El común denominador de estos grupos es entre otros, exigir la legalidad de la actividad del autocultivo y cultivo solidario de Cannabis para la salud (<https://www.mamacultivaargentina.org/quienes-somos/>). Los une la necesidad de posibilitar una mejora de la calidad de vida de los pacientes con dolores crónicos o situaciones terminales.

En septiembre del año 2017 se dictó el decreto reglamentario 738/2017 de la ley 27.350, por medio del cual se creó el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos no Convencionales. Actualmente ese decreto se encuentra derogado y se aprobó una nueva reglamentación a través del decreto 883/2020 dictado en noviembre del año 2020. Entre los fundamentos que avalaron esa decisión se destacan los defectos e inconvenientes que se habían señalado cuando se emitió el decreto reglamentario del año 2017, entre los que se encontraban: el campo de aplicación restrictivo por el universo limitado que comprendía, el alto costo que derivaba de la importación del aceite, la falta de operatividad del registro creado, la inexistencia de un adecuado control de calidad y las distintas barreras que se habían creado, en contravención, a lo recomendado por la Organización Mundial de la Salud. (Petrillo, 2021)

“La nueva reglamentación valoró las deficiencias que según el Poder Ejecutivo, habría presentado el sistema instaurado por el anterior decreto, teniendo en consideración que las restricciones implementadas configuraron barreras para el acceso al aceite de Cannabis y sus derivados por parte de la población y que en razón de ello, los usuarios habrían tenido que tomar un rol activo y llevar a cabo la práctica del autocultivo, asumiendo el riesgo de ser condenados por la norma penal vigente.” (Voto del Magistrado Daniel Antonio Petrone)

Lo destacable de esta nueva reglamentación es que desarrolla en su art. 3° los objetivos del programa, entre los que se encuentran en el inciso d) el de implementar medidas para proveer en forma gratuita por parte del Estado, derivados de la planta de Cannabis para aquellos pacientes que cuenten con indicación médica, ampliándose, de este modo, el universo de personas alcanzadas por esta política sanitaria.

“Cabe resaltar que estos objetivos, si pudieran ser agrupados, podrían dividirse en objetivos de concientización y promoción del uso medicinal de la planta de cannabis (incs. a y b); objetivos de asistencia, para alcanzar el acceso real al tratamiento (incisos c y d); objetivos de investigación para lograr el acceso al uso terapéutico y comprobar la seguridad y eficacia del tratamiento (incs. e, f, g, h, e i); y objetivos de capacitación y seguimiento (incs. j, k y l).” (Petrillo, 2021)

A su vez, con el fin de eliminar las limitaciones económicas que surgían de la anterior re-

glamentación, está previsto que el Estado sea el encargado de proveer en forma gratuita los derivados de la planta de Cannabis, cuando los pacientes no cuenten con cobertura de una obra social o con los servicios de medicina prepaga. En caso contrario, la cobertura deberá ser brindada por el prestador al que el paciente se encuentre adherido. De este modo, todos los ciudadanos podrán tener acceso al tratamiento, sin importar su condición económica o los recursos con los que cuenten, pues solo será necesario que presenten una patología determinada, y cuenten con la respectiva prescripción médica. (Petrillo, 2021)

Destacamos lo dispuesto en el art. 8° del decreto N° 883/2020, que reglamenta el Registro del Programa de Cannabis, llamado REPROCANN. La finalidad del mismo es emitir la correspondiente autorización a los pacientes y familiares para acceder al cultivo controlado de la planta de Cannabis.

IV. Antecedentes del caso

El hecho que motivó la acusación en la que la Fiscalía imputó a Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel López del delito de “siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes”, previsto y sancionado por el art. 5° inc. “a” de la Ley 23.737, tiene su génesis en los acontecimientos sucedidos a principios del año 2017 cuando el personal de la Dirección General de Narcotráfico de la Policía de la provincia de Jujuy, por intermedio de la Brigada de Narcotráfico de la ciudad de Humahuaca, tomó conocimiento a través de un sujeto que no quiso identificarse, de que en una finca denominada “Los Terpenos” en el paraje “El Calete”, a siete kilómetros de la ciudad de Humahuaca, donde funcionaba un hostel con el nombre “La Casa de Calete” existía un invernadero, en el que se cultivaban plantas de Cannabis Sativa - Marihuana. A partir de allí, se inició una investigación con intervención de la Fiscalía Federal N° 2, a través de la cual se pudo establecer la existencia del invernadero y que el mismo se encontraba en el predio donde funcionaba un hostel. Se acreditó que en dicho lugar se cultivaban plantas de la especie Cannabis Sativa - Marihuana. También se determinó que el dueño del mencionado hostel era el Sr. Esteban Daniel Gago y que el Sr. Rodolfo Gabriel López era el encargado de cuidar del invernadero.

Del debate producido en aquella instancia se pudo corroborar la versión de los hechos sostenida por los imputados a lo largo del proceso, respecto de que las plantas que se encontraban en el invernadero estaban destinadas a la obtención de aceite de Cannabis para su propio consumo y el de sus familiares que padecían problemas de salud.

El Tribunal determinó que no había pruebas que comprometan a los encartados acerca de algún propósito de tráfico o destino ilegítimo en el manejo de la sustancia y sostuvo que las probanzas arrojadas a la causa, declaraciones testimoniales y estudios médicos, permitieron afirmar que el destino del cultivo del Cannabis que se efectuaba en el invernadero era el alegado por la defensa. También se acreditó en la causa que los imputados eran conscientes de que no tenían autorización para sembrar, cultivar y guardar semillas de plantas de la especie Cannabis Sativa, y que asumían el riesgo de hacerlo. Los jueces indicaron que no se encontraban satisfechos ni la lesividad exigida por la contradicción de la acción con el bien jurídico protegido de la salud pública de la acción y del hecho, ni con los elementos normativos del tipo penal exigidos por el principio de legalidad. Concluyeron, en voto mayoritario, que se había probado el fin altruista de los imputados por lo que resolvieron por la absolución de los mismos.

V. Reseña del fallo

Contra la decisión dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, el señor Fiscal Federal interpuso recurso de casación. Alegó que existió arbitrariedad por errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva. Sostuvo que el elemento objetivo del tipo imputado se encontraba demostrado con certeza. Remarcó que los delitos de peligro abstracto, no requieren la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico, que en este caso es la salud pública, sino que la peligrosidad del comportamiento es lo que se sanciona. Insistió en que los imputados tenían conocimiento de que estaban realizando la actividad de siembra y cultivo sin autorización y refirió que el art. 5 de la ley 23.737 exige la comprobación del destino ilegítimo para la procedencia de las figuras previstas en la norma o la ausencia de autorización, en forma disyuntiva. Que el hecho de no poseer autorización configura el dolo típico del delito en cuestión que requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo. Entendió que el bien jurídico salud pública se encontraba en riesgo.

Por su parte la defensa resaltó que los imputados no cultivaban o guardaban semillas para producir estupefacientes y que las únicas personas que conocían acerca de tal actividad eran las que tenían la misma finalidad que Gago y López, esto es la utilización del cannabis de modo medicinal. Es decir, sostuvieron que la inexistencia de dolo de tráfico impedía afirmar la tipicidad de la conducta. Asimismo expusieron que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en la ley 23.737 es la salud pública, y que justamente ya hace años se descubrió que la resina que contienen las plantas de Cannabis Sativa se utiliza para la fabricación de aceite con propiedades curativas para la salud. Que esas cualidades han sido reconocidas con la sanción de la ley 27.350 que habilita al uso médico del aceite de Cannabis en situaciones específicamente determinadas y con el cumplimiento de un determinado protocolo. Que las dificultades para llevar a cabo la finalidad de esta normativa derivaron en la práctica del autocultivo por parte de los pacientes o familiares de los usuarios del aceite de Cannabis. Señalaron que a través del decreto 883/2020 dictado en noviembre de 2020 se reconoció esta problemática y se reguló la inscripción en un registro para aquellos usuarios particulares que realicen autocultivo de Cannabis para uso medicinal, pero que a la fecha de los hechos imputados no se encontraba regulado.

VI. Resolución del Tribunal

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal. Con esta resolución se confirma del decisorio efectuado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy que había resuelto por la absolución de Esteban Daniel Gago y de Rodolfo Gabriel López del delito de siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes.

Partimos de la premisa de que no se encontraba cuestionada la existencia de un invernadero en el predio donde funcionaba el Hostel "La Casa de Caleta" y que en el mismo se cultivaba la especie Cannabis Sativa y se guardaban semillas y plantines de dicha especie y demás elementos de jardinería para llevar adelante el cultivo, todo lo que quedó acreditado en la instancia anterior. En esta instancia el análisis se centra en determinar si la conducta de los imputados puede ser enmarcada en lo dispuesto en el art. 5 inc. a de la ley 23.737 que dispone: "Será reprimido con prisión de cuatro a quince años y multa de cuarenta y cinco a novecientas unidades fijas el que sin autorización o con destino ile-

gítimo: a) siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines.”

VII. Análisis del decisorio

El voto del Magistrado Daniel Antonio Petrone se centra, en primer lugar en analizar cuándo una sustancia puede ser considerada estupefaciente y hace mención a las normas administrativas a las que remite el Código Penal a los fines de definir el término estupefacientes. Destaca que al momento de la comisión de los hechos, se encontraba vigente el listado de estupefacientes previsto por el decreto 722/1991 que incluía en su Anexo I a las sustancias identificadas como Cannabis Sativa, sus resinas, sus aceites y semillas. Resalta que en el año 2017 se sancionó la ley 27.350 de investigación médica y científica para el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados cuyo objeto es establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica de uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando el cuidado de la salud. Destacó que uno de los objetivos de la novedosa legislación era como lo explicita el art. 3 “garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa”. También resaltó lo dispuesto por el art. 8 de la mencionada normativa en cuanto establece la creación de un registro nacional voluntario a los fines de autorizar, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 de la ley 23.737 la inscripción de pacientes y familiares de pacientes que presenten patologías incluidas en la reglamentación y sean usuarios del aceite de cáñamo y sus derivados.

Refiere que en noviembre del año 2020 se dictó el decreto 883/2020 que reglamentó nuevamente la ley 27.350 mediante el cual se estableció un registro específico de usuarios que cultivan Cannabis para fines medicinales, valorando las deficiencias que había presentado el sistema instaurado anteriormente, teniendo en cuenta que, las barreas existentes derivaron en que los particulares practicaran el autocultivo de la planta, asumiendo incluso el riesgo de ser condenados por ello. A su vez, destaca la recomendación de la Organización Mundial de la Salud de eliminar el cannabis y el aceite de cannabis de la categoría que incluye las “sustancias dañinas y con beneficios médicos limitados”. Resalta la importancia de que la nueva reglamentación establece un registro específico para usuarios que cultivan con fines medicinales y terapéuticos. Sostiene el Magistrado que se presenta un supuesto en el que, al momento de resolver, se encuentra vigente una norma que no lo estaba al momento de la comisión del hecho. Esto sucede porque la nueva reglamentación prevé la posibilidad de que los pacientes obtengan autorización para acceder al cultivo de la planta de Cannabis para uso propio o de un familiar. En este punto se cuestiona si las conductas de los encartados siguen siendo merecedoras de reproche penal. Efectúa un análisis del principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna que se deriva del art. 2 del Código Penal.

Concluye diciendo que encuadrados en las previsiones del decreto 883/2020 las conductas de los imputados ya no resultan merecedoras de reproche penal, dado que el Poder Ejecutivo ha dado autorización para que en determinadas circunstancias, las conductas de sembrar y cultivar Cannabis puedan ser realizadas por ciertas personas a los fines de obtener el aceite de Cannabis para uso medicinal.

Sin perjuicio de lo reseñado, el Magistrado destaca que para poder llevar a cabo estas

actividades se requiere de indicación médica, consentimiento informado y autorización a tal efecto. Que en la anterior instancia quedó acreditado que los imputados no contaban con dicha autorización. Pero a su vez, relaciona el hecho de que tanto la ley 27.350 como sus decretos reglamentarios no estaban vigentes al momento de los hechos, por lo que la mencionada autorización no resulta exigible para los encartados.

En su voto, el Juez Diego G. Barroetaveña se adhiere a la solución propuesta por el anterior Magistrado. Destaca que los elementos probatorios recabados en la anterior instancia, especialmente los mensajes de texto y pruebas testimoniales rendidas, dieron cuenta de las dolencias que padecían los familiares de los imputados Gago y López y que la finalidad del cultivo de la especie Cannabis Sativa era la producción de aceite para su propio abastecimiento y de sus familiares. El juzgador hace hincapié en la presunción de inocencia constitucional. Entiende que no hay elementos suficientes que puedan destruir ese estado de inocencia por lo que corresponde rechazar el recurso.

Finalmente la Dra. Ana María Figueroa se pronuncia en consonancia con los votantes precedentes, por el rechazo del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

Sostiene que el Tribunal Oral ha realizado un pormenorizado análisis de la prueba rendida en la causa que permite afirmar el estado de inocencia de Gago y López en lo que respecta al delito del cultivo de plantas y guarda de semillas para producir estupefacientes.

Elabora un análisis de la Ley 23.737 que contempla como bien jurídico preponderante cuya afectación se sanciona, a la salud pública. Refiere que las actividades que describe el art. 5 de la mencionada normativa llevan ínsitas una relación secuencial con actividades de comercialización ilegal de la droga, se trata de actos relacionados con el tráfico de drogas.

Destaca que asiste razón al recurrente cuando en su planteo manifiesta que la conducta merecerá reproche cuando se realice sin autorización o con destino ilegítimo en forma disyuntiva. Expone que el punto central a analizar en este caso es la concurrencia de elementos objetivos y aspecto subjetivo de la conducta prevista en el art. 5 inc. "a" de la Ley 23.737. Señala que en relación al delito de siembra y cultivo de plantas, debe tener como fin participar del tráfico de estupefacientes, en tanto se tratan de un eslabón de su cadena. De este modo, indica que se requiere un elemento específico en el aspecto subjetivo del tipo, esa finalidad especial que exige la norma. Resalta la juzgadora que las conductas tipificadas requieren un determinado fin que es producir o fabricar estupefacientes, lo que no debe perderse de vista. Que en el caso analizado, los imputados tuvieron como finalidad producir o fabricar aceite de Cannabis para uso medicinal, tanto para uso propio como de personas allegadas y familiares. Expresa que cabe aquí determinar si el aceite de Cannabis para uso medicinal se encuentra incluido dentro de las sustancias prohibidas a las que remite la Ley 23.737. Menciona que para ser considerada estupefaciente, la sustancia debe en forma concurrente estar incluida en los listados de la autoridad administrativa y asimismo ser susceptible de producir dependencia física o psíquica. Manifiesta que con el dictado de la Ley 27.350 en el año 2017 hubo un cambio sustancial en la política del Estado en referencia a al aceite de Cannabis para uso medicinal, al reconocerse públicamente sus cualidades terapéuticas frente a los problemas de salud de las personas que no se abordan eficazmente con los tratamientos médicos convencionales. Valoró la sentenciante el debate producido entre los diputados antes del dictado de la Ley 27.350, e hizo referencia a la posibilidad del autocultivo sostenida por

una parte de los legisladores, pero que finalmente no quedó plasmada en la ley. Ahora bien, remarca que el decreto reglamentario 883/2020 vino a enmendar ciertas falencias que se observaron en los años desde la publicación de la ley de Cannabis medicinal. Valoró que las restricciones que poseía la normativa configuraban barreras al acceso oportuno del Cannabis por lo que gran parte de los usuarios del aceite, decidieron satisfacer su propia demanda a través de la práctica del autocultivo. Que por esa razón, en la reglamentación se dispuso la creación del Registro del Programa de Cannabis, con el fin de emitir la correspondiente autorización del cultivo controlado para los usuarios. Concluye diciendo que de la sanción de la Ley 27.350 y su posterior reglamentación, surge que el Estado nacional concibe al aceite de Cannabis como una sustancia de uso terapéutico y medicinal que debe ser considerado una sustancia lícita. Por todo ello, y en razón del cambio de política del Estado, si la conducta estaba orientada a la producción de aceite de Cannabis para uso medicinal, como se acreditó en este caso, la conducta no resulta subsumible en el tipo penal previsto en el art. 5 inc. "a" de la Ley 23.737 porque no se configura el elemento subjetivo distinto del dolo requerido por dicha figura que es "para producir o fabricar estupefacientes". De este modo afirma que las conductas de Gago y López resultan subjetivamente atípicas del delito referido por lo que corresponde rechazar la imputación en examen.

VIII. Reflexión final

En nuestro país muchos de los usuarios del aceite de Cannabis acceden a este producto a través del autocultivo o cultivo solidario debido a la dificultad para acceder por parte del Estado u obras sociales a este tipo sustancias con fines medicinales. La realidad es que este panorama afortunadamente está cambiando y es un proceso que se viene vislumbrando desde año 2017 con la sanción de la ley 27.350 de investigación médica y científica de uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados y que se fue puliendo con el correr del tiempo y a partir de la observación de las barreras o dificultades que presentaba la aplicación de la normativa en la práctica. El decreto reglamentario N° 883/2020 de la ley 27.350 vino a echar luz a esta problemática mediante la creación del Registro del Programa de Cannabis (REPROCANN), que procura mejorar el acceso de aquellos que cultivan para sí o terceros en el marco de una indicación terapéutica.

El fallo analizado es un fiel reflejo de que ante determinadas circunstancias y con el fin de tener un efecto curativo o paliativo para la salud humana, el cultivo de la planta Cannabis Sativa puede no quebrantar la salud pública, bien jurídicamente protegido por la Ley 23.737. Consideramos que fue adecuado el análisis completo de la prueba obrante en la causa que permitió al Tribunal concluir que los imputados no estaban vinculados al cultivo de plantas de Cannabis con la intención de insertar su producido en la cadena de tráfico de estupefacientes sino que su verdadera vinculación estaba motivada en una finalidad benévola, esto es, ayudar a su familiares que padecían enfermedades que encuentran en el aceite de Cannabis un paliativo para sus dolencias.

Es importante recordar que la noción abstracta del más alto nivel posible de salud hay que dotarla de contenido y adaptarla a la realidad de quienes el derecho a la salud está en juego. El Estado nacional es responsable sobre los pactos que firma y las políticas públicas de salud que ponga en marcha determinarán cuál será el más alto nivel posible. (Gastón, 2021)

Referencias bibliográficas

- D´Alessio, A. M. (2020), El Aceite de Cannabis. Una mirada interdisciplinaria desde la óptica de los Derechos Humanos. Revista Jurídica AMFJN. Disponible en: <https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2020/09/cannabis-Comisio%CC%81n-DDHH-1.pdf>
- Furlotti Barros, Mariano – Rollandelli Andrés (2021), Marco regulatorio del cannabis: los casos de Uruguay, México y Argentina. Disponible en: https://www4.hcdn.gob.ar/archivos/observatorio-ocal/informes/legislacion_ok.pdf
- Gastón, Leonardo (2021), Cannabis medicinal como derecho humano de niños y niñas con TEA en la Argentina, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2145/2021
- Gastón, Leonardo (2022), El estigma del cannabis medicinal en Argentina. Implicancias del acceso a la salud, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/720/2022
- Gil Domínguez, Andrés - Aráoz Falcón, Candelaria (2017), Cannabis medicinal, autocultivo, cultivo solidario y derecho a la salud, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1224/2017
- Petrillo, Paola M. (2021), Comentario a la nueva reglamentación de la ley 27.350 sobre uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados: decreto 883/2020, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/99/2021

Personas mayores vulnerables: discriminación por razones de edad en el acceso a determinadas prestaciones de salud. Necesidad de una concreta adecuación y actualización normativa

Vulnerable older people: age discrimination in access to certain health benefits. Need for a specific adaptation and regulatory update

María Alejandra Asencio¹ - Fedra Carla Gatti²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)14)

Comentario a

“A., R. A. C/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS)
Amparo (Ley 4915)- Recurso de apelación”
Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

RESUMEN:

En este artículo se analiza la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba respecto del recurso de apelación de la Obra Social demandada, en el marco de una acción de amparo de salud. La decisión del Máximo Tribunal confirma y profundiza los lineamientos protectorios del derecho de la salud de las personas con discapacidad auditiva; y promueve una perspectiva de adecuación progresiva de las regulaciones y prácticas administrativas al bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal.

ABSTRACT

This article analyzes the decision adopted by the Superior Court of Justice of Córdoba regarding the appeal of the defendant social health insurance, within the framework of a health

1 Abogada (UNC); Egresada sobresaliente. Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Se desempeña en la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de Provincia de Córdoba. Correo electrónico: aleasencio@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9147-2609>.

2 Abogada (UNC); Egresada sobresaliente. Adscripta a la Cátedra de Derecho Procesal Administrativo (UNC); Maestrando en Gerencia y Administración en Servicios de Salud (Escuela de Salud Pública – UNC). Se desempeña en la Secretaría Electoral y de Competencia Originaria del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Correo electrónico: fedragatti@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4382-5948>

protection action. The decision of the Supreme Court confirms and deepens the protective guidelines of the right to health of people with hearing disabilities, and promotes a prospective of progressive adaptation of the regulations and administrative practices to the block of constitutionality and federal conventionality.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la Salud. Personas Adultas Mayores. Personas con discapacidad. Acceso a prestaciones médicas. Perspectiva de vulnerabilidad. Acceso a prestaciones. Límite etario. Categoría sospechosa.

KEY WORDS: Right to health. Older adult people. People with disabilities. Access to medical benefits. **VULNERABILITY PERSPECTIVE.** Access to benefits. Age limit. Suspicious category.

I. Introducción

El propósito de estas consideraciones es efectuar un análisis del decisorio aludido, en una aproximación protectoria a un universo de personas que padecen discapacidad auditiva (DA) o pérdida auditiva superior a ciertos parámetros. Por tal condición, precisan atención otológica y servicios de rehabilitación adecuados para evitar las consecuencias devastadoras en su capacidad de comunicarse y de relacionarse, que en definitiva impactan en su salud mental y calidad de vida.

En el caso objeto de estudio, el Tribunal Superior de Córdoba define y precisa la protección de este especial tipo de discapacidad, confirmando la línea argumentativa de la Cámara de origen y avanzando, pasos más adelante, al exhortar la adecuación de la normativa reglamentaria (Resolución n.º 101/07) de la Obra Social demandada a la normativa constitucional y convencional federal.

La metodología de análisis e interpretación efectuada por el Alto Cuerpo nos coloca en el plano de indagar acerca de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad auspiciados o no, en cuanto límites reglamentarios, por las disposiciones que reglan el acceso a una cobertura tan especial, cual es, el implante coclear.

En ese camino, la reflexión se impone: el límite etario no puede consentirse como un parámetro apto para determinar la exclusión, aún por vía de excepción (excepcionalmente), de una tutela jurídica especial y reforzada prevista por el entero bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal para protección del derecho a la salud de una persona con discapacidad.

A la luz del prisma constitucional y convencional, el límite de los sesenta (60) años de edad, previsto por la mentada Resolución n.º 101/07, luce desproporcionado porque introduce una categoría sospechosa de lesionar, entre otros, el principio de igualdad y con ello se erige, tal como será demostrado, en una categoría discriminatoria.

Se observará que tanto sea en la faz administrativa como en la de control jurisdiccional, la reglamentación aplicable debe superar toda tensión con el bloque constitucional y

convencional, en modo de asegurar una efectiva y preferente protección del derecho a la salud de este especial espectro de personas con discapacidad auditiva (DA), pues de otro modo, la prestación de salud se tornaría ilusoria y por tanto conculcaría aquel derecho fundamental.

A fin de comprender la trascendencia de la decisión analizada, será necesario, previamente, indagar acerca de los contornos particulares del caso.

II. El caso bajo examen

El actor promovió acción de amparo y solicitó la cobertura total de implante coclear con más todas las prestaciones accesorias que hacen a su debido funcionamiento. En ese sentido, acusó la conducta omisiva de la demandada ya que padece hipoacusia neurosensorial bilateral profunda que afecta las frecuencias del habla.

La Obra Social demandada, en oposición al progreso de la acción, solicitó su rechazo pues, a su entender el actor no lograba expresar de manera concreta, clara y precisa el acto u omisión de autoridad pública que diese fundamento a aquella acción. Por otra parte, explicitó que el actor no cumplía con el requisito de la Resolución administrativa n.º 101/07, en cuanto fijaba el tope etario en los sesenta (60) años para lograr el acceso a determinadas prestaciones (en el caso, el implante coclear), sino que, por el contrario, lo superaba.

En su decisorio el Tribunal Superior confirmó la sentencia del Tribunal de mérito y en consecuencia, se ordena la cobertura -de manera integral- del implante coclear en oído derecho, con más todas las prestaciones accesorias que hacen a su debido funcionamiento, en el marco de las reglamentaciones vigentes de la demandada para este tipo de cobertura, pero sin consideración del límite de 60 años de edad.

Por lo demás, exhortó a la obra social demandada a fin de que adecue las reglamentaciones administrativas y prácticas internas que, en materia de prestaciones a adultos mayores o con discapacidad, pudieran contravenir el trato preferente y sin discriminaciones por razones de edad u otras similares que exigen la Constitución Nacional, las leyes de fondo y los tratados internacionales de derechos humanos.

De los términos reseñados del caso judicial, y tal como fuese previsto, la interpretación efectuada por el Máximo Tribunal cordobés nos conduce hacia una primera categoría de análisis: la protección del derecho a la salud de los adultos mayores en situación de vulnerabilidad.

III. El derecho a la salud de los adultos mayores y su condición de vulnerabilidad

En primer lugar, cabe destacar las singularísimas características del caso, en orden a su plataforma fáctica, pues el actor padece una especial patología crónica, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda, que afecta las frecuencias del habla y su capacidad de comunicarse y de desarrollar una vida de relación.

Tal disminución auditiva, lo coloca en una situación de extrema vulnerabilidad y revela su imperiosa y vital necesidad de recurrir a la atención otológica y a la cobertura de una prestación específica, esto es: el acceso a un dispositivo tecnológico, cual es el implante coclear con más todas las prestaciones accesorias que hacen a su debido y correcto funcionamiento.

El dato fáctico relevante de esta enfermedad es la afectación de la autonomía personal de quien la padece. En el caso de autos, la idoneidad de la pretensión médica reclamada se encontraba suficientemente acreditada a través del dictamen médico especialista, y de los estudios médicos específicos acompañados.

En sentido coincidente, los galenos destacaban que el paciente era candidato apto al implante coclear en su oído derecho, lo cual le permitiría mejorar su audición y adquirir estereofonía binauralidad, es decir, el fenómeno de la audición que le permitiría la coordinación mutua entre los dos oídos, mejorando la discriminación de la palabra principalmente en ambientes ruidosos.

Tal como señala la Asociación Argentina de Audiología, la pérdida de audición es un problema significativo y común en la población de edad avanzada. Se ha remarcado que el implante coclear (IC) mejora las habilidades auditivas y la confianza en sí mismo y es un dispositivo tecnológico bien tolerado en los adultos mayores. Con el aumento en la expectativa de vida cada vez son más los adultos mayores potenciales candidatos a IC. El uso de esta terapéutica mejora significativamente su desempeño audiológico, hecho que impacta positivamente en su funcionamiento cognitivo, social y calidad de vida. (ASOCIACIÓN ARGENTINA DE AUDIOLOGÍA, 2020).

Como observamos, se trata de un problema de salud que afecta en forma creciente a las personas de mayor edad y cuya consideración es necesaria. En orden a este punto, cobra relevancia 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 (Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 381/2014 "Rubiolo, Alfredo Andres c/ administración Provincial del Seguro de Salud – APROSS ex Ipam) – Amparo- Recurso de Casación").

IV. Sujeción de las reglamentaciones administrativas al bloque constitucional y convencional de protección a las personas mayores vulnerables

En ese marco, y puestos a analizar la inteligencia del fallo comentado, se impone reflexionar acerca de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia de la negativa de la APROSS a brindar al actor cobertura de la prestación médica con fundamento en el límite etario (mayor de 60 años) como parámetro de exclusión.

Del breve repaso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se destacan las siguientes nociones básicas: "El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el 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 un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (329:4918).

"El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud

está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida" (329:4918).

Por su parte, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud 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". (OMS, 2017).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define el derecho a la salud como "Un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral" (Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, § 118; Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, § 105; Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, § 76).

A los fines de realizar un breve recorrido del bloque constitucional y normativo aplicable al caso de análisis, no puede soslayarse que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada junto con su Protocolo Facultativo, por la Ley 26.378 de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.) produjo un cambio relevante en la concepción de la discapacidad y de su tutela jurídica.

Como se ha explicitado, la Convención implicó importantes consecuencias para la comunidad vulnerable y entre las principales se destaca la "visibilidad" de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas. O sea, la asunción irreversible del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y sobre todo contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas (SANCHEZ ZELIS, 2021)

Asimismo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45a Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015, cuya ratificación tuvo lugar mediante la Ley 27.360 (B.O. 31/05/2017), con jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN), reafirma la protección indicada.

En el orden nacional, la Ley 25.415 (B.O. 03/05/2001) de creación del Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia, fija las prestaciones obligatorias que deberán brindar las obras sociales y asociaciones de obras sociales regidas por leyes nacionales y entidades de medicina prepaga, entre las cuales se incluye la provisión de audífonos y prótesis auditivas así como la rehabilitación fonoaudiológica (art. 3°).

Por su parte, la Provincia de Córdoba, mediante la Ley 9564 (B.O. 19/12/2008) se adhirió al Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de Hipoacusia creado por la Ley Nacional N° 25.415.

Ahora bien, en esta jerarquía de normas y de conformidad a la Ley 9277, la Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) se inserta dentro del sistema de seguridad social, como entidad autárquica con individualidad financiera y tiene como función primordial organizar y administrar el sistema de cobertura de las contingencias de salud para los habitantes de la provincia de Córdoba.

En líneas generales, del cuerpo normativo en cuestión se deduce que la APROSS otorgará a sus afiliados o beneficiarios cobertura asistencial con el objeto de promover la salud, prevenir la enfermedad, recuperar y rehabilitar la situación de salud (art. 12).

Las prestaciones, servicios e insumos a los cuales se refieren las previsiones precedentes serán brindadas en la medida de las posibilidades técnico-financieras de la entidad y de conformidad a las reglamentaciones y resoluciones que dicte el Poder Ejecutivo y el Directorio de la APROSS (art. 13).

En uso de estas facultades, la APROSS dicta la Resolución n.º 101/07 (actualmente vigente) la que fija un tope etario para que el afiliado con discapacidad pueda acceder a determinadas prestaciones (implante coclear).

Tal limitación resultó ser el fundamento liminar que justificó el rechazo del pedido de cobertura efectuado por el actor en la instancia administrativa y que motivó la consecuente acción de amparo.

Es así que la decisión del Tribunal de mérito y la del TSJ, centran su atención en determinar si la reglamentación de la APROSS resulta ajustada en términos constitucionales y convencionales. En definitiva, si la reglamentación aplicable supera toda tensión con el bloque constitucional y convencional federal, de manera de asegurar una tutela del derecho a la salud de las personas con discapacidad auditiva (DA).

En esta tarea de subsunción, ambos órganos jurisdiccionales concluyen que aquella resolución de la APROSS está en abierta colisión con una norma de mayor jerarquía, cual es la referida Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Este instrumento internacional dispone que los Estados Parte se comprometen, entre otras cuestiones, a salvaguardar los derechos humanos de las personas mayores de edad, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud física y mental, y a vivir con dignidad hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, sin ningún tipo de "discriminación por edad en la vejez" (v. en particular, arts. 1, 5, 6 y 19).

La norma internacional también señala que "la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades".

En este orden de ideas, la Administración demandada no consideró que, al negar la cobertura requerida en razón de la vejez, su conducta puede configurar un trato discriminatorio prohibido por el orden constitucional (arts. 16 y 75 inc. 22, Constitución Nacional y Corte Interamericana DH, "Poblete Vilches y otros vs. Chile", sentencia del 8 de marzo de 2018, párr. 122).

IV. Categoría sospechosa. Prohibición de discriminación y control de constitucionalidad

El Alto Cuerpo en el fallo bajo estudio destaca que contra la obligación legal de la debida motivación que pesa sobre todo acto administrativo, la demandada no ha justificado la razón del límite de edad establecido. Es que, en supuestos de categorías sospechosas, la carga argumental es mayor cuando la salida que se propicia va en el sentido de restringir el ejercicio de derechos fundamentales; más aún cuando los damnificados por tal afectación o limitación fueran personas que pertenecen a colectivos especialmente vulnerables.

En idéntico sentido, la CSJN puntualizó que la condición de vejez constituye una categoría sospechosa, de modo que si una diferencia de trato está basada en ella se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que esa diferenciación se encuentra plenamente justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (dictamen de la Procuración General en FTU 17903/2012/1/RH1, "Sogga, Luis Constantino c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ recurso de hecho", del 9 de febrero de 2018).

En las condiciones descriptas, entendemos que la resolución administrativa de la APROSS configura un claro caso de lesión al principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN) y de afectación al derecho a la salud del cual gozan todos los habitantes de la Nación sin distinción alguna.

Del propio texto de la resolución mencionada no se explicitan motivos que justifiquen la aludida discriminación, y que permita validar la regla de exclusión de cobertura tal como lo efectúa su cláusula primera.

A ello se suma, tal como destaca el voto de la Sra. Vocal de la Cámara de origen, Dra. María Inés Ortiz de Gallardo, que: *"la denegación de cobertura con fundamento en la Resolución N° 101/07 significa incurrir en una omisión lo suficientemente lesiva del derecho constitucional a la salud, impidiendo al actor el desarrollo de una vida digna en plenitud personal y con su entorno. (...) La causal de exclusión se advierte desproporcionada a las necesidades del actor, con mayor razón cuando obran en autos las constancias de su estado de salud que acreditan la necesidad del implante solicitado a los fines de posibilitar su vida en relación"*.

Al respecto, cobra relevancia la definición de "edadismo" que propicia la Organización Mundial de la Salud, como un estereotipo, prejuicio y discriminación hacia las personas de ciertas edades debido a la afectación o deterioro natural de su salud. Incluso ha sido señalada como la tercera forma de discriminación, después del racismo y el sexismo (...) El edadismo se filtra en muchas instituciones y sectores de la sociedad, incluidos los que brindan atención sanitaria y social, así como en el lugar de trabajo, los medios de comunicación y el ordenamiento jurídico. (OMS, 2021).

El término de discriminación tiene una connotación negativa en el uso habitual, en tanto se trata de la exclusión de una persona por pertenecer a determinado sector. Pero tiene, además, otra acepción que da cuenta del reconocimiento de una diferencia. Todos somos iguales, pero sólo en cuanto a nuestros derechos. A partir de allí somos todos diferentes. Y en algunos casos, ignorar las diferencias implica imposibilitarle a ciertas personas acceder a sus derechos (...) Esto significa la necesidad de crear mecanismos para que la igualdad formal se transforme en igualdad de oportunidades y trato. (GROSMAN, 2014).

En síntesis: a partir de los comentarios provenientes de los ámbitos nacional e internacional, cabe decir que las categorías sospechosas son rasgos prohibidos que menoscaban la dignidad humana por medio de un trato diferenciado y que producen desventaja hacia determinados grupos estereotipados sin que exista una razón que la justifique. (AVEDAÑO-GONZALEZ, 2018).

Conclusiones

Las personas mayores frente al derecho en general representan un grupo en situación de especial vulnerabilidad y de preferente tutela jurídica.

Si tenemos en cuenta la trascendencia del derecho a la salud, el derecho a la vida, la dignidad humana y la integridad física de las personas mayores, la limitación basada en la edad para el acceso a determinadas prestaciones de salud no tiene fundamento alguno y aparece como claramente arbitraria e irrazonable.

En la sentencia bajo análisis, tanto el tribunal de mérito como el Tribunal Superior desplegaron un intenso control de constitucionalidad y de convencionalidad respecto del tope etario, el que constituye un obstáculo insalvable para el acceso a las prestaciones de salud, en condiciones de igualdad y sin discriminaciones, del que gozan todas las personas mayores y con discapacidad.

Por tales motivos, el Alto Cuerpo exhorta a la APROSS para que introduzca las modificaciones normativas imprescindibles -y también en sus prácticas internas- con el fin de saldar dicha incompatibilidad. Esto, de conformidad con el deber de adoptar "todas las medidas pertinentes", de manera de modificar o derogar todo acto que "constituya discriminación contra las personas con discapacidad" (CDPD, art. 4.1, inc. b, en conexión con el art. 2 de la CADH).

Asimismo, advierte que progresivamente, la APROSS debería orientar e informar a los afiliados y afiliadas acerca de cuáles son las modulaciones interpretativas bajo las cuales sí estaría garantizado el acceso a una prestación como la demandada en esta causa, de forma igualitaria sin que resulte restringido el goce de ciertos derechos -por razones de edad- a personas mayores y con una determinada discapacidad.

En este orden de conceptos, todo el marco constitucional y convencional analizado precedentemente, sumado al reconocimiento del tratamiento preferencial e integral adoptado por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, conduce a afirmar que la Resolución de la APROSS no puede ser sostenida, sino a riesgo de constituir la mentada categoría sospechosa, por introducir un criterio (límite etario) en abierta contradicción a la debida igualdad constitucional.

Es que los derechos humanos implican obligaciones a cargo del Estado, que tiene la responsabilidad concreta de respetar, garantizar, proteger y velar por su real cumplimiento. Si el Estado no cumplimenta acabadamente con estos deberes que tiene a su cargo -referidos a la protección de los derechos humanos de su población- por ejemplo, al no sancionar una ley cuya adopción era exigida por un tratado, o no adecuar su sistema normativo a las prescripciones allí establecidas, compromete su responsabilidad internacional y queda habilitado el funcionamiento de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. (PERSONS ALESSO; MERLO VIJARRA; MOZZONI, 2019). De manera que, estando en juego el derecho a la salud de las personas mayores con discapacidad auditiva y su derecho a gozar de los avances tecnológicos y científicos, se exige un rol activo del juzgador, en el que promueva la tutela del goce del más adecuado nivel posible de salud que les asiste.

Referencias bibliográficas

- Asociación Argentina de Audiología (2020). Implante coclear en adultos mayores: resultados audiológicos y calidad de vida. Disponible en: <https://asara.org.ar/2020/07/07/implante-coclear-en-adultos-mayores-resultados-audiologicos-y-calidad-de-vida/>
- Organización Mundial de la Salud (2017). Salud y derechos humanos. (Notas descriptivas). Ginebra. Suiza. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>.
- Sánchez Zelis, P. (2021). La acción de amparo en el marco de la proyección del derecho fundamental a la salud. Su paradigma, perspectiva y prospectiva en la jurisdicción federal en Amparo en salud. Un análisis desde la jurisprudencia. *Advocatus*, Córdoba, pág. 24.
- Organización Mundial de la Salud (2021) El edadismo es un problema mundial- Naciones Unidas. Ginebra. Suiza. Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/18-03-2021-ageism-is-a-global-challenge-un>
- Grosman, C. (2014) Los adultos mayores en la sociedad y en la familia. En *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia*. Una mirada crítica y contemporánea, 1° edición pág. 447. Infojus: Id SAIJ: DACF140463. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/cecilia-grosman-adultos-mayores-sociedad-familia-dacf140463-2014-07/123456789-0abc-defg3640-41fcanirtcod>
- Avendaño-González, L.E.; Pérez-Pedraza E, Rabell-García E. Categorías sospechosas y control difuso en la práctica del juzgador familiar. *Colomb Forense*, vol. 5, no. 1, pp. 43-56, doi: <https://doi.org/10.16925/cf.v5i1.2361>
- Persons Alesso, L.; Merlo Vijarra, M. A.; Mozzoni, A.(2019). La regulación de residencias de larga estadía en la provincia de Córdoba. Análisis a la luz de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores. *Revista Argumentos* Núm. 9 noviembre-diciembre 2019, pp. 78-95 Sección: Artículos Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Disponible en:<http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar>

¿Es necesario que la justicia autorice la gestación por subrogación?

Is it necessary for justice to authorize surrogacy?

Sebastián Sandoval Junyent¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)15](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)15)

Comentario a

**“P. B. R. – T. V. – SOLICITA HOMOLOGACION” – Sentencia del 29/10/2021
Juzgado de Familia N° 5 de la ciudad de Córdoba**

Disponible en

<https://bit.ly/3UGoH57>

RESUMEN:

Una pareja homosexual acude a la justicia para la homologación de un acuerdo suscripto con una mujer amiga, a los fines de un procedimiento de TRHA mediante gestación por sustitución, para tener un hijo/a. Durante el proceso judicial la pareja se separa y uno de ellos continúa con el pedido de homologación, pero ahora con fines de formar una familia monoparental. El tribunal hace lugar al pedido.

ABSTRACT

A homosexual couple goes to court for the homologation of an agreement signed with a female friend, for the purposes of an ART procedure through surrogacy, to have a child. During the judicial process, the couple separates and one of them continues with the request for homologation, but now with the purpose of forming a single-parent family. The court grants the request.

PALABRAS CLAVE: Familia monoparental, gestación por sustitución, gestación subrogada, homologación judicial.

KEY WORDS: Single-parent family, gestation by substitution, surrogacy, court approval.

¹ Abogado (UCC). Magister en Derecho Empresario (UES21), Maestrando en Gerencia y Administración de Servicios de Salud (UNC), ejerce libremente la profesión de abogado, asesorando principalmente en materia de salud. Correo electrónico: sebastian@estsandoval.com.ar. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9179-8294>.

Este comentario forma parte del Proyecto de I+D UBP (Código 143-20210221-97), “Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada” dirigido por la Prof. Dra. Claudia E. Zalazar y el Prof. Dr. Gonzalo Gabriel Carranza.

I. Introducción

La gestación por sustitución o gestación subrogada aparece como una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) válida para una pareja homosexual que decide concretar su sueño de tener un hijo.

En el caso bajo comentario, una pareja de cuatro años de convivencia recibe de parte de una mujer amiga, la oferta de ser mujer gestante, esto es, de llevar en su vientre al hijo o hija que ellos desean hace tiempo.

Pero se encuentran con un panorama jurídico de incertidumbre pues, si bien conocen otras personas que han logrado la paternidad bajo esta modalidad, esta técnica no está legislada e incluso los asesoran de la existencia del art. 562 del CCCN que sólo reconoce la maternidad a la madre gestante, por lo que deberían pelear su inconstitucionalidad ante un tribunal.

La pareja inicia el trámite judicial el 12 de marzo de 2020, pidiendo la homologación del acuerdo suscripto entre ellos y la mujer gestante, del que surge con claridad que tienen en claro que uno de los hombres de la pareja aportará material genético (espermatozoides) y los óvulos a utilizar serán donados desde un banco de óvulos. Asimismo, la mujer gestante aportará el útero y será acompañada por la pareja de padres intencionales durante todo el proceso, pero ella reconoce expresamente que no tiene derecho filiatorio respecto del niño o de la niña por nacer.

Durante el proceso judicial la pareja se separa, circunstancia que es expuesta de buena fe en el expediente, conjuntamente con la manifestación de voluntad de continuar con el proceso aquel hombre que aportaría el material genético (hombre solicitante) como así también la mujer gestante.

El tribunal y el ministerio publico fiscal, resuelven que no hay obstáculo para la familia monoparental y deciden continuar con el proceso.

El hombre solicitante y la mujer gestante se someten a las pericias ordenadas por el tribunal logrando con fecha 29/10/2021, luego de un año y medio, la homologación del acuerdo y la orden de inscribir al niño/a como hijo/a del padre solicitante en el Registro Civil correspondiente.

I. ¿Por qué acudir a la justicia?

La Gestación Subrogada (en adelante GS) no está legislada en Argentina. ¿Es fundamento suficiente para tener que acudir a la justicia en estos casos?

La simple ausencia de norma que regule alguna situación de la vida en sociedad, no implica que deba ser reconocido por el poder judicial para que sea válido. No comparto la necesidad de normas que regulen cada segundo de mi vida. El acceso a la justicia debería ser la última instancia, cuando ya no queda otra alternativa para solucionar un conflicto, cuando existe alguna arbitrariedad o restricción innecesaria que genera daños graves e innecesarios, por ejemplo.

Pero corresponde preguntarnos si la GS, como técnica de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) presenta elementos o factores que ameriten la intervención de la justicia.

Con esa óptica analizaremos la sentencia referenciada.

La resolución que se comenta, expone que las partes adjuntan un “Acta compromiso” y piden su homologación. Dicho instrumento no está transcrito en la sentencia, entendemos que por una cuestión de respeto a la intimidad de la cuestión bajo solución, a la que adherimos.

Sería contradictorio pretender preservar la identidad de las partes al caratular el juicio tan sólo con las siglas de los nombres y apellidos, y luego transcribir los términos del acuerdo.

Entendemos que este Acta Compromiso será un acuerdo, convenio, entre determinados sujetos con un determinado fin.

Si bien el título del instrumento puede ser variado, no caben dudas de que deberá ser analizado desde la óptica del derecho contractual, con un criterio restrictivo en virtud del orden público que envuelve la voluntad de las partes.

1) Sujetos:

En el caso bajo análisis, los sujetos del contrato, o las partes de ese acuerdo son, por un lado, una pareja de hombres, que conviven hace cuatro años y desean tener un hijo o una hija. En el fallo bajo comentario el Ministerio Público Fiscal los llama “Padres Intencionales”. En la legislación internacional² también se los denomina “padres contratantes”. Por otro lado, es necesario una mujer, que en la sentencia comentada es llamada “gestante” o “gestante sustituta”, quien ofrece su útero para gestar el niño o niña por nacer. El Juez de la causa en conjunto con el Ministerio Público Fiscal toman un rol activo en acreditar la estabilidad psicológica de las partes contratantes, tanto de los padres intencionales como de la mujer gestante, pues un aspecto relevante, esencial y determinante de la GS es que la mujer gestante no será reconocida como madre, sino que tan sólo será un instrumento de la gestación. Razón por la cual, se deben despojar todas las dudas posibles respecto de violencia, presiones, abusos, lesión subjetiva, etc.

Además, pensando en el interés superior niño o niña por nacer, debe garantizársele un entorno psicológicamente estable, en donde no sólo reciba alimento, cuidado y protección, sino también, amor, lo que muchas veces es difícil de determinar y cuantificar científicamente.

Ahora bien, ni la concepción por medios naturales, ni la GS, ni una familia que cumpla con los estándares del sector conservador de la sociedad ni la intervención de la justicia en el proceso de homologación de un acuerdo para la GS son garantía del interés superior del niño por nacer, pues es difícil o casi imposible hacer futurología.

Una última consideración, que excede el marco del análisis legal en sentido estricto, tiene que ver con la existencia o no de un vínculo humano o parental entre los padres contratantes y la mujer gestante.

Consideramos, prima facie, que el estado no puede inmiscuirse en esos temas. Pero podría resultar importante que la mujer gestante no tenga vínculo afectivo ni parental con los contratantes, para que no se confundan los vínculos de ambas partes con el niño o

² Código Civil para el Estado de Tabasco, México, art. 380 bis 1: “La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, (...)”

niña por nacer. Claramente esto genera un debate más bien psicológico.

En consecuencia, podríamos arribar a una primera conclusión: Respecto de los sujetos intervinientes en el acuerdo que se pretende homologar, la necesidad de que intervenga el poder judicial, es relativa.

2) Objeto:

El objeto de todo contrato debe ser lícito, posible, determinado o determinable, de interés para las partes y pasible de valoración económica (art. 1003 CCCN)

Este punto es relevante por los antecedentes en la discusión bioética en torno a que una mujer “preste”, “alquile”, “subrogue” su vientre (útero) para la gestación de un niño o niña que no será considerado su hijo o hija.

Lo real y cierto es que la GS no está expresamente prohibida y es reconocida tácitamente como una de las TRHA reguladas en la ley 26.862.

Además, tal como lo dice expresamente la sentencia bajo comentario, “están en juego los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, derecho a formar una familia, derecho a la libre determinación, a gozar de los adelantos científicos, entre otros derechos reconocidos convencional y constitucionalmente, y que son una clara derivación del principio pro homine, debiendo ser el eje central del tratamiento de la cuestión”.

3) Causa:

La causa de los contratos responde a las preguntas ¿por qué contratar? y ¿Para qué contratar? Es un elemento que debe existir desde el momento de la formación del contrato y hasta su celebración y ejecución (art. 1013 CCCN), y debe ser lícita (art. 1014 CCCN).

La voluntad y libertad de formar una familia gozando de los adelantos científicos es la causa de este Acta de compromiso suscripta por las partes del juicio cuya sentencia se comenta.

Quienes acuden a la justicia, suscriben ese acuerdo porque necesitan una contención jurídica o legal a su decisión. Es decir, acuden para tener seguridad jurídica frente a la carencia de reglamentación de la GS.

Acudir a la justicia, implica también la participación de los organismos, como CATEMU (en este caso bajo comentario), que informen sobre las condiciones sociales, ambientales, económicas, psicológicas de las partes firmantes, y sobre todo, del entorno en que nacerá el niño o niña por concebir.

Es decir que la voluntad de paternar/maternar, como causa de la contratación, podría verse limitada o restringida, por el criterio de terceros ajenos a dicha voluntad procreacional.

Es por eso que, a nuestro criterio, la causa de la contratación, no exige, per se, la necesidad de homologación judicial de ningún acuerdo.

4) Forma:

La formalidad elegida para el contrato o Acta de Compromiso suscripta en el juicio bajo comentario, podría resultar relevante.

El tribunal no menciona ni analiza las formas adoptadas por las partes. Pero entendemos que si se trata de un acuerdo cuya homologación judicial se requiere, pues el mismo debe haber sido un instrumento privado, a lo sumo con firmas certificadas ante escribano público.

A modo referencial, comentamos que en México, más precisamente en el estado de Tabasco, la regulación respecto de las formas es explícita exigiendo la presencia de un notario público³ que certifique las firmas de las partes. Luego debe ser homologado por ante el Juez Competente: “Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado” (art. 380 bis 5 in fine Código Civil de Tabasco, México).

La homologación es una estrategia para darle seguridad jurídica a las partes. Por un lado, a los padres contratantes respecto de que el niño o niña a concebir, será inscripto en el Registro Civil como su hijo o hija. Y por la otra parte, la mujer gestante, quien no podrá reclamar la filiación a su nombre y reconoce que tan sólo está aportando la gestación.

Asimismo, mediante el proceso de homologación judicial, se le brinda seguridad jurídica al niño o niña por nacer respecto de su identidad genética y filiatoria, ello por cuanto “el esclarecimiento de la verdad sobre la identidad de origen de un individuo, más aún en el caso de un niño, es y debe ser un objetivo que interese por igual al menor, a su madre, a su padre y a la sociedad toda... El derecho a preservar la identidad personal comprende el derecho a reivindicar la identidad biológica, o el derecho del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona”⁴ (JUNYENT BAS, Beatriz M. 2020:62,63)

5) ¿Se paga un precio?

No surge de la sentencia bajo análisis, si existe pactado o no el pago de una suma dineraria a favor de la mujer gestante. Estimamos que no fue relevante para el tribunal, pues no lo analizó.

Tratándose de un contrato o acuerdo de partes, podría eventualmente hablarse del tema, aunque resulte muy controversial, sobre todo desde el punto de vista bioético. Hay sectores de la sociedad que entienden que pagar un precio implicaría una comercialización de órganos, pues se pagaría por el uso del útero, y ello está prohibido a nivel mundial.

Otro sector opina lo contrario, advirtiendo los aspectos positivos de la GS como TRHA. De hecho, en 2021 la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, autorizó la posibilidad de ponerle precio a esta prestación, ordenando que cada estado establezca su propia normativa en ese aspecto.

Por nuestra parte, consideramos necesario que se regule este aspecto, para evitar abu-

3 Código Civil para el Estado de Tabasco, México, art. 380 bis 3: (...) El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo (...) Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes”.

4 SCBA, 25/03/09, “R., M E c/ M. G. R.”

sos de sectores más pudientes sobre a los más pobres, y para evitar que crezca el mercado de la trata de personas.

II. Inconstitucionalidad art. 562 CCCN

En el caso bajo análisis, es esencial el planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, y la sentencia refleja esa importancia.

Claramente, por el sistema judicial que rige en Argentina, son los jueces, en cada caso concreto, quienes tienen la potestad de control de constitucionalidad de las normas.

El artículo cuestionado fue incluido en la reforma del Código Civil y Comercial que rige desde el mes de agosto de 2015.

A los ojos de quien suscribe, este artículo (y algunos otros) no refleja la evolución que el derecho debió hacer frente a las nuevas tecnologías y formas de vivir de la sociedad argentina y mundial.

Es decir, que adelanto mi opinión en sentido favorable respecto de la inconstitucionalidad de este artículo 562 que reza textualmente: “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 artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”

Según esta norma, el acuerdo suscripto entre los padres contratantes y la mujer gestante, no sería válido. Ello pues, una de las consecuencias de la GS es que la mujer gestante NO será la madre del recién nacido.

El análisis que realiza el Ministerio Público Fiscal a cargo de la Dra. Jure es preciso y completo, razón por la cual, el tribunal adhiere sin hesitar.

Se tuvieron en cuenta los informes de los especialistas que reflejan los reales y consolidados deseos de paternidad del solicitante (padre contratante) y el fin claramente altruista de la mujer gestante.

También se valoró que el padre solicitante aporta material genético y la mujer gestante, no, pues invocaron ovodonación.

Tanto el MPF como la Jueza de la causa, concluyen que el art. 562 CCCN, en el caso concreto, está violando la garantía de igualdad prevista la Constitución Nacional en tanto atenta “impide que el proceso gestacional, incluido en la categoría de TRHA, GS, la atribución del carácter de progenitor del Sr. R., P. B., e impide la atribución a la gestante Sra. V”. Además, invoca el interés superior del niño cuya identidad genética y filiatoria se debe preservar.

Por último, invoca que dicha norma de fondo genera una “violación al principio de reserva y la libre determinación para acudir a la GS”.

El tribunal concluye resaltando que “el respeto por el derecho a la vida privada, a la autodeterminación y libertad reproductiva, el derecho a la intimidad y el derecho a la

procreación, como una manifestación del derecho a formar una familia, merecen una especial tutela, por cuanto, la concreción de esos derechos, significará el nacimiento de una nueva familia, única e irrepetible, que les permitirá desarrollarse y crecer en un marco de igualdad y progresividad de derechos fundamentales”.

Un argumento que está incorporado, aunque no de manera textual, es el derecho a acceder a las nuevas tecnologías y avances de la ciencia. Si bien este argumento fue expuesto a los fines de legitimar la GS como TRHA, pues no está expresamente regulada, creo que también debe ser un fundamento para robustecer la declaración de inconstitucionalidad de la norma del código civil y comercial.

Ello pues, el derecho no puede ir en contra de la evolución de la sociedad, y de las soluciones que la ciencia, la tecnología aportan a la vida diaria. Y esa evolución, no puede ser negada por el derecho, todo lo contrario, debiera ser reconocida y, en todo caso, reglada. En conclusión, si el análisis que estamos haciendo de este fallo gira en torno a la necesidad de acceder a la justicia para homologar este tipo de acuerdos de GS, debo concluir que sí resulta necesario, para poder liberar el camino del escollo de normas inconstitucionales, tales como el art. 562 CCCN.

III. El proceso y sus tiempos

Por un lado, acceder a la justicia implica asumir una serie de normas o reglas que tienen su razón de ser y sus consecuencias.

Por otro lado, el justiciable reniega (hace mucho tiempo) de las demoras de la justicia generadas por burocracias innecesarias, por excesivos formalismos, y por tantas otras cuestiones.

En el caso bajo análisis, los peticionantes de la homologación judicial del acta de compromiso, lo hacen con fecha 12/03/2020 y logran la homologación con fecha 29/10/2021, es decir, un año y medio después.

A primera vista uno podría decir que es mucho tiempo, mucho más del que estamos dispuestos a esperar para una situación tan simple como la solicitada, donde no hay contrapartes ni chicanas posibles; donde se está pidiendo tan solo el reconocimiento de ser padres y formar una familia.

Posiblemente, en una segunda lectura de los tiempos, uno podría decir que las demoras se debieron a la pandemia generada por Covid-19. Es probable que haya influido.

También es cierto que no existe un proceso específico para este tipo de planteos judiciales, lo que expone a los magistrados a aplicar sus propios criterios de solución. Y ello puede devenir en tantos criterios como jueces. Y ello, en incertidumbre para el justiciable.

También es cierto que existe un orden público sobre el que versarán las decisiones tanto procesales como sustanciales, por el que el juez debe velar, que es la protección del interés superior del niño.

Aun así, ese niño o niña, en el caso concreto no fue siquiera concebido. Por lo tanto, tampoco se debería perder de vista al justiciable.

El contexto factico del pedido de homologación será variable. Hay parejas que hace tiempo están buscando concebir y no pueden, siendo la GS su última alternativa; otras, han sido socialmente estigmatizadas por su homosexualidad y de grandes se han liberado, y pretenden ser padres/madres, y la GS es una alternativa más que válida, entre otras miles de realidades diferentes.

En estos supuestos y en casi todos los demás, un mes más o un mes menos, no es lo mismo.

Por eso, estas situaciones deben ser consideradas por el tribunal a la hora de decidir con qué premura se resolverán los pedidos de mero trámite, se fijarán las audiencias, se llevarán adelante las pericias y encuestas socio ambientales, y todo aquello que necesite el tribunal para decidir la homologación. El tribunal tiene que saber que recién después de la homologación, estas personas activarán los procedimientos médicos reproductivos. La justicia tiene el desafío de arbitrar los medios para que este tipo de procesos sean muchísimo más ágiles.

IV. Conclusiones

En primer lugar, el fallo bajo análisis deja en claro que es necesario recurrir a la justicia a los fines de la homologación de los acuerdos privados de gestación subrogada.

En segundo lugar, confirma que el art. 562 CCCN es incompatible con el sistema de derechos constitucionales y convencionales que protegen la igualdad, la libre determinación, la familia, etc.

En tercer lugar, el tribunal confirma que, dicho plexo normativo constitucional y convencional, protege a la familia en todas sus formas, entre ellas, la monoparental. Por último, la sentencia en análisis, siembra sin quererlo, la problemática de los tiempos judiciales, que debiera ser revisada institucionalmente.

Referencias bibliográficas

- AYALA GARCIA, M. y RAMOS DUARTE, R (2021) El Debate de la Gestación Subrogada en la Suprema Corte. Disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/el-debate-de-gestacion-subrogada-en-la-suprema-corte/>
- CAPOLONGO, M. (2021) Gestación por sustitución. El Derecho a formar una familia ¿Principio de igualdad y no discriminación? TR LALEY AR/DOC/2967/2021
- DAURIA, P. y TISSERA COSTAMAGNA, R. (2021) Algunas tensiones en el derecho ante la doble gestación por sustitución llevada adelante por la misma gestante. TR LALEY AR/DOC/2366/2021
- JUNYENT BAS, B. (2020) Fecundación asistida e identidad personal, Ed. Astrea.
- LAFFITTE, S. (2021) Gestación por sustitución: la necesaria regulación con enfoque de derechos. RCCyC 2021 (julio), 12/07/2021, 61.
- ROVEDA, E. y MASSANO, M. A. (2021) La innecesaria judicialización de la comaternidad. RCCyC 2021 (octubre), 12/10/2021, 129.

El cambio de paradigma en torno a la capacidad en Argentina

The paradigm shift around capacity in Argentina

María Florencia Blanco Pighi¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)16](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)16)

Comentario a

“Auto N° 413 de fecha 13/10/2021 en autos: S., J.C.

DEMANDA DE LIMITACION DE CAPACIDAD”

Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial de 31° Nominación de la ciudad de Córdoba

Disponible en

<https://bit.ly/3RjgXmP>

RESUMEN:

Ante la interposición de un pedido de cambio de curador de una persona que había sido declarado incapaz en el año 1983, en virtud de sus padecimientos mentales, se realiza una adecuación del trámite a la nueva normativa vigente en Argentina, la que es de aplicación inmediata. En el marco del proceso, se efectúa el correspondiente informe interdisciplinario prescripto por el art. 37 del Código Civil y Comercial de la Nación y se dicta sentencia estableciendo las actividades que tiene restringidas, entre ellas, el derecho al voto. En el presente artículo, se pondrá en tensión el fallo en análisis con lo prescripto en la Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad, los principios del Código Civil y Comercial de la Nación, la Ley de Salud Mental y antecedentes jurisprudenciales tanto nacionales como locales

ABSTRACT

Before the filing of a request to change the curator of a person who had been declared incompetent in 1983, by virtue of his mental illness, an adaptation of the procedure is carried out to the new regulations in force in Argentina. This legislation is of immediate application. In the process, the corresponding interdisciplinary report prescribed by art. 37 of the Civil and Commercial Code of the Nation and a sentence is issued establishing the activities that are restricted, among them, the right to vote. In this article, the ruling under analysis will be put in tension with what is prescribed in the Convention on the Rights of Persons with

¹ Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Diplomada en Derecho de las Familias (UNC). Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC) Adscripta de la Cátedra “B” de Privado VII, carrera de Abogacía, Facultad de Derecho U.N.C. Docente de las materias Política y Derecho Educativo y Pedagogía General del Profesorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho (UNC). Jefa de Trabajos prácticos de la Cat. “A” en la materia Privado VIII, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.C.C.). Correo electrónico: florbancopighi@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9324-4036>

Disabilities, the principles of the Civil and Commercial Code of the Nation, the Mental Health Law and both national and local jurisprudential precedents.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad- derecho al voto-Derechos Humanos- Capacidad de ejercicio.

KEY WORDS: Disability- Right to vote- Human rights- Exercise capacity.

I. Introducción

En el código civil velezano, ante la imposibilidad de que una persona pudiese ejercer por sí misma sus derechos, se procedía a efectuar judicialmente una declaración de insania y a designarle un curador. Esto es lo que ocurrió en el fallo bajo análisis, ya que J.C.S. fue declarado insano, producto de sus padecimientos mentales, mediante el Auto N° 546 de fecha 29/11/1983 y se estableció que su padre fuese su curador.

Cuando su padre llegó a una edad avanzada, en el año 2020, se requirió el reemplazo de curador y que se designara a la hermana de J.C.S. como su nueva curadora. Teniendo en cuenta el cambio de la normativa vigente en nuestro país, ya que el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyas normas procesales resultan de aplicación inmediata, se ordenó readecuar el trámite en el proceso, y para ello se dispuso la realización de una evaluación interdisciplinaria y de una audiencia personal con el juez.

En este marco, la asesora interviniente dictaminó que el padre de J.C.S. podía continuar ejerciendo el cargo de curador, y hacerlo de manera conjunta con la hermana de este. También se le dio participación a la oficina de Derechos Humanos, a los fines de expedirse sobre el asunto. Además, se refiere a que, en la entrevista personal, J.C.S. realizó expresiones en torno al derecho al voto. Sin perjuicio de ello, al restringirse su capacidad, el juez de primera instancia entendió que el derecho al voto necesita indispensablemente de un grado de comprensión del acto que se realiza, y en virtud de la falta de análisis y discernimiento propio de J.C.S., se encuentra imposibilitado de realizar las apreciaciones necesarias para sufragar.

Cabe preguntarse entonces si la resolución del juez de primera instancia es coherente con el sistema normativo argentino, a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley de Salud Mental N° 26.657, los principios y normas del Código Civil y Comercial de la Nación y antecedentes jurisprudenciales en la materia. De igual manera, se analizará lo sentenciado tomando en miras el modelo social de discapacidad.

I. El modelo social de discapacidad

Resulta necesario, conocer, en primera medida, que la discapacidad no siempre fue abordada de la misma manera, por eso, desde la doctrina se han establecido modelos que responden a distintas miradas. Si bien hoy en día, resulta indiscutible que hablar de discapacidad es hablar de derechos humanos, en un pasado, no muy lejano, esto no siempre fue así.

En este sentido, un primer modelo, denominado de prescindencia, supone que las causas

que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y las personas con discapacidad son entendidas como innecesarias, ya que no contribuyen a la comunidad, son consecuencia del enojo de los dioses y que sus vidas no merecen ser vividas. Por ello, la sociedad prescinde de ellas y aplica políticas eugenésicas, o las sitúa en un espacio destinado para los anormales y las clases pobres, con un denominador común, marcado por la dependencia y el sometimiento, en el que son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia².

Existe un segundo modelo, denominado rehabilitador, desde el que se considera que el origen de la discapacidad es científica, generando limitaciones individuales en las personas. Así, la persona que sufre una discapacidad debe ser rehabilitada (ya sea de manera psíquica, física, mental o sensorialmente) y para normalizar esta situación se intenta desparecer u ocultar la diferencia³. Este modelo se condice con lo normado en el Código Civil de Vélez, que tendía a plantear estas cuestiones en torno a un binomio capaz/incapaz y, en estos últimos casos, a institucionalizar al paciente.

Finalmente, se construye el modelo social, que considera que las causas que originan la discapacidad son, en gran medida, sociales. Así, se entiende que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad desde la valoración y el respeto de la diferencia, a la luz de la dignidad humana, apuntando hacia su autonomía⁴. Así, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia⁵.

Se puede evidenciar que, a partir de la firma de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, a nivel mundial, nos encontramos transitando por este modelo social, que mira a la discapacidad desde una óptica de inclusión e integración. En este sentido, todos los aspectos de exclusión deben ser considerados como un todo, teniendo como norte la protección de los derechos humanos y la protección de la autonomía de las personas con discapacidad⁶. De igual manera, el Código Civil y Comercial de la Nación se enrola en este modelo, es decir, optó por el cambio de un paradigma biológico y patrimonial del sujeto a un modelo social⁷. En idéntico sentido, el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, desde la Oficina de Derechos Humanos y Justicia también adopta esta visión⁸ y es por ello que tuvieron intervención en el fallo bajo análisis.

II. La nueva normativa argentina: un cambio de paradigma

Como hemos anticipado, el código civil derogado, tenía una mirada completamente diferente en torno a la capacidad: el proceso se llevaba adelante prácticamente sin participación del presunto incapaz, no se aseguraba ningún informe interdisciplinario, bastando la sola existencia de certificados médicos sobre la enfermedad, no se planteaba la posibilidad de revisar periódicamente la sentencia, entre otras cuestiones. Esta postura, se

2 Palacios, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Grupo editorial CINCA. Madrid. 2008. P. 26 y p. 37 y ss.

3 Palacios, Agustina. El modelo... P. 26, p. 66. Y ss

4 Palacios, Agustina. El modelo... p. 27 y p. 118 yss.

5 Neder, M. G., Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad. 1º Ed. Córdoba, Editorial UBP. 2022. P. 49

6 Palacios, Agustina. El modelo... P. 121.

7 Avellaneda, M. P.-G. (2018). La declaración de capacidad restringida de la persona y la mirada interdisciplinaria del juez. La Ley, 29. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/3544/2018

8 https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/tsj/ddhh_modelo_discapacidad

basaba en una mirada estrictamente médica del paciente y con una intención de proteger su patrimonio, mediante un régimen rígido y paternalista.

1. El Código Civil y Comercial de la Nación y sus principios

Sin lugar a dudas, el Código Civil y Comercial de la Nación viene a flexibilizar estos criterios, estableciendo que cualquier limitación a la capacidad es de carácter excepcionalísima, debiendo ser, la autonomía de la persona, el pilar fundamental a tener en consideración. Uno de los principios más relevantes que normativiza nuestra nueva legislación es el respeto por la dignidad humana, como norte de cualquier decisión (art. 51 CCCN). Así, las personas con discapacidad deben ser tratadas con el respeto y la dignidad que se merecen, protegiendo la posibilidad de que ejerciten por sí mismas la mayoría de los derechos que detentan. Es por ello que, el nuevo sistema, en torno a capacidad, establece el nombramiento de apoyos, y solo en supuestos de excepción, la designación de un curador. Así las cosas, resulta la inadmisibilidad del dictado de sentencias atributivas de "incapacidad", fundadas exclusivamente en la sola condición de salud mental.

En el caso bajo análisis, se diagnostica que J.C.S. tiene un retraso mental moderado con rasgos de psicotismo, que no puede realizar operaciones matemáticas ni cuenta con herramientas de lecto-escritura. Siendo esta última situación la que justifica, para el a quo, la restricción en el ejercicio del derecho al voto por parte de J.C.S.

En este aspecto, el art. 31 establece los principios generales en relación a la capacidad restringida, regulando que la persona conserva su capacidad, la cual puede ser limitada solo para determinado/s acto/s. La excepcionalidad de la restricción no se fundamenta en una característica de la persona, "su discapacidad" (criterio subjetivo), sino en una situación que requiere la reunión de dos presupuestos (criterio objetivo)⁹, procurando la protección del propio sujeto. Además, la norma prevé que deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades de la persona.

En consonancia con estas nuevas normas, el Tribunal Superior de Justicia el 19/08/2015 dictó el ACUERDO REGLAMENTARIO NÚMERO MIL TRESCIENTOS UNO (SERIE "A")¹⁰ que modifica las terminologías que deben emplearse en relación a los procesos cuyos protagonistas sean personas con discapacidad y reglamenta la audiencia personal que debe llevarse adelante con el juez de la causa en el marco del art. 35 CCCN. También se ha destacado la importancia que tiene el contacto del juez con la persona en estado de vulnerabilidad, e incluso, la posibilidad del juzgador de salir de su despacho para efectivizarlo, ya que "la re-victimización no solo se evita no trayéndolo nuevamente a un palacio de justicia donde en muchas oportunidades podemos ver a personas sufriendo un ambiente poco propicio para quienes poseen alteraciones mentales, sino también puede recurrirse a que sea el juez y los asesores quienes se desplacen hasta el sujeto"¹¹. Por otra parte, se vuelve central la obligación de revisar la sentencia (art. 40 CCCN), en cuanto a la limitación de la capacidad, lo cual implica, en sí, una supervisión judicial permanente¹².

9 Caramelo, Gustavo. Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus, 2015. P. 119.

10 <https://www.justiciacordoba.gov.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/Contenido/TSJ/DDHH/modeloDiscapacidad/Ar%201301-A-2015.%20Adecuaci%C3%B3n%20procesos%20de%20limitaci%C3%B3n%20de%20la%20capacidad.pdf>

11 Cuello, S. M. (2021). Restricción a la capacidad y revisión de la decisión judicial: responsabilidad del Estado. *Revista Derecho Y Salud* | Universidad Blas Pascal, 5(6), 246-256. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)21.P.10](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)21.P.10)

12 Seda, J. A. (2018). La actuación procesal de personas incapaces y con capacidad restringida en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 591. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/2390/2018

2. La ley de salud mental y el Código electoral argentino

La Ley 26.657¹³, en consonancia con el Código Civil y Comercial de la Nación, también establece que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas” (art. 3), y, dentro de los derechos de las personas con padecimientos mentales incluye el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable (art. 7 inc. n). Si bien la ley de salud mental es exhaustiva en torno a los tratamientos médicos, posibilidades de internación, consentimiento informado y libertad de decisión de los pacientes, nada dice en torno a los derechos cívicos o políticos de las personas con padecimientos mentales o de las personas con discapacidad.

Esta restricción si aparece en el Código electoral argentino¹⁴, ya que en el art. 3 se establece que entre quienes están excluidos del padrón electoral, podemos mencionar a “los dementes declarados tales en juicio”. Que, este inciso fue modificado en el año 2009 por la Ley 26.571 pero su terminología dista mucho de ser adecuada. Ya que, en primera medida, resulta completamente desajustado a todas las normas argentinas el uso del vocablo “demente” y, en segunda medida, ya no existe la declaración de insania como un juicio autónomo, sino que se declara la limitación o restricción a la capacidad. Que, en virtud de ello, la norma debería ser modificada, logrando adecuarse al resto del sistema jurídico en la materia y, en este sentido, la jurisprudencia de nuestro país ha recomendado la modificación legislativa de esta norma¹⁵.

3. Hacia una nueva ley de discapacidad

En el año 1981 se dictó la Ley de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados¹⁶, si bien la terminología empleada puede ser puesta en tensión, lo cierto es que ha sido una ley muy completa e incluso novedosa para la época. En este sentido, nuestro país siempre ha estado pendiente de la temática y regulando estas cuestiones, actuando como pionero en relación a otros países de la región. Esta norma, tampoco expresa ninguna regla en torno a los derechos políticos de las personas con discapacidad, habiendo establecido todo lo relativo a la atención médica, educación y seguridad social de las mismas.

La Ley 22.431 da cuenta de una concepción de la discapacidad de anclaje eminentemente médico, proteccionista y asistencialista, propio del modelo rehabilitador, que entiende a la persona con discapacidad solo como sujeto de cuidado y no como sujeto de derecho, anulando así el reconocimiento de la persona como actor social y la limita a ser receptora de acciones de contención diferenciales y segregacionistas¹⁷.

Es por estos motivos, que se está impulsando la sanción de una nueva ley en la materia, que dé cuenta del cambio de paradigma operado, teniendo en miras la protección de los derechos humanos con perspectiva de género, interseccional e intercultural, que se ampare en los lineamientos del modelo social de discapacidad, reconociéndole a toda persona el goce de sus derechos humanos, civiles, políticos y de libertades fundamentales.

La gesta de la nueva ley se realiza en base a una Consulta Federal Hacia una Nueva Ley de

13 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

14 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19442/textact.htm>

15 <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/3281-importante-avance-respecto-a-que-las-personas-condenadas-puedan-votar#:~:text=21%20de%20Febrero%2C%202022,implementar%20su%20derecho%20al%20sufragio>

16 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/norma.htm>

17 <https://www.argentina.gob.ar/andis/nueva-ley>

Discapacidad, y con ella, se intenta generar instancias de diálogo e intercambio plurales y federales que recopilen los aportes y opiniones de la sociedad civil, personas con discapacidad y sus familias, las organizaciones de y para personas con discapacidad, organismos públicos cuyas competencias funcionales se vinculen con la temática, sindicatos, universidades, y todos los sectores clave. Una idea central es que esta nueva normativa incluirá la temática “participación política”, elemento ausente en las leyes citadas con anterioridad y que traerá claridad a la hora de sentenciar en casos como el que nos encontramos analizando.

III. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁸

Este tratado internacional, regula varias cuestiones relevantes en el fallo tratado, por un lado, el art. 3 que establece los principios rectores de la materia, incluyen: “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad y la igualdad de oportunidades”.

Además, el artículo 12 de la referida Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida y que se debe disponer un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardias proporcionales y revisables periódicamente. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, y serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Finalmente, el art. 19 de la normativa en cuestión consagra el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, y el art. 29 expresamente establece el derecho a la participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad. Esta Convención, “se constituye como el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos, que adopta el modelo social de la discapacidad. Este modelo importa un giro trascendental en la condición de las personas con discapacidad ya que deja de considerarlas portadoras de una patología que las “discapacita” y ubica “el problema” en el escenario social, inadecuadamente preparado para el pleno desarrollo de la persona con discapacidad¹⁹.”

IV. Antecedentes jurisprudenciales

En nuestro país se han dictado numerosos fallos que declaran la inconstitucionalidad de algunas normas del Código Electoral Argentino, por las restricciones desmedidas que establecía en relación al ejercicio al voto.

En este sentido, en el año 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció, ante la prohibición de que las personas que se encuentran privadas de la libertad pudiesen votar que: “no es posible identificar el fin público que justifique la restricción indefinida contenida en la norma cuestionada, ya que en el caso particular, no se trata del su-

¹⁸ Aprobada por la ley 26.378 y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 18 de julio de 2008 y dotada de jerarquía constitucional a través de la ley 27.044.

¹⁹ Caramelo, Gustavo. Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus, 2015. P. 117.

puesto de la pérdida de derechos políticos como consecuencia de la aplicación judicial de una pena de inhabilitación que obedeciera a las circunstancias de un caso específico, sino la denegación del derecho al sufragio como pena automática y con alcance general para la totalidad de las personas condenadas, lo que vuelve inconstitucional la normativa denunciada²⁰.

Si bien la sentencia se ocupa de otro supuesto fáctico, lo cierto es que el más Alto Tribunal Argentino destacó que el derecho a voto debe tener la menor cantidad posible de restricciones y estas deben ser razonables, proporcionales y satisfacer un fin público, de acuerdo con lo establecido en el art. 37 de la Constitución Argentina.

En relación a la temática que nos ocupa, en el año 2018 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de un recurso extraordinario federal, estableció que: "La Constitución Nacional garantiza el pleno ejercicio derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia (...) Concordemente, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a votar sin restricciones indebidas y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la ley puede reglamentar el ejercicio del derecho a votar exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental. Asimismo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás (artículo 29)."²¹ Es decir que, la declaración de incapacidad no conlleva la automática restricción al derecho a votar, según el modelo social de discapacidad.

En el marco de este proceso, en su dictamen del 6 de abril de 2016, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema, opinó que debía hacerse lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia recurrida. Para ello, consideró que correspondía llevar adelante un examen estricto de las restricciones en el ejercicio de los derechos políticos de las personas con discapacidad mental, en tanto se trata de un grupo en situación de vulnerabilidad que ha sido objeto de discriminaciones históricas²².

Además, la Corte Suprema, en el fallo bajo análisis, establece que: "Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el derecho a votar en forma automática como consecuencia de la declaración general de incapacidad, reproduciendo el viejo modelo de incapacitación, pues a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se consagró el modelo social de discapacidad con el objetivo de promover a la persona y garantizar el goce de sus derechos, según el cual para restringir válidamente el derecho a votar se debió determinar que carecía de capacidad para realizar ese acto, a través de evaluaciones que brindaran razones concretas por las cuales no se encontraba en condiciones de ejercer su derecho al sufragio de manera autónoma, es decir, que no podía votar ni aun con alguna medida de apoyo que lo permitiera sin sustituir su voluntad. (...) De este modo, se compatibiliza la norma electoral que reglamenta el ejercicio del derecho a votar por razones de capa-

20 CSJN. 10/02/2022. "Orazi, Martín Oscar s/ inhabilitación (art. 3 CEN)". CNE 3995/2015/CS1. Disponible en: <https://www.diariconstitucional.cl/2022/02/17/corte-suprema-de-argentina-declaro-inconstitucional-norma-que-priv-a-ejercer-el-derecho-a-voto-a-condenados-en-procedimientos-penales/#:~:text=La%20Corte%20Suprema%20de%20Argentina,del%20derecho%20de%20modo%20espec%C3%ADfico>

21 CSJN. 10/07/2018. "FHO (PGN); MC (causa N° 58431)" Cita: MJ-JU-M-113101-AR | MJJ113101 | MJJ113101. Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2156&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>

22 Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2016/09/DGDH_cuadernillo-3-Derechos-de-las-personas-con-discapacidad.pdf

cidad con el modelo social de discapacidad que el legislador definió con posterioridad a la sanción de la Ley 26.571 (art. 3, inc. a, del Código Electoral Nacional), sin necesidad de declarar su inconstitucionalidad²³.

Por otro lado, en la jurisprudencia cordobesa, en varios fallos recientes, se ha tomado la perspectiva del modelo social de discapacidad, respetando la nueva normativa, y, en ninguna de esas ocasiones se ha restringido el derecho al voto de las personas con discapacidad por motivo de su salud mental²⁴. Es necesario tener en cuenta, entonces, que "los jueces tienen la obligación, tanto jurídica como moral, de hacer todo lo que se encuentre dentro de sus atribuciones para garantizar los derechos humanos, máxime cuando se trata, como en el caso, de personas en situación de vulnerabilidad"²⁵.

Conclusiones

Sin lugar a dudas, la trama normativa que regula la materia es compleja e implica un esfuerzo del intérprete por armonizar reglas que responden a distintos períodos históricos y que se relacionan con distintos paradigmas de discapacidad. Sin embargo, resulta claro que, por su jerarquía constitucional, nuestro norte debería ser la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad.

En este sentido, de una interpretación armónica de la mencionada Convención, con el Código Civil y Comercial de la Nación, podemos establecer que, cualquier limitación a la capacidad es de carácter excepcional y restringida y que toda medida que se lleve adelante es de tipo tuitiva, tendiente a la protección de la persona con discapacidad y en respeto de su dignidad humana.

Así las cosas, se vuelve inadmisibles la declaración de incapacidad basada exclusivamente en padecimientos mentales. Cabe preguntarnos entonces, si una persona cuya capacidad ha sido restringida, como en el caso en cuestión, por este tipo de patologías, puede ejercer otros derechos, como el relativo al voto.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara, el informe interdisciplinario debe arrojar recomendaciones o perspectivas relativas a las posibilidades reales de ejercitar el derecho al voto de la persona con discapacidad, para que sean recogidas en la sentencia, si ello no ocurre, no se puede establecer la restricción al ejercicio de este derecho. Por otra parte, se recomienda también tanto en la Convención como en el derecho interno, en la medida de las posibilidades, que se establezcan apoyos a los fines de que la persona pueda ejercer sus derechos de manera acompañada.

De lo analizado en el caso en cuestión, se puede concluir que no ha existido una recomendación expresa del equipo interdisciplinario para restringir el derecho al voto de J.C.S. y la decisión del a quo deviene excesiva, pudiendo designarse apoyos a los fines del ejercicio de este derecho. Consideramos que la sentencia en tensión no resiste el análisis bajo la mirada de la normativa vigente, por no cumplir con los principios de aplicar la menor restricción posible, de igualdad de ejercicio de derechos políticos de las personas con

23 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/10/09/la-declaracion-de-incapacidad-no-conllea-la-automata-restriccion-al-derecho-a-votar/>

24 "C., V.F. - C., A.F. - DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD" - Sentencia de los Tribunales de Villa Cura Brochero n° 121 de fecha 26/7/2017; P., M.F. - DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD" - Sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia de 4ta. Nominación en lo civil, comercial y familia de la ciudad de Villa María, n° 37 de fecha 12/5/2017; entre otros.

25 Neder, M. G. (2018). Los jueces como garantes del modelo social de discapacidad: juzgar con perspectiva de vulnerabilidad. *Revista Derecho Y Salud | Universidad Blas Pascal*, 2(2), 111-126. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)09)

discapacidad, entre otros. Asimismo, sería deseable que se produjera el cambio legislativo que han instado nuestros tribunales, para que, al existir una norma expresa en torno al ejercicio de los derechos políticos de las personas con discapacidad, la discrecionalidad del intérprete se reduce, evitando así el dictado de sentencias injustas que se apartan del nuevo paradigma imperante en esta materia.

Referencias bibliográficas

- Avellaneda, M. P.-G. (2018). La declaración de capacidad restringida de la persona y la mirada interdisciplinaria del juez. *La Ley*, 29. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/3544/2018.
- Caramelo, G. Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus, 2015.
- Cuello, S. M. (2021). Restricción a la capacidad y revisión de la decisión judicial: responsabilidad del Estado. *Revista Derecho Y Salud | Universidad Blas Pascal*, 5(6), 246-256. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)21](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)21)
- Neder, M. G. (2018). Los jueces como garantes del modelo social de discapacidad: juzgar con perspectiva de vulnerabilidad. *Revista Derecho Y Salud. Universidad Blas Pascal*, 2(2), 111-126.
- Neder, M. G., Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad. 1° Ed. Córdoba, Editorial UBP. 2022.
- Palacios, A. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Grupo editorial CINCA. Madrid. 2008.
- Seda, J. A. (2018). La actuación procesal de personas incapaces y con capacidad restringida en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 591. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/2390/2018.

El derecho de las mujeres a un parto respetuoso e informado

Women's right to a respectful and informed childbirth

Verónica Barrios¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)17](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)17)

Comentario a

“Clínica del Sol- Denuncia por Violencia de Género” (10 de febrero de 2021)
**Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 4º Nominación
Poder Judicial de la Provincia de Córdoba**

Disponible en

<https://bit.ly/3DY10iD>

RESUMEN:

El presente artículo tiene por objeto abordar el razonamiento formulado por el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 4º Nominación de la ciudad de Córdoba, en un procedimiento relacionado con un supuesto de violencia hacia una mujer embarazada, bajo la modalidad obstétrica, con motivo del padecimiento sufrido durante el proceso de parto por el accionar irregular de los profesionales de salud dependientes de una institución sanatorial. Se observa en los fundamentos de la sentencia la prevalencia de un enfoque con perspectiva de género. En particular, el Tribunal entendió que como consecuencia de la falta de trato digno por el equipo de salud involucrado se encuentra configurado el supuesto de violencia obstétrica de tipo psicológica y física.

ABSTRACT

This paper looks forward to exploring the reasons given by the ruling of the 4th Court of Childhood, Adolescence, Family and Gender Violence of the city of Córdoba, in a procedure related to an alleged violence against a pregnant woman, under the obstetric modality, due to mental and physical suffering during the birth process as a result of the unethical conduct of health professionals belonging to a health-care institution. The basis of the judgement shows the prevalence of a gender-sensitive approach. More specifically, the Court concluded that, as a result of the lack of dignified treatment on the part of the health team involved, the alleged psychological and physical obstetric violence is configured.

¹ Abogada (Universidad Nacional de Córdoba); Magister en Derecho Administrativo - 1º Cohorte (Universidad Nacional de Córdoba); Docente Adjunta (interina) a la cátedra de Derecho Ambiental y Recursos Naturales e Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Se desempeña como abogada apoderada de la Dirección General de Asuntos Judiciales de la Municipalidad de Córdoba. Correo electrónico: dra.barriosveronica@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2216-6530>

PALABRAS CLAVE: Perspectiva de género; violencia obstétrica; consentimiento; embarazo; paciente.

KEY WORDS: Gender perspective; obstetric violence; consent; pregnancy; patient.

I. Introducción

El propósito de estas consideraciones es efectuar un análisis de la interpretación seguida en el caso judicial que nos ocupa, en virtud de la denuncia efectuada por una mujer y el rol activo asumido por el Tribunal al resolver con perspectiva de género la cuestión planteada y lograr el reconocimiento y la protección de los derechos de las mujeres, en particular aquel que se refiere a la salud materna y perinatal.

Se observa que la tarea jurisdiccional se sustancia en el marco de las directivas o reglas fijadas por el corpus iuris vinculado a la violencia de género, conformado por la Ley nacional 26.485 de Protección Integral de Violencia en Contra de las Mujeres, la Ley 25.929 de Parto Respetado que ampara y protege a la mujer en estado de preparto, parto, posparto, y también la ley 26.529 de Derechos del Paciente; a nivel regional la Convención Americana y Convención de Belem Do Para e informes de MESECVI; y, a nivel internacional la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Recomendación General N° 35.

En diversas oportunidades las prestaciones médicas que se brindan durante el embarazo, sea en el trabajo de parto, el parto y el posparto, adquieren carácter negativo y pueden derivar en situaciones de violencia para las mujeres (Belli, 2013).

El Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 4° Nominación de la Provincia de Córdoba, en la causa caratulada "Clínica del Sol- Denuncia por Violencia de Género" emitida el 10 de febrero de 2021, hizo lugar a la demanda y consideró que la mujer denunciante fue víctima de violencia de género bajo la modalidad obstétrica tipo psicológica y física (por omisión).

En la causa, se denuncia que una mujer embarazada que llevaba más de 21 semanas de gestación, comenzó a sufrir dolores por lo que acudió a la institución sanatorial para recibir atención médica. Sin embargo, una serie de acontecimientos y acciones que se sucedieron, durante la atención recibida por la denunciante afectaron su integridad psicofísica. Estos consistieron en que la paciente, durante el proceso de parto, no fue informada respecto a su situación de salud y de cuáles eran las alternativas médico terapéuticas ni se le permitió el acompañamiento, de manera constante de sus referentes afectivos. Tampoco, fue debidamente informada respecto a quién fue el profesional que la asistió, en oportunidad de desencadenarse el parto prematuro.

Luego, de transitar el proceso de alumbramiento traumático, la mujer no recibió copia de su historia clínica en tiempo lógico generando desvelos adicionales para ejercer sus derechos más elementales. Tampoco recibió en tiempo prudencial los restos del parto sin vida ni la documentación que acreditara la identidad de los mismos.

A partir de los eventos referidos, la sentencia bajo análisis, enfatiza la falta de trato digno

y deshumanizado a la mujer embarazada por parte de los profesionales de la salud y el personal administrativo de la institución, en las prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto. También, resalta el desconocimiento y violación de los derechos de la mujer por aquellos que prestaron asistencia médica, mediante la realización de prácticas obstétricas, sin consultar ni brindar la información sobre su implicancia.

Por ello, el juzgador entiende que se encuentra configurado un supuesto de violencia de género bajo la modalidad obstétrica traducida en el caso en violencia física y psicológica, constitutiva de una violación de elementales derechos humanos como lo es el derecho a la salud. Como medida positiva, la sentencia insta a la institución demandada a capacitar a los profesionales y personal administrativo del equipo de salud con perspectiva de género; emplazando a sus autoridades a la presentación de un protocolo de información que garantice a las mujeres contar con la información necesaria sobre los derechos que le asisten durante todo el proceso de su embarazo como también un protocolo de expedición de certificado de defunción fetal.

Desde un enfoque de los derechos humanos, reflexionaremos, acerca del concepto de violencia de género bajo la modalidad violencia obstétrica. Luego, abordaremos uno de los derechos que le asisten a la mujer como paciente en su relación con los profesionales de la salud; para finalizar con el análisis de algunas de las medidas preventivas sugeridas por el Tribunal de manera que la atención se concentre en la mujer embarazada y optimice la calidad de la atención del trabajo de parto y el parto mediante un enfoque holístico, basado en los derechos humanos.

II. La violencia de género bajo la modalidad obstétrica

La violencia contra las mujeres en cualquiera de sus expresiones, constituye actualmente una problemática social y jurídica, que se sustenta en relaciones de desigualdad y asimetrías de poder en todos los niveles de la organización social.

La Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) si bien no define de manera expresa la modalidad de violencia obstétrica, considera de manera especial a la mujer embarazada, al reconocer en el Preámbulo, el gran aporte al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad que efectúa la mujer. A su turno, a nivel nacional, la Ley de Protección integral a las mujeres -Nº 26.485- define, en el artículo 4º, la violencia contra las mujeres como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público, como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal; y considera violencia indirecta a toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón".

El artículo 6º define los modos en que ésta se manifiesta, y precisa que en el campo sanitario, se encuentra la violencia obstétrica. Se configura cuando el personal de salud ejerce violencia sobre el cuerpo y el proceso reproductivo de la mujer gestante, al no respetar el derecho a la información, al trato digno, respetuoso e individual; a la protección de elegir la persona que la acompañara en el trabajo de parto y el posparto. Es definida como "el conjunto de prácticas, comportamientos y actitudes que afectan a la gestante de modo negativo en el desarrollo de su trabajo de parto, parto y puerperio" (Jojoa Tobar et al, 2019).

En la violencia obstétrica, se vislumbra la asimetría que existe entre las mujeres y los profesionales de la salud y revela una desigualdad, tanto simbólica como real, que dificulta el ejercicio de los derechos básicos de la mujer. En este sentido, se señala que “se expresa mayoritariamente -aunque no con exclusividad- en el trato deshumanizado hacia la mujer embarazada, en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales y en múltiples manifestaciones que resultan amenazantes en el contexto de la atención de la salud sexual, embarazo, parto y post parto” (Belli, 2013).

La característica particular de esta modalidad, consiste en que durante el embarazo, la mujer se encuentra en un momento de máxima vulnerabilidad, ya que su organismo, su metabolismo y su funcionamiento hormonal, postural, alimenticio, laboral, afectivo y sexual puede estar alterado en determinados momentos de la gestación. Esta situación coloca a la mujer en una situación de mayor vulnerabilidad afectiva y psicológica. Implica un trato cruel, deshonroso y humillante, durante el proceso de atención del embarazo, trabajo de parto, parto y puerperio en el ambiente hospitalario, por parte del personal de salud, colocando a la mujer en el supuesto de violencia obstétrica. Cabe destacar que el decreto reglamentario N° 1011/10 de la Ley 26.485 define al personal de salud como aquel que trabaja en un servicio sea profesional médico, enfermero, trabajador social, psicólogo, obstetra, etc., o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o de maestranza.

Es por ello, que la violencia obstétrica puede ser cometida no solo por los profesionales médicos sino también por todo el personal que forma parte de un servicio y tiene trato con la mujer embarazada.

Constituye, además, una violación a los derechos humanos, pues lesiona el derecho humano a la salud, reconocido como un derecho humano fundamental y que todas las personas pueden exigir su tutela y satisfacción.

Recordemos que el derecho a la salud está vinculado con el ejercicio de otros derechos fundamentales de los cuales también dependen; y, requiere para un adecuado disfrute de la realización de relevantes condiciones sociales, económicas, políticas y hasta ambientales.

Sostiene Ferrajoli que se encuentra atravesado transversalmente por un elemento superior (Petrella, 2017), como es la dignidad humana, puesto que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (Cám. Fed. Apelaciones de Córdoba -sala B- , “V., S.A. c/OMINT”, publicado en LLC2019 (febrero), p.10).

III. Los derechos de la mujer embarazada en su calidad de paciente

El artículo 51° del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Ello implica la tutela de la vida, la integridad física y la salud de las personas que habitan nuestro país.

La Ley de cuidados del parto - 25.929- aprobada por el Congreso de la Nación Argentina en agosto de 2004, regula los derechos de las mujeres a un parto respetuoso para evitar

todo tipo de abusos, el resguardo de los derechos de los padres e hijos durante el proceso del nacimiento, y para ello establece una serie de garantías tanto para las mujeres embarazadas como para el recién nacido y sus padres, ubicando a la mujer como protagonista del parto sobre el pilar de tres derechos fundamentales: 1) a ser informada; 2) a ser respetada; y 3) a ser considerada como persona sana. Asimismo, el artículo 2º, inc. c) de la ley 26.529 - dispone que toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de su intimidad y la confidencialidad de sus datos sensibles.

De modo que, del plexo normativo brevemente referido, destacamos que el paciente tiene derecho a que se respete su dignidad, su libertad, su autodeterminación.

La sentencia judicial que analizamos, pone de relieve la manera en que el accionar de los dependientes de la institución sanatorial lesiona la dignidad de la mujer, cuando señala que no resulta posible pensar en un trato personalizado si se desconoce quién es el profesional que asiste a la mujer; menos aún si se desconoce detalladamente la situación de salud, por lo que ante la falta de información nunca podría haber decidido las alternativas terapéuticas disponibles. Además, resalta que los profesionales tratantes decidieron por ella y sobre ella, reduciéndola a un objeto de tratamiento, es decir, fue tratada como una cosa, un instrumento.

Todas estas circunstancias son las que demuestran que se lesiona un derecho esencial como es el respeto a la dignidad humana, pues efectivamente la mujer se encontró en una situación de vulnerabilidad o fragilidad, que impidieron o imposibilitaron que pudiera prestar su consentimiento de manera plena frente a la situación traumática por la que atravesaba.

El profesor Cifuentes (2011) nos enseña que la dignidad es un "valor" que califica. La dignidad de la persona está por encima de los derechos, aun de los fundamentales. Este valor se refiere al principio de la autodeterminación, de la elección frente a las opciones que se presentan en la vida. El concepto de dignidad humana es el núcleo central protegido por los derechos humanos, que está reconocido implícita (art. 33) y expresamente (art. 75, inc. 22) por nuestra Carta Magna. Las acciones que lesionan la dignidad de la persona son la discriminación, los tratos crueles e inhumanos, etc.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se ha pronunciado diciendo que "la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones forma parte del reconocimiento de la dignidad de la persona humana. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad"². Entiende el consentimiento informado como "una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fi-

2 Corte IDH, "I. V. vs. Bolivia".

dedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida". Por ello destaca que la ausencia de consentimiento informado no solo es un atentado a la autonomía, sino por sobre todo a la dignidad humana, por ser aquella una parte indisoluble de ésta.

De modo que el trato discriminatorio que recibió la mujer por parte del equipo de salud ha sido un atentado a su dignidad. En efecto, el derecho de la mujer a ser informada sobre los posibles tratamientos médicos específicamente, se contempla en la primera parte del artículo 59 del CCCN y en el artículo 2º de la Ley 25.929, y establecen que la información debe ser "clara, precisa y adecuada".

El deber de informar o comunicar su situación al paciente, "nace de la especial relación de confianza entre médico y paciente comprendiendo como contenido de la información de los extremos de la enfermedad, -de manera que la mujer embarazada pueda entender y comprender la situación - un tratamiento y la peligrosidad del mismo, si la hubiere, así como la de una intervención quirúrgica" (Savatier, 1956).

Se trata de un derecho derivado del principio de la dignidad humana y "el reconocimiento jurídico por el solo hecho de ser persona humana, es merecedora de respeto especial y sería el pilar de los sistemas jurídicos y opera como fuente de otros principios y derechos" (Ghersí, 2009).

Por ello, se constituye en un derecho esencial, que en el ámbito de la relación médico asistencial- paciente, se debe garantizar. La Ley de Derechos del Paciente -Nº 26.529- dictada por el Congreso de la Nación Argentina en octubre de 2009, así lo estipula y garantiza.

De tal modo, el previo consentimiento informado³ del paciente legitima la actuación profesional en el ámbito médico sanitario, asegura la autonomía de voluntad del paciente (Carranza Torres, 2013) y el ejercicio del "derecho personalísimo" de disponer sobre su derecho a la salud y su propio cuerpo. Pues, las decisiones que el paciente tome en cuanto a la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que incidan en su integridad corporal o salud son personalísimas, solo le incumben a él y no pueden ser impuestas por terceras personas, ni siquiera en caso de encontrarse indicadas de acuerdo con la ciencia médica.

Se adopta luego de que el profesional médico brinda al paciente la información adecuada, esto es que sea clara, precisa y completa respecto de los aspectos relevantes sobre el estado de salud, el procedimiento que se propone con explicación de cuáles son los objetivos que se pretenden alcanzar y los riesgos que se pretenden evitar, procurando de que dicha información sea comprendida efectivamente por el paciente. Para ello se

3 Art. 5º Ley 26.529 define: "... por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento."

debe emplear un lenguaje claro, comprensible; proporcionarse en un lugar adecuado preservando la intimidad del paciente.

El consentimiento del paciente, puede ser verbal o se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley; y, solo tendrá validez jurídica si es otorgado de manera informada y en forma libre, sin mediar vicios como error o coacción y siempre que sea prestado por el paciente o, en su defecto, por su representante legal, con anterioridad a la realización del acto médico de que se trate.

Sin embargo, tal como señala el resolutorio analizado, los profesionales intervinientes decidieron por la paciente, reduciéndola a un objeto de tratamiento sin visualizar que, tomar o no una decisión, es una opción terapéutica que corresponde al paciente. Tal omisión provocó en la paciente un trastorno emocional y psicológico.

Luego, el resolutorio menciona otro derecho esencial, como es el trato digno y respetuoso que el personal de salud interviniente debe propiciar al paciente, garantizando su bienestar, a partir de acciones que garanticen a la mujer y su familia una experiencia respetuosa, sensible, con un cuidado humanizado que se debe propiciar a la mujer embarazada, durante todo el proceso de atención del trabajo de parto y parto. Todo ello, en definitiva, se traducirá en una atención de alta calidad que sitúa a la mujer y su bebé en el centro de la prestación.

Para ello, resulta imprescindible considerar a la mujer en relación al proceso gestacional y parto, como una persona sana, de modo que al obtener la información necesaria será posible alcanzar su colaboración, facilitando así su participación como protagonista de su propio parto. Es decir, que para obtener la colaboración de la mujer es esencial que se le informe sobre su situación y perspectivas, así como sus limitaciones y deberes.

Otra cuestión llamativa de la sentencia es que se expide sobre las acciones que se deben procurar a los fines de prevenir situaciones reincidentes, como la analizada en la sentencia. Resalta que el artículo 5º de la Convención Nacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, dispone que los Estados deben adoptar “todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres”. Por ello, entendemos que si se cumple además con la adopción de “medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica” (artículo 12º) será posible poner en práctica los principios enunciados en las directivas o reglas fijadas por el corpus iuris vinculado a la violencia de género.

En otras palabras, la sentencia exhorta a que los profesionales del equipo de salud de la institución avancen en los marcos teóricos y prácticas de parto respetado a través de una capacitación con perspectiva de género. También, emplaza a la institución para que, en el marco de un protocolo que garantice el derecho de la mujer a saber y conocer los derechos que le asisten antes, durante y con posterioridad al parto, se implemente en lugares visibles, tales como salas de espera, página web y mostradores, la información acerca de la temática, en especial lo que se refiere al consentimiento informado.

IV. Reflexiones Finales

Este trabajo tuvo por objetivo destacar y analizar algunos ejes que consideramos relevantes del fallo analizado, en el que se vislumbró la problemática de una mujer que fue

víctima de violencia obstétrica y se explora la importancia de proteger los derechos de la mujer embarazada, en particular cuando se encuentra en una situación de vulnerabilidad o fragilidad durante el proceso de parto, que dificulta la posibilidad de brindar un consentimiento pleno y libre sin la información completa acerca del procedimiento, riesgos físicos y emocionales, como alternativas para la prestación médica durante la asistencia al parto; y en definitiva, el reconocimiento del derecho de la mujer a tener diálogo con el médico que efectuará la práctica.

De modo que si el profesional médico interviniente brinda la información clara, adecuada, completa antes de realizar las prácticas obstétricas, en el proceso de alumbramiento de la mujer, posibilitara que la mujer preste su conformidad libremente y ello implicara un reconocimiento a su dignidad humana y en definitiva el respeto a las decisiones que adopte sobre su cuerpo y salud.

Entendemos importante el rol activo asumido por el Tribunal por cuanto al juzgar con perspectiva de género la cuestión planteada, a partir de las directivas o reglas fijadas por el corpus iuris vinculado a la violencia de género, empodera a las mujeres aportándoles el conocimiento de sus derechos y sensibiliza a los equipos de salud promoviendo la capacitación del personal de modo que incorporen la perspectiva de género para proteger a las mujeres frente a la afectación que pueda acarrear la violencia obstétrica y que no solo afecta a la mujer sino que repercute en la familia y en la sociedad.

El fallo constituye una interesante exploración de una temática novedosa, con diversas y complejas aristas, mediante la cual se reconoce el derecho de la mujer a un parto respetuoso e informado, esto es a un parto humanizado, y en definitiva, al reconocimiento del derecho a la autonomía de las mujeres y su derecho a la información.

Referencias bibliográficas

- Belli, L.F. (2013). La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. Revista Red bioética/UNESCO, Año 4, 1 (7): 25-34-junio 2013. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/12868/Art2BelliR7.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Bernardo de Petrello, C. (2017). Compendio Normativo sobre violencia familiar y de género. (1º ed.), Córdoba: Ediciones Lerner.
- Bohren, M.A. et al., El maltrato de las mujeres durante el parto en los centros sanitarios de todo el mundo: Una revisión sistemática de métodos mixtos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/SRWomen/Pages/Mistreatment.aspx>.
- Carranza Torres, L.R. (2013). Protección Jurídica de la salud (1º ed.). Córdoba: Alveroni Ediciones.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso "I. V. vs. Bolivia", sentencia 30 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_329_esp.pdf
- Dominguez, A. y Morcillo, A. (2011), Derechos Humanos, género y violencias, (1º ed.), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.

- Faillace, H.A. (2020). El sistema de salud: obras sociales y empresas de medicina prepaga. (3ªed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cathedra Juridica.
- Ferrajoli, L. (1999). Derechos y garantías, la ley del más débil. Madrid. Trotta.
- Ghersi, C. A. (2009). Derecho a la información de los pacientes y la asunción de riesgos. (Cita Online: MJ-DOC-4323-AR|MJD4323).
- Jojoa Tobar E., Chuchumbe- Sánchez Y.D., Ledesma-Rengifo J.B., Muñoz-Mosquera M.C., Paja Campo A.M., Suárez-Bravo J.P. (2019). Violencia obstétrica: haciendo visible lo invisible. Rev. Univ. Ind. de Santander. Salud. 2019; 51(2): 135-146. Disponible en: doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revsal.v51n2-2019006>
- Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba sobre violencia de género: extractos de fallos sintetizados y sistematizados temáticamente (2021), (1º ed.), Córdoba: Centro de Capacitación Ricardo C. Nuñez, Córdoba.
- López Mesa, M.J. (2016). Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial. LA LEY2016-A, 1021. (Cita OnLine: AR/DOC/377/2016).
- Petrella, A. (2017). ¿Nuevos derechos fundamentales o los mismos con distinto enfoque?: ¿Decisión legal o judicial?, publicado en El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo: a 200 años de la Declaración de la Independencia, 1º ed., Ediciones RAP; CABA, p. 417.
- Rivera, J.C. (2016). Derecho civil, Parte General.(1º ed. 2ªreimpresión) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Savatier, R. (1956), "Responsabilité médicién", París, pp. 23 y ss.
- Villaverde M. (2006). Salud Sexual y Procreación Responsable. La Ley 25673 y las Leyes Provinciales. Publicado en: Jurisprudencia Argentina 0003/012540.

Legitimación activa amplia en el Amparo

Broad legal standing in the appeal for legal protection (Amparo)

Stefania Melisa Cuello¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)18](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)18)

Comentario a

Espina Leupold, Miguel Carlos c/ Pcia. de Córdoba, Gobierno de la Provincia de Córdoba
Amparo - 25/02/2021

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Trabajo y Familia de Cruz del Eje

Disponible en

<https://bit.ly/3CdQouN>

RESUMEN:

El Dr. Miguel Carlos Espina Leupold invocó su calidad de abogado del Foro de la Provincia de Córdoba para solicitar por intermedio de un Amparo, la inconstitucionalidad de los Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 20, 21 de la Ley 27.610 (Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo). La acción fue rechazada in limine por falta de legitimación procesal activa.

En el presente comentario analizo los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de amparo de acuerdo al bloque de constitucionalidad.

ABSTRACT

Dr. Miguel Carlos Espina Leupold invoked his attribute as lawyer of the Forum of the Province of Córdoba to request, through an appeal for legal protection, the unconstitutionality of Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 20, 21 of Law 27,610 (Voluntary and Legal Interruption of Pregnancy). The action was rejected in limine for lack of legal standing.

In this commentary, I will analyze the requirements that habilitate the appeal for legal protection, taking into account the block of constitutionality.

PALABRAS CLAVE: Amparo individual; legitimación activa; bloque de constitucionalidad; finalidad, intereses colectivos.

KEY WORDS: Individual protection; active legitimation; constitutionality block; purpose, collective interests.

1 Abogada (Universidad Nacional de Río Cuarto) – Escribana (Universidad Siglo 21) – Magister en Arbitraje internacional y de Inversiones (Universidad de Alcalá de Henares) – Magister en Derecho Procesal (Universidad Siglo 21). Correo electrónico: stefaniacuello@gmail.com. ORCID iD <https://orcid.org/0000-0001-6600-2277>.

I. Introducción

El Dr. Miguel Carlos Espina Leupold alegó su calidad de abogado del foro de la Provincia de Córdoba e instauró una acción de Amparo a los fines de que sean declarados inconstitucionales los Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 20, 21) de la Ley 27.610 (Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo).

La Cámara Apelaciones en lo Civil, Comercial, Trabajo y Familia de Cruz Del Eje declaró con fecha 25/2/2021 por intermedio del Auto N°2, la inadmisibilidad formal de la acción, atento la falta de legitimación activa del abogado compareciente.

En el presente comentario, analizaré los requisitos para el otorgamiento de trámite a la acción de amparo con especial detenimiento en la legitimación sustancial necesaria y su posibilidad de ampliación de acuerdo al bloque de constitucionalidad y normas provinciales.

Referencio fallos dictados por la Justicia Federal. En ellos se resolvió la procedencia del requerimiento de representantes de niños no nacidos, aún sin ser sus padres o formar parte de una Asociación (tal como lo requiere el amparo de tipo colectivo).

I. Acción de Amparo

“Amparar es defender, tutelar, proteger o simplemente garantizar los derechos a los que se sirve” (Gozaíni, 2004 Pág. 259).

El amparo se puede definir simplemente como la herramienta que provee el ordenamiento jurídico a los fines de obtener una pronta resolución en circunstancias que implican la vulneración de derechos fundamentales. Además se requiere cierta urgencia incompatible con el proceso ordinario común y que no exista otra vía judicial más idónea que reporte seguridad para la protección que se necesita. Se trata de una auténtica garantía procesal.

En concordancia con la definición delineada, el Tribunal Superior de Justicia de esta Provincia de Córdoba (en adelante TSJ) sostuvo que se trata de un proceso constitucional autónomo, caracterizado como una vía procesal expedita y rápida, condicionada -entre otros recaudos- a que no exista otro medio judicial más idóneo (Berardo, Lucía María del Carmen y otros c/ Estado Provincial - Gobierno De La Provincia De Córdoba - Expte. N° 2658618).

1. Tipos de amparo

La acción de amparo evolucionó a través del tiempo. En sus orígenes con los fallos “Siri” y “Kot”, la herramienta fue diseñada jurisprudencialmente a los fines de tutelar derechos de los ciudadanos contra acciones lesivas del Estado o de otros particulares. Luego se efectivizó su reconocimiento legislativo a través de la ley 16.986, ampliada por la ley 17.754. Posteriormente, en el año 1994, se produjo la incorporación del amparo al texto constitucional en el art. 43.

Como lo señala Barone (2016) esta última reforma tuvo el destacable efecto de elevar la acción de amparo al mismo nivel que los derechos que pretende proteger. Su expresa inclusión en el cuerpo de la normativa fundamental, expresó el derecho de toda persona a reclamar contra la autoridad pública o frente a un sujeto particular cuando se produzcan actos ilegales o arbitrarios que restrinjan o alteren de manera inminente derechos

reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

Como último hito de desarrollo de esta herramienta procesal se encuentra el fallo Halabi. Por intermedio de éste la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), amplió la legitimación activa para los derechos de incidencia general que se encuentren afectados (derechos de pertenencia difusa), dando lugar al nacimiento del amparo colectivo.

Por su parte, en la provincia de Córdoba de acuerdo al texto del Art. 1 de la ley 4915, la acción de amparo establece las siguientes coberturas:

- Amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas.
- Amparo contra actos u omisiones de particulares.
- Amparo contra la inconstitucionalidad de las leyes.
- Amparo colectivo.

En el fallo analizado en este comentario el accionante solicitó la inconstitucionalidad de la ley 27.610 y aseguró que la Provincia de Córdoba tiene el deber de garantizar a todas las personas el respeto por su vida desde la concepción (sistema de constitucionalidad de tipo difuso). Además esgrimió que las prácticas abortivas establecidas en la normativa restringen, menoscaban, violentan, limitan y alteran la existencia, ejercicio y goce del derecho a la vida del niño. De esta manera, el amparista entabló la acción a los fines de proteger el interés colectivo del derecho a la vida de los niños por nacer pero de manera individual y no recurriendo a la figura del amparo colectivo².

2. Requisitos para la existencia y procedencia de una acción de amparo

Como toda herramienta jurídica, el amparo debe ser utilizado en los carriles de su utilidad. En consecuencia, esta acción tiene sus requisitos propios. La finalidad de este “vallado procesal” que debe ser sorteado por el sujeto peticionante, en un primer momento cumple el objetivo de que limitar su utilización a los casos necesariamente urgentes. De no poder esgrimir los elementos necesarios que serán detallados seguidamente, el peticionante debe estar a la acción ordinaria.

La segunda finalidad de estos elementos restrictivos, es que el sentenciante cuente con los elementos necesarios para poder tomar una decisión en un procedimiento sumario que obliga a escapar de la amplitud que posee un proceso ordinario.

A. Hecho / Acto Lesivo. Acreditación

Al decir de Gozaíni “el acto lesivo es el objeto del amparo” (2006, p. 264). Esta acción requiere la existencia de un hecho que vulnere derechos constitucionales y pese a que la acción de amparo es de tipo expedita, no debe dejar de comprobarse la existencia de una violación a un derecho individual o colectivo. También se incluyen actos de inminente acaecimiento o amenaza potencial que generarían la vulneración de esos derechos, omisiones o inejecución de conductas agresivas hacia los derechos protegidos (hecho negativo).

De esta manera, el TSJ ha enunciado al respecto que es una condición de admisibilidad la

² Recordemos que el amparo colectivo puede ser impetrado por: a) El defensor del Pueblo. B) El afectado. C) Las asociaciones registradas conforme a la ley.

exigencia de un daño grave e irreparable y que ello se encuentra plasmado en el artículo 2, inciso "a" de la Ley n° 4915 ("Berardo C/ Estado Provincial).

Como señala Gozáini (2022, pág. 164) la entidad del acto lesivo (que puede tratarse de una restricción, alteración o directa supresión del bien jurídico protegido) debe ser demostrada, junto a cómo impacta de manera ilegal en el derecho del perjudicado.

B. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta

En la Provincia de Córdoba este requisito se encuentra expresamente plasmado en el Art. 1 de la ley 4915, mientras que la Constitución Nacional lo expone en el Art. 43.

Esta exigencia tiene fundamentalmente que ver con el tipo de solución expedita que se busca en este tipo de acción.

El hecho, acto u omisión debe presentarse como algo palmario, ostensible, patente, claro o inequívoco, es decir visible al examen jurídico más superficial (Palacio, 1995, p. 1238). La ilegalidad o arbitrariedad del hecho generador del daño debe ser de una entidad tal que permita la supresión de la etapa de prueba ordinaria y contar con una entidad suficiente que derive casi de forma natural en la procedencia de la acción.

C. Urgencia

La vulneración de los derechos que subyacen esta acción, deben revestir una emergencia tal que no permita la espera de un desarrollo de un proceso ordinario y los tiempos procesales que este implica.

El carácter expedito que tiene el amparo en su naturaleza jurídica, delimita que solamente deba ser utilizado en aquellos casos en donde la espera puede llevar a una pérdida efectiva del bien jurídico tutelado.

D. Legitimación

En este requisito es importante diferenciar entre "derecho subjetivo", "interés legítimo" o mero interés. El primero le pertenece al titular del derecho afectado, el segundo hace referencia a aquellos daños que no se realizan de manera directa al perjudicado, sino que se trata de una víctima mediata de los hechos que denuncia. Por último, el titular de un mero interés es aquel que su aspiración es obtener el restablecimiento de una situación de iure o afirma custodiar el interés público. Esta última situación es la que ha ocurrido en el caso que analizo.

Si bien el amparo prevé la defensa de los derechos individuales y colectivos, en ambos tipos, la legitimación procesal que se exige es de carácter restrictiva.

En el amparo individual es el verdadero perjudicado quien accionará contra quien restrinja altere o deniegue su derecho. En el amparo colectivo en cambio, serán aquellos sujetos que gocen de cierta representatividad de un grupo con intereses homogéneos en un caso en concreto. Ya lo aseguraba el maestro Bidart Campos "...quien, conjuntamente con muchos otros, padece un perjuicio compartido; por eso, su porción subjetiva en los derechos de incidencia colectiva...merece concederle legitimación individual, bien aisladamente a él, bien en litisconsorcio activo con los demás" (BIDART CAMPOS, 1995, p. 319)

II. El caso en concreto

1. Advertencia

En este análisis, solo me centraré en la legitimación procesal de personas individuales respecto de amparos en representación de derechos difusos, en el caso: derecho a la vida de las personas por nacer. Los motivos y conclusión que esgrimo respecto a la procedencia o no de la acción, no reflejan mi opinión respecto a constitucionalidad o no de la ley 27.610.

2. Bien Jurídico tutelado

En el fallo analizado, el bien jurídico tutelado de acuerdo a la petición del actor es la vida de los niños por nacer. Se solicitó la protección a este derecho a través de un amparo individual que requería la declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.610. El peticionante lo hizo a título propio e invocó su calidad de abogado del Foro de la Pcia. De Córdoba.

3. Principio Pro Homine

Este principio atraviesa medularmente a todo nuestro ordenamiento jurídico y pone en el centro del sistema de derechos humanos al individuo. Se encuentra contemplado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Art. 5) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 29).

Es interesante lo señalado por Palacio de Caeiro y Junyent de Dutari (2015, p.561) al exponer la opinión consultiva N°5/85 de la CIDH la cual explica que este principio otorga mayor prevalencia a la norma que proyecte una protección a la dignidad humana (que reconozca más ampliamente los derechos humanos), con independencia de la fuente de origen o de la obligación que se trate.

Adelanto opinión respecto al caso concreto, en la acción impetrada se trataba de ir más allá de la legitimación otorgada por la regulación del amparo individual y observar que la ley 26.061 posibilita la representación de cualquier ciudadano cuando se trata de derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA).

4. Bloque de Constitucionalidad y ampliación de la legitimación activa

Como analicé en el apartado 2, la legitimación procesal de quien instaura la acción de amparo es uno de los requisitos fundamentales para su procedencia.

El tribunal interviniente denegó la procedencia del amparo de forma liminar porque a su criterio no se encontraba acreditada la legitimación procesal necesaria para la acción. En este punto, es importante traer a colación dos fallos relevantes de la Justicia Federal en donde se ha resuelto el mismo interrogante que subyace el amparo provincial denegado y que se resume en la siguiente pregunta: ¿Es posible la legitimación ampliada en los amparos?

Para ello, en los casos "Fiore Viñuales, Maria Cristina y otros c/ Ministro De Salud De La Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" y "Asociación Civil Portal De Belén c/ ENA s/ amparo ley 16.986" resueltos por los Juzgado Federal de Salta N°2 y la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba Secretaría Civil Sala A respectivamente, los tribunales intervinientes han determinado que lo que marca la legitimación en un pro-

ceso es el bien jurídico tutelado. Además, han resaltado en sus argumentos que la vida de las personas no nacidas no cuentan con una representación procesal prevista por el ordenamiento jurídico que sea diferente a la de sus personas gestantes.

La ley 27.610 limita a la sola voluntad de la persona embarazada la decisión de la interrupción del embarazo o no. Esto ha sido cuestionado en el caso “C.B.G.M. c / J.C.A.C. y Provincia de Salta por Amparo”³ donde el presunto padre del niño por nacer ha logrado la admisión y el otorgamiento de la cautelar de no innovar frente a la decisión de la gestante de interrumpir el embarazo en curso.

Claramente el problema central de la normativa reside en la representación de las personas no nacidas. Si ello se dejara librado a la sola voluntad de la persona gestante, los derechos de los no nacidos no tendrían aplicación práctica en el plano de la realidad. Ante esta situación procesal inconcebible, razono que atinadamente los tribunales federales han echado mano a otra ley con el mismo nivel constitucional que la del Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Ella es la ley N° 26061 referente a la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños Y Adolescentes.

Este cuerpo normativo en su Art. 8 asegura el derecho a la vida de NNA. Además, en su art. 1 garantiza el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y los tratados internacionales en los que Argentina sea parte⁴.

A nivel provincial es muy importante recordar la ley 9053, muchas veces relegada y olvidada. En su art. 1 establece la responsabilidad de la comunidad y del Estado en cuanto al desarrollo físico, psicológico, moral, espiritual y social de los niños y adolescentes menores de edad, conforme a lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Provincial. Además, en el Artículo 3 refiere a la **protección judicial** de los NNA. Textualmente reza:

“Art. 3.- Protección judicial. Los niños y adolescentes menores de edad, cuyos derechos fundamentales estuvieren en conflicto, quedarán amparados por la presente ley, y gozarán de la protección judicial para la determinación de las medidas tendientes a restablecer sus derechos vulnerados”.

A su vez, la ley 9944 comprende a todas las personas NNA, hasta los 18 años de edad y enuncia en su Art. 12 el derecho a la vida, incluyendo su disfrute y protección.

Finalmente, en lo que refiere al Poder Judicial de Córdoba, se elaboró y es de aplicación el Protocolo de Actuación para el acceso a la Justicia de Niños, Niñas y Adolescentes. Éste último si bien hace referencia a que la niñez comienza con el nacimiento, debe complementarse y considerarse el Código Civil y Comercial de la Nación que en su Art 70 enuncia que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Asimismo, en el art. 54 se determina que las personas por nacer tienen incapacidad absoluta y finalmente, en el Art. 57 se determina que los representantes de las persona

3 Juzgado 1° Civil y Comercial, Salta, “C.B.G.M. c / J.C.A.C. y Provincia de Salta por Amparo”, Expte. N° 738321/21.

4 Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra (1924), Declaración de los Derechos del Niño (ONU, 1959) y la Convención Internacional de los Derechos del Niño (ONU, 1989), ratificada por Argentina en el año 1990 por ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional en la Reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

por nacer son sus padres o curadores que se les designe. Si bien este último artículo en conjugación con la ley 27.610 delimitaría la representación de los no nacidos a la persona gestante, no se puede desconocer el bloque de constitucionalidad ya desarrollado, y el cual delimito al **DERECHO DEL NO NACIDO A SER OIDO**, derivado del mismo derecho que posee cualquier niño, niña o adolescente.

Por la conjugación de todas estas normas citadas, considero que ha sido errónea la denegación in limine de la procedencia de la acción con fundamento en la falta de legitimación del amparista.

Volviendo a los fallos reseñados, en los autos Fiore Viñuales C/ Ministro de Salud de la Nación, los actores habían esgrimido su mera calidad de ciudadanos con la finalidad de representar el interés general del niño por nacer. El voto mayoritario interviniente revocó la decisión de primera instancia y se ordenó otorgar trámite a la acción. Para ello, el Dr. Guillermo F. Elías aseguró en su voto que la legitimación procesal reconocida a todo ciudadano para accionar en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes tiene sustento en la ley 26061 la cual abarca también a las personas por nacer. Señaló también que el art. 51 del CCCN no discrimina entre personas nacidas y no nacidas, y expresa claramente que todos los entes que posean signos característicos de humanidad son personas de existencia visible y que **negarle la intervención jurisdiccional implicaría negarle la protección jurídica**⁵.

Me resulta convincente y acertado el argumento del mismo vocal vertido en el resolutorio, al exponer que pretender que una acción declarativa de inconstitucionalidad sea solicitada por cada caso de aborto en particular, implicaría obstaculizar el acceso a la justicia y el derecho de defensa de un número indeterminado de personas por nacer que requieren protección especial.

5. Otro posible problema: La falta de controversia

Si bien no es objeto del análisis del fallo presentado, al analizar jurisprudencia nacional he advertido que otra de las razones por las cuales posiblemente los juzgadores denieguen la procedencia de una medida como la solicitada por el Dr. Espina Leupold, es la falta de controversia en el caso concreto. No compartiría tal decisión. El colectivo de niños por nacer es de una entidad tal que se encuentra en todo el territorio de la Nación. El amparo ha sido ampliado en sus legitimados activos de manera jurisprudencial en el caso Halabi, dando procedencia al llamado amparo colectivo.

Es momento de rediseñar las herramientas jurídicas existentes a los fines de proteger el derecho de todas las personas (desde su concepción) y no ceñirse en el texto pético de la ley.

Una controversia de este tipo, no solo refiere a intereses entre partes (que podría leerse como: Progenitor a vs. Progenitor b; Gestante vs. Estado, Asociación representante de un colectivo Vs. Estado) sino que refiere a un interés social en el cual el Poder Judicial y los legisladores deben estar a la altura de las circunstancias para ser la herramienta armónica y pacificadora de cualquier Estado de derecho.

Tomo las palabras del Dr. Eduardo Avalos⁶ el que enunció: “los integrantes del colectivo

⁵ El resaltado me pertenece.

⁶ “Asociación Civil Portal De Belén c/ ENA s/amparo”

supuestamente afectado no pueden accionar porque todavía no han nacido, ni pueden representarse a sí mismos, resultando paradójico que solamente podrían hacerlo una vez que hubiesen nacido, pero ya no serían afectados. Asimismo, se advierte que la defensa de los derechos de las personas por nacer (sujetos de derechos, conf. arts. 15, 19, 21, 22, 24 inc. a, 100, 101 inc. a, 574 y 2279 incs. b, y c; y concordantes del Código Civil y Comercial), no podría ser ejercida en forma individual ni por terceros, a partir de la existencia de un derecho de exclusividad de la persona gestante para decidir la interrupción del embarazo”.

Conclusiones

La legitimación procesal se convierte en la puerta de entrada del reclamo de los justiciables (o sus representantes) al sistema judicial. Si bien el procedimiento procesal implica que se cumplimenten ciertos requisitos, también es cierto que el derecho siempre va por detrás de las necesidades de la sociedad. La negación per se a la escucha de una solicitud de un ciudadano, no condice con la función de servicio que debe brindar el Poder Judicial. En este caso, si bien el Dr. Miguel Carlos Espina Leupold no es titular de ningún derecho subjetivo afectado por la ley 27.610 de forma directa, presentó la acción de amparo por considerar que podía representar a los intereses de los niños por nacer de manera individual. El tribunal le negó tal posibilidad y rechazó in límine la acción impetrada, desconociendo que la ley 26.061 establece que cualquier persona puede velar por los derechos de los niños.

A los fines de evaluar la procedencia o no de una herramienta procedimental el juzgador no debe ceñirse a la letra de la ley pétrea, sino que debe considerar esta última como parte de un sistema y sobre todo tener siempre presente la finalidad tuitiva del amparo como una instrumento garantizador de derechos.

No está de más recordar, que el permitir que una acción proceda en su trámite no tiene nada que ver con que lo solicitado o la cuestión de fondo proceda. Ante la duda, el deber del Estado es brindar la oportunidad al ciudadano de escuchar su petición y permitir el debate sobre la cuestión de fondo.

En el caso particular considero que además de toda la normativa provincial, nacional y la que integra el bloque de constitucionalidad, ha sido muy importante para la práctica diaria la creación del Protocolo de Actuación para el acceso a la Justicia de Niños, Niñas y Adolescentes. Herramienta que los operadores jurídicos tienen la obligación de ponerlo en práctica y el cual insta a que el sistema judicial realice las adecuaciones procesales necesarias a los fines que los los NNA puedan acceder a la justicia. Este instrumento tiene como finalidad que los niños que lo puedan hacer puedan expresarse y sentirse incluidos por un Poder Judicial que les otorga la debida contención y atención a sus necesidades, y en el caso de que no puedan hacerlo debe buscarse los medios para que sus representantes así lo hagan. Siempre el norte debe ser el paradigma de la protección y promoción de derechos, que en el caso concreto comienza por abrirle la puerta judicial al solicitante a los fines de que se sustancie la materia de fondo requerida.

Referencias bibliográficas

- Barone L. (2016). Los principios procesales del Amparo: un aporte para su regulación normativa, Córdoba, Advocatus.
- Barone L.D. (2017) Proceso de Amparo, Córdoba, Advocatus.
- Bidart Campos G. (1995). Tratado elemental de derecho constitucional argentino, T VI, Buenos Aires, Ediar.
- Brugge J. F., Barone L. D. (2019) Lecciones de Derecho Procesal Constitucional, Córdoba, Advocatus.
- Gozaíni O. A. (2002), Derecho Procesal Constitucional: Amparo. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.
- Gozaini O.A. (2022) Derecho a la salud y al juicio de amparo, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.
- Palacio de Caeiro S. B., Junyent de Dutari P. M. (2015), Acción de Amparo en Córdoba, Córdoba, Advocatus.
- Palacio L. E. (1995). La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994, L.L. 1995-D.

Medidas cautelares innovativas en tiempos de Covid-19

Innovative precautionary measures in times of Covid-19

Catalina Costamagna¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)19](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)19)

Comentario a

Rivilli, Renee Silvina c/ Provincia de Córdoba

Solicita habilitación de feria Expte. 9772679 - Decreto de fecha 14/01/2021

Cámara en lo Contencioso Administrativo de 1º Nominación de la ciudad de Córdoba

RESUMEN:

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de 1º Nominación de la ciudad de Córdoba resolvió no hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada, en forma precautoria, por la parte actora –profesional médica, con especialidad en psiquiatría, de 60 años de edad- tendiente a que se ordene al Centro de Operaciones de Emergencia de la Provincia de Córdoba (COE) la reserva de una dosis de la vacuna Sputnik V, con fundamento en la arbitrariedad e ilegitimidad de la negativa a su colocación por parte de la demandada. Para así resolver, y con particular consideración del contexto imperante a la fecha del dictado de ese pronunciamiento judicial (14/01/2021), el Tribunal de Alzada tuvo por no configurados dos de los extremos insoslayables para la procedencia de la medida peticionada, esto es la verosimilitud en el derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*).

ABSTRACT

The Chamber of Appeals of 1st Nomination with contentious-administrative competence of the city of Córdoba (Argentina) resolved not to grant an innovative precautionary measure requested by the plaintiff -a 60-year-old medical professional, specialized in psychiatry-. The object of the action was to order the Emergency Operations Center of the Province of Cordoba (in Spanish "C.O.E.") the reservation of a Sputnik V vaccine dose, based on the arbitrariness and illegitimacy of the defendant's refusal to administer it. With particular consideration of the prevailing context

¹ Abogada (UNC), egresada sobresaliente con Mención de Honor (UNC), integrante del Cuerpo de Abanderados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales año 2014 (UNC), Diplomada en Seguros y Daños (Club de Derecho), Posgrado en Derecho Registral (UCC) y en Derechos Reales (UNC), Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC), Relatora del Juzgado de Primera Instancia y Décimo Quinta Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Mail: cati.costamagna@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1630-3853>

at the date of the judicial decision (14/01/2021), the Chamber of Appeals considered that two of the necessary requirements for a precautionary measure to proceed were not met, in particular, the plausibility of the right invoked (*fumus bonis iuris*) and the peril in the delay (*periculum in mora*).

PALABRAS CLAVE: Acción de amparo; derecho a la salud; medida cautelar innovativa; vacuna Sputnik V; contexto pandémico.

KEY WORDS: Amparo action; right to health; innovative precautionary measure; Sputnik V vaccine; pandemic scenario.

I. Medidas Cautelares

1. Consideraciones generales

En primer término y recordando conceptos generales, puede señalarse que las medidas cautelares han sido conceptualizadas como aquellas que tienden a impedir que el derecho cuya actuación se pretende, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la demanda y la sentencia (Palacio, 1983:62). Su fundamento radica en que, habitualmente, existe un lapso –que variará, según el tipo de proceso de que se trate– entre la fecha de la postulación inicial y el dictado de la resolución judicial que hiciera lugar, o no, a la demanda incoada por el accionante.

Con mayor precisión aún, prestigiosa doctrina ha sostenido que las medidas cautelares son “resoluciones jurisdiccionales provisionales, que se dictan in audita parte o con trámite sumario o de conocimiento limitado, con el fin de evitar el menoscabo inminente de derechos personales o patrimoniales” (Colombo, 1965:706). De esa manera, se afirma entonces que los procedimientos cautelares han sido previstos para garantizar los derechos del actor o evitar que ellos se tornen ilusorios (Ferreira de De la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003:285).

Además, otra de sus características fundamentales consiste en que carecen de autonomía, pues su finalidad se reduce a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso. Dicho en otras palabras, las pretensiones cautelares tienden a la obtención de una medida judicial que asegure el eventual cumplimiento de la sentencia de mérito a dictarse en un proceso de conocimiento o de ejecución. No son, por lo tanto, pretensiones autónomas sino que se encuentran subordinadas a una pretensión principal ya deducida, o próxima a deducirse (Palacio, 2003:77).

Es por lo expuesto que Carnelutti entendió que el proceso cautelar sirve no inmediata, sino mediatamente a la composición de una *litis*, porque su fin inmediato se encuentra en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto (1959:85). Conteste con ello resulta también lo postulado por Calamandrei, al afirmar que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas. Es decir, nacen al servicio de esa resolución definitiva, con la intención de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito (1936:162).

En resumidas cuentas, de las líneas que anteceden es posible extraer los caracteres principales de las medidas cautelares, aunque sin ánimo de agotar con ello todas las demás peculiaridades destacadas por la doctrina nacional y local, en relación a esta figura procesal. En consecuencia, y debido a su particular estructura, sus rasgos tipificantes son:

a) Instrumentalidad, lo cual implica que están al servicio del juicio principal del cual dependen, buscando siempre garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte en aquél. Es por dicho motivo que la doctrina nacional apuntó: “en ausencia de este carácter, o lo que es lo mismo, en tanto la tutela se alcance definitivamente con la pretensión `cautelar´, ésta dejaría de ser tal, hallándonos más bien en presencia de un proceso urgente, cualquiera fuese la denominación que se le acuerde y las normas que hubiese de aplicársele (...)” (Kielmanovich, 2000:43).

b) Provisionalidad, es decir, no son definitivas sino que están supeditadas a la subsistencia de las circunstancias fácticas que dieron origen a su nacimiento. Como consecuencia de ello, puede solicitarse su levantamiento al rechazarse la demanda o, incluso, su decaimiento ipso iure al ser resuelta la causa principal. Es más, aun en los supuestos de denegación, es posible que con posterioridad se la decrete, en tanto y en cuanto hayan variado los hechos o bien se completen los requisitos para su procedencia, de ser necesario.

c) Mutabilidad, no es otra cosa que la posibilidad de su modificación a pedido de las partes y, además, en ningún supuesto causan estado. Al respecto se aclara que, el requisito de la solicitud de parte es propio del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (CPCC), al ser exigido en su art. 463; marcándose así una importante diferencia con su par nacional, en donde está permitido que el juzgador las ordene de oficio, de conformidad a lo normado por el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Zalazar, 2021:30-35).

2. Clasificación de las medidas cautelares

Sobre este tópico, debe precisarse que los criterios utilizados por la doctrina para efectuar esta tarea son de los más variados, dando ello origen a múltiples posibilidades que resultan sumamente útiles si lo que se busca es una completa descripción y profundo desarrollo de esta temática. Por eso, teniendo en cuenta la finalidad del presente artículo y de acuerdo a los hechos que motivan la causa bajo estudio, consideramos adecuado acotar el tratamiento de este punto a la distinción entre medidas cautelares “innovativas” y “no innovativas”, aunque Calamandrei –avanzando aún más– las clasificaba en “innovativas” y “conservativas”.

El mencionado autor observaba que, en todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar sería “conservativa”. Ello porque tiende a mantener aquél estado de hecho existente al momento de su decreto, en espera y con la finalidad de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos. En cambio, cuando lo que se busca es que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o, bien, ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la principal podrá llegar a constituir tales efectos, deberá tender a operar en forma provisoria o anticipada los efectos constitutivos e innovativos; que, diferidos,

podrían resultar ineficaces o inaplicables (1996:48-49).

Iguals denominaciones fueron utilizadas por otros doctrinarios de talla a nivel nacional, entre los que se encontraba Reimundín, autor que definía al proceso cautelar conservativo como aquél mediante el cual “se trata de (...) inmovilizar una situación de hecho para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal”. Mientras que, con relación al innovativo, apuntaba: “la técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como una modificación anticipada de una situación jurídica” (1979:19).

Por su parte y luego de precisar el interés que reviste esta clasificación, la directora de la presente revista prefiere identificar a las medidas cautelares, bajo esta óptica, como “asegurativas” o “conservatorias” y aquellas que tienen un fin “anticipatorio”. De esa manera, señala que las primeras tienen por finalidad garantizar la eficacia práctica de la resolución definitiva, como por ejemplo: el embargo preventivo, la inhibición general de bienes, la intervención judicial; vislumbrándose en ellas, con claridad, el objetivo principal de las cautelares al que nos referimos en el acápite anterior. En tanto que, las segundas procuran lograr antes o durante el trámite del proceso, una anticipación de la probable resolución que vaya a dictarse en él. Es decir, son los llamados “despacho anticipado de fondo” o la denominada genéricamente “tutela anticipada”, que se traduce en el dictado de una condena provisoria que puede ser luego ratificada o revocada, en oportunidad del dictado de la sentencia de mérito final. Ergo, la medida no agota el proceso, sino que éste sigue su curso normal y podrá, en su caso, tornar definitiva la medida que ha sido anticipada (Zalazar, 2021:23).

3. Presupuestos generales para su procedencia

Otro de los extremos relevantes de este instituto son los presupuestos generales para su procedencia o, en palabras de Palacio y Alvarado Velloso (1997:322), los presupuestos que hacen a la fundabilidad de la pretensión cautelar. Tales son: la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), el peligro en la demora (*periculum in mora*) y el otorgamiento de contracautela; aunque luego, dependiendo de la medida cautelar de que se trate en el caso concreto, pueden adicionarse otros.

Entonces, el primero de ellos refiere a la verosimilitud del derecho de fondo sustentado por quien pide la cautelar y no al derecho a obtenerla en sí mismo (Rivas, 2007:40), y no es otra cosa que la aparente atendibilidad del derecho o la acreditación de la probabilidad de su existencia. Es decir, no se exige certeza sino posibilidad de que el derecho exista, aunque no como una realidad efectiva ya que esto último sólo se alcanzará al concluir el trámite principal (Bertoldi de Fourcade y Ferreyra de De la Rúa, 1999:397). Inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha pronunciado sobre este carácter, precisando que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que supone atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (Fallos: 316:2060, entre otros precedentes).

En lo que respecta a su acreditación, en algunas ocasiones será suficiente la mera invocación o alegación de las circunstancias fácticas y, otras veces, en cambio, deberán aportarse elementos probatorios. Este extremo podrá efectivizarse en el propio escrito de solicitud o a través de un trámite de naturaleza sumaria, a los fines de formar convicción en el

magistrado para la correspondiente admisión de la cautelar peticionada (Ferreyra de De la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003:317).

Por otra parte, Podetti entiende al peligro en la demora como el interés jurídico que justifica la medida cautelar, al afirmar: “no existe medida cautelar alguna que no se de para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación *prima facie*, sea que se presuma por las circunstancias del caso” (1969:77). Entonces, este presupuesto puede resumirse en la existencia de razones de urgencia tendientes a impedir que la tutela jurídica definitiva, que el actor espera con la sentencia a dictarse en el proceso principal, pueda verse frustrada. Además, en palabras del Máximo Tribunal de Justicia de nuestro país, exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que pudieran llegar a producir los hechos que se pretenden evitar, pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (CSJN, Fallos: 319:1277).

Por último, la contracautela es conceptualizada como la garantía concreta que -por disposición del juez- debe otorgarse a favor del afectado, por parte de quien requirió una medida cautelar, como presupuesto para su efectivización. Su finalidad, justamente, es asegurarle el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera producirle su traba, en las condiciones que marca la ley, y sobre la que puede operarse para lograr la consiguiente compensación (Rivas, 2007:55); pudiéndose materializar con el otorgamiento de una caución real, personal o juratoria (Ferreyra de De la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003:318).

II. El caso de autos

1. Hechos que motivan la resolución judicial

Ingresando a la plataforma fáctica que determinó el dictado del decreto objeto de este comentario, se observa que una profesional de la ciencia de la salud -específicamente una médica psiquiatra, con 60 años de edad ya cumplidos-, durante el receso judicial del mes de enero del año 2021, presentó una diligencia mediante correo electrónico, solicitando la habilitación de la feria judicial y su vacunación con Sputnik V; pedido que fue rechazado por el Juez de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de Feria con fecha 09/01/2021, sin perjuicio de la posibilidad de reeditar la cuestión con mayores argumentos.

Con motivo de esa resolución, es que el día 12/01/2021 la actora presentó un nuevo escrito intentado cumplimentar con los recaudos formales y la acreditación de las circunstancias que le habían sido exigidas. Además, en esa misma oportunidad procesal, peticionó la remisión al tribunal competente y asimismo, como medida cautelar urgente, que se ordene al COE la reserva de una dosis de la mentada vacuna, ello hasta tanto se resuelva el fondo del asunto. En ese contexto y al sólo efecto del tratamiento y análisis de la cautelar solicitada, el tribunal convocó a una audiencia del art. 58 del CPCC para el día siguiente, y tras su fracaso y la inexistencia de acuerdo alguno entre las partes, se le ordenó a la demandada la presentación de un informe que diera cuenta de las razones de la denegatoria de vacunación. Cumplimentado esto último con fecha 14/01/2021, la Provincia de Córdoba se opuso a la pretensión de la actora, exponiendo en su memorial que su accionar no podía calificarse como arbitrario e ilegal -principalmente- porque había cumplimentado con el programa de inmunizaciones que, en ese entonces, llevaba a cabo la provincia; el que estaba alineado a las pautas recibidas por el Ministerio de Salud de la

Nación (MSN). A su vez, la demandada definió a este último organismo como la autoridad de control y con monopolio de decisión respecto a las pautas técnicas de aprobación y al suministro de fármacos a nivel federal.

Frente a ese cuadro de situación y tras realizar un detenido examen del escrito inicial, de lo informado por el polo pasivo y de la documentación acompañada por cada una de las partes, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de 1° Nominación de la ciudad de Córdoba resolvió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada, por no encontrarse –según entendió– suficientemente configurados los requisitos de la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora, más allá de las razones de prevención que habían sido invocadas por la peticionante.

2. Fundamentos para su rechazo

Sobre la plataforma fáctica desarrollada en el punto anterior y luego de una minuciosa lectura de la resolución judicial, es posible identificar cuáles fueron los argumentos centrales y las razones fundamentales que determinaron la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional colegiado, en sentido adverso a la pretensión cautelar de la parte accionante; los que serán profundizados en las líneas siguientes.

a. Excepcionalidad de la medida cautelar solicitada

Como primer punto, el tribunal interviniente cimentó su decisión en la excepcionalidad de la medida cautelar peticionada por la actora. En ese sentido, no puede pasar inadvertido que la pretensión de vacunación con Sputnik V y luego el pedido de reserva de una dosis de aquella, engastan en lo que se denomina doctrinariamente como medida cautelar innovativa. Por lo cual, de acuerdo a lo desarrollado en el acápite 1.2), su finalidad no es otra que alterar el statu quo o situación de hecho existente a ese momento.

A su vez, la medida fue solicitada con anterioridad al reconocimiento judicial del derecho de la accionante, vía acción de amparo; por lo que debe ser calificada –además– como precautoria. Entonces, sin duda alguna, ambos extremos robustecen la excepcionalidad dispuesta por el tribunal como basamento de su decisión y justifican un criterio más estricto en la determinación de su procedencia.

Asimismo, a lo ya manifestado se suma el limitado marco cognoscitivo que presenta el despacho cautelar, mucho más expedito y superficial que el correspondiente a una pretensión ordinaria cuya sentencia definitiva se dicta con un grado de certeza y luego de la integral tramitación del proceso.

Por último, existen diversos precedentes de la CSJN vinculados a esta temática, entre los cuales podemos mencionar el de fecha 24 de agosto de 1993, correspondiente a los autos caratulados “Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina” (Fallos: 316:1833), citado por el órgano decisor para justificar el rechazo de la pretensión cautelar. Al respecto, deviene esclarecedor e ilustrativo transcribir un extracto de lo resuelto en esa oportunidad, en donde se sostuvo: “(...) la viabilidad de las medidas precautorias (...), y dentro de aquellas la innovativa, es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”.

b. Contexto imperante a la fecha de la pretensión cautelar

Otras de las razones que motivaron la decisión del tribunal de alzada, fue el contexto de pandemia suscitado con motivo de la aparición del Covid-19; fenómeno que azotó con consecuencias inusitadas e inimaginables para cualquiera persona, no sólo a nuestro país sino también al resto del mundo por completo y que, desde el punto de vista sanitario, puede ser diferenciado de otros supuestos como la epidemia y la endemia. La pandemia, entonces, es una enfermedad epidémica -o sea, que ha crecido abruptamente-, pero no ya en una región determinada, sino en una gran cantidad de países, y que ataca a un inmenso número de sus habitantes o a casi la totalidad de ellos (Parellada, 2021:1).

Frente a este escenario global, el Estado Argentino comenzó una paulatina campaña de vacunación con la finalidad de obtener la inmunización de su población y evitar así tanto los fallecimientos como la propagación masiva del Covid-19, en el menor tiempo que fue posible. En ese marco y luego de la adquisición de los distintos fármacos, se dictaron sucesivas leyes, normativas e instrumentos, y también se fijaron planes estratégicos para llevar a cabo este importante objetivo.

En particular, se establecieron etapas y distintas instancias para realizar la vacunación, siendo las autoridades nacionales en ejercicio del poder de policía en materia sanitaria -específicamente, el MSN-, quienes individualizaron a las personas comprendidas dentro de cada una de ellas, teniendo en cuenta su función, edad y la existencia o no de ciertas patologías que aumentaban el riesgo frente al virus; todo ello en virtud de lo dictaminado por los profesionales, de acuerdo al grado de conocimiento científico existente a ese momento.

De esa manera, el MSN a través de la Resolución 2784/2020 publicada en el Boletín Oficial Argentino (BOA) el día 24/12/2020, autorizó con carácter de emergencia la vacuna Gam-Covid-Vac, denominada Sputnik V, desarrollada por el Centro Nacional Gamaleya de Epidemiología y Microbiología de Rusia, en virtud de lo establecido por los arts. 8 y 9 de la Ley 27.573, y las recomendaciones de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).

A su vez, como consecuencia de lo indicado por la ANMAT, el MSN estableció -a través de un comunicado oficial- que el corte etario a los fines de la administración de las dosis adquiridas en esta primera etapa por nuestro país, sería de 18 a 59 años y que el grupo objetivo era el personal de salud y estratégico.

Por otra parte, los "Lineamientos técnicos para la Campaña Nacional de Vacunación contra el Covid-19" establecieron que la misma debía ajustarse a las indicaciones expresas de la autoridad sanitaria nacional; razón por la cual, el fármaco solo podía ser administrado a personal de salud y estratégico que se encuentre en el rango etario de 18 a 59 años, con expresa exclusión de los menores de edad y adultos que hayan cumplido los 60 años de vida. Sin embargo, se permitía a las jurisdicciones que hayan completado ese grupo, ampliar la campaña al resto del equipo de salud.

Como puede observarse, la actora cumplía una de las condiciones fundamentales estipuladas por la autoridad sanitaria nacional, al ser de profesión médica psiquiatra; pero no la segunda vinculada al rango etario. Por lo cual, se encontraba expresamente excluida de la primera etapa de vacunación con Sputnik V, de acuerdo a las indicaciones proporcionadas por los organismos competentes.

Ahora bien, resulta oportuno destacar lo ya resuelto por la CSJN sobre los criterios de distinción fijados por las leyes -en este caso, el vinculado a la edad- y su armonización con el art. 16 de la Constitución Nacional (CN), esto es con el principio de igualdad. Pues, en la causa "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal" y con fecha 17 de marzo de 2009 (Fallos: 332:433), el Máximo Tribunal de Justicia de nuestro país enfatizó: "(...) el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferencias legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se conceden a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros)". Además, agregó: "(...) El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados (Fallos: 229:428), o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Fallos: 229:765)".

Al mismo tiempo, la CSJN determinó que esos propósitos hostiles o arbitrariedad en la distinción no se presumen, esto es, no son tenidos por ciertos hasta tanto sean probados por quien los invoca (Fallos: 306:2147, 2154). Dicho en otras palabras, las clasificaciones introducidas por la ley a la luz del art. 16 de la CN y conforme a la interpretación dada por su propia jurisprudencia, tienen una presunción favorable que debe ser derrotada por quien la ataque. Sin embargo, en esa misma ocasión y luego de señalar la prohibición de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que integran el derecho constitucional argentino, la CSJN también resaltó que cuando debió resolver sobre la constitucionalidad de leyes que los utilizan, lo hizo partiendo de una presunción de inconstitucionalidad (Fallos "Hoofft" 327:5118; "Gottschau" 329:2986 y "Mantecón Valdez" 331:1715).

Por todos los argumentos dados, el Máximo Tribunal de Justicia Federal concluyó que el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales, antes que meramente convenientes, y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad.

En función de tales directrices interpretativas sentadas por la CSJN, el tribunal de alzada consideró que el criterio clasificatorio utilizado por la autoridad sanitaria nacional para la colocación de la vacuna Sputnik V en su primera etapa -esto es el grupo etario-, no era uno de los señalados como prohibidos. Asimismo, por tratarse de una clasificación que goza de una presunción favorable, debía ser destruida por quien la ataca, es decir por la solicitante de la medida cautelar, lo que no sucedió en el caso que se analiza.

Por último, en la resolución objeto de este comentario se destacó que los lineamientos fijados para proceder a la vacunación con dicho fármaco a nivel nacional, obedecían a razones objetivas, es decir médicas, funcionales, etc., que fueron las que justificaron la decisión de la autoridad sanitaria para proceder en el sentido en que lo hizo; circunstancia que, además, no fue controvertida por las partes.

c. Falta de configuración de los presupuestos necesarios para su procedencia

En primer lugar, se impone resaltar que el acto atacado por la requirente -vía acción de amparo- es uno emanado de la Administración Pública Provincial. Por ese motivo, goza de un carácter fundamental como es la presunción de legitimidad, entendiéndose por tal a la presunción *iuris tantum* omnicomprensiva del correcto origen o competencia de la autoridad que lo dictó, de la validez del acto y, en general, de su ajuste al orden jurídico. Pero, su invalidez no impide que la administración haga aplicación concreta de ese acto; ello en virtud de otra de sus características principales, esto es el poder de ejecutoriedad (García de Enterría y Fernández, 1993:554), lo que implica que puede llevarlo a la práctica sin necesidad del concurso judicial.

Como consecuencia de esos caracteres, las posibilidades de que el administrado obtenga la medida dependerán de que debilite de tal manera la presunción de legitimidad que, la misma, no pueda superar un juicio crítico provisional al respecto. Además, deberá demostrar la realidad de su derecho, por lo menos, frente al grado de conocimiento del juez y a los efectos cautelares (Rivas, 2007:45). En definitiva, se exige mayor rigurosidad en la acreditación de los recaudos que tornan procedente las medidas cautelares, a fin de hacer caer la presunción de legalidad de que gozan los actos emanados de la administración pública (De Lázari, 1995:177).

Sin embargo, esa innegable ventaja no implica que la administración goce de una inmunidad absoluta; ya que su actividad está sujeta a control y sus actos son impugnables, aun cuando las medidas cautelares en su contra deben contemplarse con alguna rigurosidad. Es por esa razón que, en el caso traído a análisis, la parte actora inició acción de amparo por la denegatoria de su vacunación con Sputnik V, por parte de la Provincia de Córdoba, calificando a ese acto como ilegal y arbitrario. La Cámara interviniente, por un lado, entendió que no estaba suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho, de acuerdo a las pruebas acompañadas por la administración provincial y los fundamentos esgrimidos por esta última en el extenso informe presentado ante el tribunal.

De ese documento se desprende, de acuerdo a la transcripción efectuada en el decreto analizado, el sinnúmero de leyes, resoluciones, instrumentos y normativas emanadas del Estado Nacional que regularon todo el proceso de vacunación en nuestro país a enero del año 2021 y que fijaron también las pautas y recomendaciones a seguir, en particular, sobre el fármaco en cuestión (Sputnik V). Asimismo, todas ellas debieron ser acatadas por cada uno de los Estados Provinciales, entre los que se encuentra la Provincia de Córdoba, cuyo acto fue atacado por la aquí accionante; en virtud del poder de policía que, en esta materia, presentan los organismos nacionales, a más de ser la autoridad de control con monopolio de decisión respecto de las pautas, técnicas de aprobación y suministro de vacunas a nivel federal.

Lo señalado encuentra su fundamento en la Ley Nacional 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación, en donde se la declara como de interés nacional; entendiéndose por tal a la investigación, vigilancia epidemiológica, toma de decisiones basadas en la evidencia, adquisición, almacenamiento, distribución, provisión de vacunas asegurando la cadena de frío, y también su producción y las medidas tendientes a fomentar la vacunación en la población y fortalecer la vigilancia de su seguridad (art. 3). Asimismo, consagra como autoridad de aplicación al Poder Ejecutivo nacional, quien debe coordinar su accionar con las autoridades jurisdiccionales competentes y con los orga-

nismos con incumbencia en la materia (art. 5), y afirma que las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica, son obligatorias para todos los habitantes del país conforme a los lineamientos que establezca la autoridad de aplicación (art. 7).

También, esa misma normativa, enumera como funciones de la autoridad de aplicación (el MSN), en lo que aquí interesa, las siguientes: a) mantener actualizado el Calendario Nacional de Vacunación de acuerdo con criterios científicos, en función de la situación epidemiológica y sanitaria nacional e internacional, con el objeto de proteger al individuo vacunado y a la comunidad; b) definir lineamientos técnicos de las acciones de vacunación a los que deben ajustarse las jurisdicciones; c) proveer los insumos vinculados con la política pública de control de las enfermedades prevenibles por vacunación; i) declarar el estado de emergencia epidemiológica en relación a las enfermedades prevenibles por vacunación, dictando las medidas que considere pertinente; j) coordinar con las jurisdicciones la implementación de acciones que aseguren el acceso de la población a las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos de riesgo, las que se dispongan por emergencia epidemiológica y que fortalezcan la vigilancia de las enfermedades prevenibles por vacunación; y m) mantener actualizada y publicar periódicamente la información relacionada con la vigilancia de la seguridad de las vacunas utilizadas en el país (art. 18). A continuación y en forma expresa, establece: “las vacunas provistas por la autoridad de aplicación en el marco de la presente ley, solo pueden ser aplicadas siguiendo los lineamientos técnicos previstos en el inciso b) del artículo 18” (art. 19).

Entonces, en virtud de lo allí dispuesto y dentro del contexto de pandemia arriba descrito, se dictaron –por ejemplo- la Ley 27.573 denominada “Ley de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el Covid-19”, el “Plan estratégico para la vacunación contra el Covid-19 en la República Argentina”, los “Lineamientos técnicos para la Campaña Nacional de Vacunación contra el Covid-19” –estos dos últimos publicados en el sitio web del MSN-, la Resolución 2784/2020 de ANMAT publicada en el BOA el 24/12/2020, el informe remitido por aquél ministerio a las jurisdicciones provinciales, sobre la población objetivo para la vacunación contra el Covid-19, de fecha 05/01/2021, entre otros.

Todos esos instrumentos son consecuencia –en definitiva- de las especiales facultades y autorizaciones que se otorgaron en el marco de la emergencia sanitaria declarada por la Ley 27.541 y ampliada por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 260/2020, o aquella normativa que en lo sucesivo la prorrogó. En particular, el art. 2 del mencionado decreto consagra las facultades del MSN como autoridad de aplicación; y la Ley Nacional 27.573, en su art. 1, declara de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad contra el Covid-19, en particular. También, su art. 8 establece la obligación –para el adquirente de este tipo de fármacos- de presentarlos a la ANMAT, a los efectos de la intervención de su competencia, y la necesidad de su autorización por el MSN, debiendo ambos organismos expedirse en un plazo máximo de treinta (30) días, previo a su uso en la población objetivo. Finalmente, el art. 9 autoriza –por la excepcionalidad del contexto pandémico- a los organismos competentes a realizar la aprobación de emergencia de las vacunas objeto de esa ley, con el debido respaldo de la evidencia científica y bioética que permita comprobar su seguridad y eficacia. Todo ello con los límites señalados en el art. 12, por lo que las facultades y autorizaciones

establecidas por la Ley 27.573 sólo tendrán vigencia mientras dure la emergencia sanitaria declarada.

En síntesis, considerando los términos de los instrumentos legales ya especificados y, a su vez, el informe y la documentación acompañada por la Provincia de Córdoba a la causa judicial, el tribunal tuvo por no configurado -en forma suficiente- el "*fumus bonis iuris*", o apariencia de buen derecho, vinculado a la posibilidad de que aquél exista, por ser la actora una profesional de la salud que ya había cumplido los 60 años y, por ende, se encontraba expresamente excluida a esa fecha y por la normativa mencionada, del grupo etario que integraba la primera etapa de la vacunación con Sputnik V. Luego, en lo que respecta al peligro en la demora, la Cámara puso de resalto que las razones de prevención invocadas por la solicitante como fundamento de su pretensión eran atendibles, pero no suficientes para tenerlo por acreditado, dado que en esa misma situación se encontraba toda la población argentina.

Por otro lado, estrictas razones de orden y de prioridades por la edad, la tarea o profesión en ejercicio y también los factores de riesgos asociados, fueron los que guiaron -o, al menos, así debió ser- el establecimiento de grupos para acceder a la vacunación. De esa manera, la actora tenía cumplimentado el primero de los requisitos -por ser parte del personal de salud- pero no la segunda condición fijada por las autoridades competentes: tener hasta 59 años de edad. Además, la Cámara entendió que tampoco acreditó ningún derecho preferente en relación a otros sujetos ya incluidos en el primer corte, como para ingresar ella en su lugar.

Asimismo, tratándose de una medida cautelar contra la Administración Pública, a sus requisitos típicos y generales se adiciona la no afectación del interés público con su concesión. Se entiende por tal aquello que puede alterar los servicios públicos y el poder de policía, de modo que, si la cautelar no tuviera incidencia alguna sobre tales extremos, deberá concedérsela (Rivas, 2007:383). En sentido contrario, si su otorgamiento compromete el ejercicio del poder de policía por parte de los organismos nacionales en materia de salubridad, cuyas disposiciones deben ser cumplidas por los Estados Provinciales en el contexto de emergencia sanitaria, como en este caso, no corresponde su concesión.

Finalmente y para el supuesto de medidas cautelares innovativas, distintos autores y tribunales postulan como necesario, para su otorgamiento, la acreditación de la irreparabilidad del perjuicio o, en palabras del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba, que el acto impugnado sea susceptible de causar un grave daño al administrado (art. 19 de la Ley 7182). Este extremo tampoco se evidencia en los hechos que motivan el presente comentario, al invocarse sólo razones de prevención por la actora, en relación al contagio de Covid-19; y, además, haber manifestado estar comprendida en el conjunto de la población que debía ser vacunada en la primera etapa, lo que no fue así, tal como se señaló con anterioridad.

III. Conclusiones

En definitiva, entendemos que el pronunciamiento judicial analizado es el resultado de la falta de acreditación suficiente de los presupuestos necesarios para el otorgamiento de la medida peticionada por la parte actora, y de la excepcionalidad que caracteriza a las cautelares innovativas en particular. A su vez, ese decisorio está fundamentado en las especiales circunstancias fácticas imperantes a enero del año 2021 (contexto de pan-

demia), y en el contenido de los instrumentos legales dictados dentro de ese marco, que otorgaban facultades y autorizaciones limitadas en el tiempo a los organismos nacionales, estrechamente vinculadas a la evidencia científica y bioética disponible -a esa fecha- sobre la seguridad, eficacia y desempeño de la vacuna Sputnik V.

Es dable destacar también que la situación de emergencia generada como consecuencia de la pandemia por Covid-19, fue convalidada por la CSJN en la causa "Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva", de fecha 10 de septiembre de 2020, oportunidad en la que compartió los postulados fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la declaración titulada "Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales" del 09/04/2020. En este punto, replicó lo sostenido por este último organismo en relación a los límites propios de la situación de emergencia, y dijo: "Todas las medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos" (Fallos 343:930).

Corolario, todos los argumentos mencionados justifican la solución adoptada por la Cámara interviniente, esto es el rechazo de la precautoria tendiente a obtener la colocación de la vacuna Sputnik V, y luego la reserva de una dosis de la misma, cuando -en función de su edad- la solicitante no ingresaba dentro de la primera etapa de vacunación con ese fármaco, que comprendía a personas de hasta 59 años, de conformidad a lo dispuesto por las autoridades nacionales competentes y a la evidencia científica disponible a esa fecha. Pronunciamiento que, por cierto y atento su naturaleza, es esencialmente mutable, provisorio y susceptible de ser revisado y modificado en cualquier etapa del juicio, al variar los presupuestos que determinaron su denegación, o al aportarse nuevos elementos que permitan la procedencia de la medida.

Referencias bibliográficas

- Bertoldi de Fourcade, M.; Ferreyra de De la Rúa, Angelina (1999), Régimen procesal del fuero de familia, Depalma, Buenos Aires.
- Calamandrei, Piero (1936), *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam. Traducción de Santiago Sentís Melendo (1944), Prólogo de Eduardo J. Couture, con el título *La escuela italiana de derecho*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- Calamandrei, Piero (1996), *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires.
- Carnelutti, Francesco (1959), *Instituciones del Proceso Civil*, traducción de la Quinta Edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), Buenos Aires.
- Colombo, Carlos J. (1965), *Código de Procedimiento Civil y Comercial*. Anotado y comen-

tado, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- De Lázzari, Eduardo N. (1995), *Medidas cautelares*, Tomo II, Segunda Edición, Platense, La Plata.
- Ferreyra de De la Rúa, Angelina; González de la Vega de Opl, Cristina (2003), *Teoría General del Proceso*, Tomo I y II, Advocatus, Córdoba.
- García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás R. (1993), *Curso de derecho administrativo*, Cuarta Edición, Tomo I, Civitas, Madrid.
- Kielmanovich, Jorge L. (2000), *Medidas cautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- Palacio – Alvarado Velloso (1997), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Tomo V, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- Palacio, Lino Enrique (1983), *Derecho procesal civil*, Tomo VIII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Palacio, Lino Enrique (2003), *Manual de derecho procesal civil*, Décimo Séptima Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Parellada, Carlos A. (2021), *El derecho de daños frente a la pandemia*, publicado en La Ley online de fecha 18/05/2021, Buenos Aires.
- Podetti, J. Ramiro (1969), *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, Tratado de las medidas cautelares, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires.
- Reimundín, Ricardo A. (1979), *Prohibición de innovar como medida cautelar*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Rivas, Adolfo A. (2007), *Medidas cautelares*, Primera Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- Zalazar, Claudia E. (2021), *Medidas cautelares*, Segunda Edición, Alveroni, Córdoba.

Limitación a la capacidad: tutela judicial efectiva para personas con especial vulnerabilidad

Capacity limitation: effective judicial protection for people with special vulnerability

María Yanina Gázquez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)20](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)20)

Comentario a

“B. L. C. – Demanda de Limitación a la Capacidad – Expte SAC N° xxx” 25/10/2021

Disponible en

<https://bit.ly/3flxcCs>

RESUMEN:

A pedido de un asesor letrado, una jueza dispuso limitar la capacidad de ejercicio de una joven de veinte años debido a la vulneración de sus derechos fundamentalmente en su integridad sexual, su discapacidad intelectual de tipo moderado y la carencia de una red familiar de contención. Ello con el objetivo de realizar una efectiva tutela judicial de la mencionada.

ABSTRACT

At the request of a legal adviser, a judge decided to limit the exercise capacity of a twenty-year-old girl due to the violation of her rights, fundamentally in her sexual integrity, her moderate intellectual disability and the lack of a family support network. This with the aim of carrying out an effective judicial protection of the aforementioned.

PALABRAS CLAVE: salud mental, especial vulnerabilidad, discapacidad, tutela judicial efectiva.

KEY WORDS: mental health, special vulnerability, disability, effective judicial protection.

¹ Abogada, Especialista en Derecho Laboral - Cohorte 2015/2016, profesora de Ciencias Jurídicas, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Escribana egresada de la Universidad Siglo XXI. Estudiante avanzada de la Especialización Derecho Penal en la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeña profesionalmente como relatora en la Cámara Sexta del Crimen del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Adscripta de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal (UNC). Correo electrónico: yanigazquez@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3191-916X>

I. Introducción

1. Pedido del asesor

El Asesor Letrado compareció, asumió la representación principal de la joven L.C.B, pidió su limitación de capacidad y la designación de un curador, todo ello porque a su entender era la mejor manera de proteger su persona e intereses. Su representada tenía una discapacidad intelectual de tipo moderado conforme lo reflejaba una pericia interdisciplinaria psicológica y psiquiátrica. Si bien ella tenía domicilio en una comuna, a la fecha de la demanda se encontraba alojada en el Refugio del Polo de la Mujer del Ministerio de la Mujer debido a la causa penal que se tramitaba ante una Cámara del Crimen de la ciudad de Córdoba por delitos contra su integridad sexual.

2. Admisión formal de la demanda y audiencia

Admitida formalmente la demanda, se designó un representante complementario y una tutora ad litem. Ellos, al igual que el hermano unilateral de la joven, el Equipo Técnico del lugar de origen de la joven, la Oficina de Derechos Humanos del Poder Judicial de Córdoba y el Equipo Técnico de la Sede de Córdoba, fueron citados por el tribunal y se recepcionó la audiencia con la presencia de la joven L.C.B.

3. Situación de la joven

Gracias a la tramitación de la causa, el poder judicial pudo acreditar las siguientes cuestiones en relación a la joven.

a. Edad madurativa: una pericia psicológica de fecha 11/5/2020, determinó que la joven tenía entre cuatro y cinco años de edad madurativa, motivo por el cual podía encontrarse en riesgo por su estado de salud mental y su desprotección jurídica. Una nueva pericia interdisciplinaria de fecha 13/10/2021 dio cuenta de elementos compatibles con discapacidad intelectual moderada, sin síntomas de descompensación ni criterios de internación. No obstante, se especificó que su riesgo era eventual y que se encontraba relacionada a la evolución de su patología de base y buena adherencia a los tratamientos oportunos indicados, como así también la contención socio familiar adecuada. Finalmente dicha pericia determinó que presentaba una posible limitación de la capacidad para el ejercicio de actos de la vida civil.

b. Historia de vulneración de derechos: se acreditó que la joven fue víctima de una historia de vulneración de derechos a lo largo de su vida que motivaron la tramitación de diversas causas. Asimismo se acreditó en sede penal que la joven no podía consentir las relaciones sexuales que se les atribuyeron a las personas que debían cuidarla. L. C. es una mujer de veinte años, con un desarrollo físico que no guardaría relación que su edad evolutiva a nivel del razonamiento.

c. Contención familiar: se comprobó que la joven carecía de una red de contención. Su madre, su padrastro y su tío se encontraban privados de su libertad en el marco de causas penales en las que L.C fue la víctima de delitos contra su integridad sexual. De hecho, el asesor letrado inició la demanda como representante del Ministerio Público, por no contar la joven en dicho momento, con otras personas legitimadas en los términos del art. 33 inc. c y 103 inc. b del CCC. Se acreditó también que L.C. no tenía referentes afectivos y que no existían otras personas interesadas en ella y en su futuro, más que su hermano A. Sacar a la joven de dicho medio y lugar de vida significaría hogarizarla sin causa médica que lo indique.

4. Entrevista con los hermanos

Los hermanos de L. no se opusieron a que ella estuviera en la vivienda y reconocieron que no existía otro lugar en donde ella pudiera vivir. A nivel vincular manifestaron que no sabían cómo tratarla, ya que frente a algún comentario o pregunta, ella no les contesta o llora. También mencionaron que L. no realizaba tareas domésticas, que no quería compartir situaciones cotidianas como el almuerzo y que les preocupaba ciertas conductas como ausentarse de la casa por largos plazos de tiempo. Por su parte, el hermano A, categóricamente asintió con la posibilidad de que L regresara al hogar familiar. Explicó que con ayuda del intendente estaban construyendo una nueva habitación donde ella podría quedarse, pero que mientras tanto también había lugar para que regresara. Él está a cargo de cuatro hermanos varones cuyas edades son 18, 15, 13 y 10 y un hermano mayor que a veces está y otras no. Relató que trabajaba en una herrería y que recibía ayuda de planes.

5. Postura de la joven L.C

Desde el tribunal se le explicó a L.C. el motivo de la audiencia y la escuchó sobre su situación actual, sus necesidades y sus pretensiones. La joven relató que deseaba volver al hogar donde nació junto a sus hermanos y remarcó que el mayor A. es bueno con ella a quien extrañaba mucho. Reconoció que fue cuidada por la familia del Jefe Comunal y que mantenía comunicación con el Equipo Técnico. Ella nació y se crío en la Colonia y si bien es cierto que fue en allí donde se vulneraron sus derechos, aquel era su único lugar de referencia, en donde también encontró cariño y amparo y en donde deseaba vivir.

6. Dichos del licenciado de la oficina de DD.HH.

Por su parte el licenciado propuso que también el equipo técnico de forma parte del apoyo de L. C. como sistema de apoyo para facilitar a su vez la ayuda y participación desde dicha oficina.

7. Equipo técnico.

Los profesionales de los equipos técnicos expresaron que no tienen inconveniente en formar parte del sistema de apoyo, aunque aclararon que su situación en la municipalidad era de contratadas. Asimismo manifestaron la utilidad de que se explique a toda la comunidad la situación de L.C. Ello al tener en cuenta que L.C se mostró angustiada y demandó contención y escucha al equipo. También expresó que de noche no podía dormir, que existían actitudes de abandono hacia su persona, desorganizándose en sus actividades diarias, percibiéndose mayor inestabilidad emocional cuando se encontraba en su casa.

8. Considerandos judiciales.

La jueza conversó nuevamente con todos los presentes, solicitó al asesor certificado de buena conducta, consultó a L. C. y al equipo técnico si tenían algún inconveniente de comparecer conjuntamente con la suscripta en un espacio público de la colonia. Explicó que como a cualquier ciudadano, L.C. debe ser respetada sin reeditar lo que le ha sucedido y ha sufrido. Finalmente se ordenó el pase de la causa a despacho.

a. Situación acreditada

En relación a la joven L.C de veinte años se acreditó la situación de vulneración de sus derechos, su discapacidad intelectual moderada, la carencia de una red familiar de contención y la ausencia de condiciones para consentir relaciones sexuales. A su vez, que no

tenía referentes afectivos y que solo su hermano estaba interesado en ella. En su lugar de nacimiento contaba con una vivienda que se podía mejorar y una habitación que se podía ampliar. Por ello, se concluyó que sacar a L. C. de su medio y lugar de vida significaría hogarizarla sin causa médica que lo indicara.

b. Capacidad y sistema de apoyo

La sentencia remarcó que en materia de capacidad de las personas humanas la regla es la plena capacidad de ejercicio a excepción de las que enumera la ley o una sentencia judicial. A su vez destacó que la figura del apoyo es fundamental para que la joven aprenda a ejercer sus derechos en su beneficio y protección. Negarle el derecho a tener esparcimiento con otras personas del mismo o de distinto género implicaría ordenar su hogarización sin más, y olvidar todos sus derechos y las obligaciones que pesan sobre los demás integrantes de la sociedad. Gracias a la interdisciplinariedad se diseñó un marco específico para la joven. La solución no reposó en la designación de un curador, como se resolvía tiempo atrás, olvidando todos los derechos que la persona tenía y podía ejercer.

c. Rol de la familia y de la sociedad

La jueza también explicó que el medio familiar y social debía acompañar y acomodarse a las necesidades de L. Su familia debía aceptar que la causa penal no era responsabilidad de L sino del poder judicial ya que la joven fue vulnerada en sus derechos y que en caso de advertir cualquier "déficit" lejos de reprochárselo lo debían comunicar al Equipo Técnico que se les designara como apoyo.

d. Tutela efectiva y diferenciada. Integración social plena.

La jueza mencionó que la tutela efectiva y diferenciada de los derechos de L requería de hechos concretos, por los cual informó que una vez al mes o a requerimiento de L.C y de sus apoyos, iba a trasladarse hasta la Colonia para conversar con L, con el jefe comunal y con fuerzas vivas de la localidad, para que entre todos lograran la máxima restauración de derechos en L. C.

Explicó que L. C, como persona humana, merecía ser integrada al medio social y superar en la medida de sus posibilidades las limitaciones que su patología le producía en el desempeño del diario vivir. Todo ello asegurando el pleno ejercicio de sus derechos, los que surgen no solo de la Constitución Nacional y de las leyes especiales dictada en su consecuencia sino también de los que emanan de los tratados internacionales a los que el país adhiere.

Especificó que la joven necesitaba de una integración social empática, con una mirada desprejuiciada, libre de estereotipos, entendiendo que no solo era una persona que sufría una patología que limitaba su capacidad sino que además, fue víctima de diversos hechos que la afectaron desde niña y vulneraron sus derechos. Para cumplir tal cometido, las leyes imponen la obligación de diseñar un sistema específico para cada persona y no la adopción mecánica de soluciones jurídicas idénticas a todos los casos, puesto que el compromiso asumido por el Estado y, al que debe sumarse toda la sociedad, es el garantizar el pleno ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad, fomentando y favoreciendo su inclusión e integración en la vida social, y promover y garantizar el ejercicio de tales derechos.

La magistrada sostuvo que la cuestión no puede ni debe resolverse bajo el amparo de

una resolución que limite la capacidad y punto. Por el contrario, y en consonancia con la Convención de las Personas con Discapacidad y las leyes de Salud Mental, tanto nacional como provincial, se debe propender a la eliminación y deconstrucción de los estereotipos que a lo largo del tiempo se formaron en relación a las personas con una discapacidad mental, y que en la mayoría de las veces nada tienen que ver con la realidad de las personas. La tarea impone dejar de lado la internación, la hogarización y mantener a la persona en el medio social en que nació. Aquellas medidas sólo deben quedar de modo residual, cuando objetivamente y luego de agotar todos los esfuerzos, sea la única solución conveniente para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas.

e. Mirada interdisciplinaria

La jueza mencionó que ya no cabían los diagnósticos de patología basados solo en la ciencia médica sino que se necesitaba del diagnóstico de situación de la personas a través de la interdisciplina. Esta última brinda información médica y social ya que informa las condiciones de vida de la persona, sus referentes afectivos, actividades que sí puede realizar etc. A partir de esas conclusiones es que se puede diseñar un marco específico para cada persona en particular. La solución no reposa sólo en la designación de un curador, como se resolvía tiempo atrás olvidando todos los derechos que tiene y puede ejercer la persona. Bajo la vieja concepción el destino de personas en la situación de L. C., era la hogarización y con ella el olvido. Quienes participaron de la audiencia asumieron el compromiso de cuidar a la joven y de intentar restaurar sus derechos. Y ese compromiso lo vamos a cumplir.

9. Resolución

Por la patología que afecta a L. C. la solución que mejor consulta a su interés, a entender de la jueza, fue la siguiente:

a. Limitar el ejercicio de la capacidad de L. C. B. para realizar actos jurídicos a título oneroso y gratuito de disposición, contraer matrimonio, disponer libremente de su cuerpo en el sentido de donar órganos etc., dejando a salvo, los gastos que requiera realizar para su vida cotidiana. Designarle como apoyo a su hermano Sr. A. T. para que la represente en los actos de la vida civil y al equipo técnico de la comuna al que se le encarga la tarea de prestar asistencia psicosocial a la joven, para lograr su integración a la vida en sociedad, es decir, guiar y orientar a L. y su apoyo, Sr. A. T., en todo lo necesario para que L. pueda acceder a la escolaridad, realizar actividades manuales como me lo expresara y que es de su agrado, obtener turno médicos y proseguir sus tratamientos y orientar y guiar que se administre la medicación que se le pudiera indicar, ayudar a ella y a su apoyo y familia en la tarea de restaurar el ejercicio de su derechos. Desde el Área Social se le indicará al apoyo los mal llamados beneficios de la seguridad social, a los que puede acceder L. C., para que inste su tramitación contando para ello con la autoridad del Tribunal si fuera necesario. Indicar y señalar al Sr. A. T. si L. C. necesita algún tratamiento médico específico. La oficina de Derechos Humanos del Poder Judicial para que a requerimiento del Equipo Técnico o del hermano de L.C. oriente en lo que resulte conducente a fin de restaurar los derechos vulnerados.

b. Por Secretaría del Tribunal se informará a los apoyos designados mi número de teléfono personal para que, por motivos de L. C., tengamos comunicación fluida. A los apoyos les solicito que informen a L. que cumplí con lo que le prometí, en que dictaría la presente resolución en el día de la fecha, que la voy a visitar y que entre todos la acompañaremos.

c. Expresar mi más sentido agradecimiento a la Dra. G. M. a quien ni bien se le comunicó su designación prestó conformidad y dedicó toda la mañana a la audiencia. Al Equipo Técnico de la Sede por igual motivo y por sus valiosos aportes en todas las causas en que me acompañaron. Y finalmente al Equipo Técnico de la Comuna de por la contención y dedicación para con L. C.

d. Comunicar lo resuelto a la Sra. Fiscal de Cámara que interviene en los procesos tramitados en el Fuero Penal, al Sr. Asesor Letrado que representa a L.C. en dichas actuaciones , a la Oficina de Derechos Humanos del Poder Judicial, a quienes solicito que me cursen las comunicaciones pertinentes y que estimen necesarias para el bienestar de L. C

e. Una vez que el Sr. A. T. acepte el cargo para el que se lo designa, en cualquier día y hora de audiencia, cesará la intervención del Sr. Asesor Letrado de la Sede como representante principal de L.C. y asumirá la asistencia técnica del Sr. T. en los términos de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, como patrocinante del mismo.

f. Oficiar el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Colonia Caroya, Departamento Colon de la Provincia de Córdoba a fin de ordenar la anotación marginal de la presente en el Acta de Nacimiento N°, Folio, Tomo de fecha que corresponde a L.C.B.

II. Discapacidad y salud mental

1. Concepto de persona con discapacidad

La diversidad física y cognitiva es una característica presente en toda la sociedad. El término "personas con discapacidad" hace referencia a quienes, por sus características físicas, mentales o sensoriales a largo plazo, enfrentan barreras que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones. Lo que impide el goce de derechos no es la discapacidad en sí misma, sino que son las barreras sociales, materiales, arquitectónicas y culturales a las que se enfrentan. Por lo tanto, se deben remover las barreras para garantizar los derechos y promover una mayor autonomía de las personas con discapacidad.

La población de personas con discapacidad es un grupo heterogéneo y diverso. Es así que encontramos vulnerabilidades múltiples:

Discapacidad y Género. La igualdad entre hombre y mujer es un principio transversal de la Convención de las Personas con Discapacidad (art 3.g). Se reconoce que mujeres y niñas con discapacidad sufren múltiples discriminaciones y el Estado tiene el deber de adoptar las medidas para la no discriminación y para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer (art 6). El art 13 sobre acceso efectivo a la justicia, a pesar que no se alude a las mujeres, se debe interpretar desde el principio transversal de garantizar la igualdad de hombres y mujeres. Acceso a la justicia de mujeres: las múltiples vulnerabilidades afectan el conocimiento sobre sus derechos y la posibilidad del reclamo.

Discapacidad e Infancia. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad es un principio de la Convención (art 3.h). Niños y niñas con discapacidad tienen derecho a: expresar su opinión

libremente sobre todas las cuestiones que les afecten; a que esa opinión reciba la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez; a recibir asistencia apropiada para ejercer ese derecho (art 7).

2. Paradigmas en materia de salud mental

Entre los antiguos paradigmas encontramos dos: el primero, llamado modelo de la prescindencia en el cual la discapacidad se explica por motivos religiosos. Dichas vidas no merecen la pena ser vividas por lo que se promueven políticas eugenésicas y en paralelo, son objeto de caridad. El segundo es el modelo médico-rehabilitador en el cual la discapacidad se explica por razones científicas. Las personas con discapacidad deben ser normalizadas y se deben ocultar sus diferencias. El objetivo es su cura y la declaración de la insania a la par de la designación de un curador. Es así que los manicomios justificaron el encierro compulsivo de aquellos considerados delincuentes, pobres, marginados, locos, bajo un argumento legal y científico que apuntaba a un disciplinamiento de los anormales, del alienado, donde el loco pasó a considerarse un objeto de la medicina a ser domesticado.

Finalmente encontramos el nuevo paradigma denominado modelo social. Este es el que actualmente recepta el ordenamiento jurídico argentino, y que reconoce que la discapacidad no tiene origen en las limitaciones o diversidades funcionales de la persona, sino que resulta de la interacción entre la persona y las barreras estructurales, culturales, físicas, actitudinales de una sociedad determinada, por lo tanto la discapacidad es el diagnóstico médico más las barreras sociales a la diversidad. Si bien las barreras suelen asociarse a obstáculos físico-arquitectónicos, las personas con discapacidad enfrentan otros tipos de barreras, por ejemplo cuando la subestiman, no creen sus dichos, o bien sus opiniones no son consideradas por el solo hecho de tener alguna discapacidad. El modelo social busca la valoración y el respeto de las personas con discapacidad, potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciar la inclusión social de la diversidad. Se basa en los principios de vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno y diálogo civil. Reivindica la autonomía de la persona, procura rescatar las capacidades en vez de acentuar las discapacidades, promueve medidas de accesibilidad y el diseño universal y la transversalidad de las políticas en materia de diversidad funcional. Se declara la limitación de la capacidad y se designa sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad.

3. Del manicomio a las comunidades

El cambio del modelo manicomial al comunitario, se generó tanto a nivel nacional como provincial con las leyes de salud mental N° 26.657 y N° 9848 respectivamente. Ambas buscan transformar las políticas en la materia desde un paradigma de derechos humanos.

El modelo comunitario se caracteriza por la sustitución del manicomio por dispositivos anclados en la comunidad. No se enfoca en la enfermedad sino que apunta al abordaje integral y complejo en el padecimiento subjetivo y el funcionamiento social. A su vez busca la articulación y fortalecimiento de redes institucionales, organizacionales, organismos, a la par que enfatizar los lazos sociales. También promueve cambios en las estrategias de abordaje que van de lo biológico a la salud integral y busca diseñar políticas sociales intersectoriales, así como un cuerpo de derechos formales y normas jurídicas administrativas. Para que el cambio se genere se debe garantizar el acceso a la atención y a los psicofármacos siendo la internación en hospitales generales el último recurso. Tam-

bién se debe fomentar el trabajo interdisciplinario con una mirada integral del paciente, actor activo en su propia condición, con derecho a ser oído, a permanecer en su medio, a tener la contención de su círculo entre muchos otros derechos.

Este nuevo paradigma basado en los derechos humanos, incluye a la comunidad como estrategia fundamental en el modelo de salud-enfermedad-atención-cuidado. Esto implica que el paciente pueda permanecer integrado en su comunidad en el proceso de atención y rehabilitación, con una participación activa en su propio el tratamiento. Esta importancia de la comunidad y la cultura, se ve reflejada en el principio que sostiene que todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive.

4. Regulación normativa

a. Introducción

La Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada por ley 26.378 con rango constitucional otorgado por la ley 27.044, la ley 26.657 de Salud Mental, que establece el principio de presunción de capacidad de todas las personas, luego profundizado por la legislación de fondo, el Código Civil y Comercial de la Nación y los principios que surgen del diálogo de fuentes que este cuerpo legal instituye, componen el plexo normativo en que se enmarca el régimen de capacidad jurídica y sistemas de apoyos en el ordenamiento jurídico argentino. A continuación se hará breve referencias sobre los instrumentos jurídicos, a nuestro entender, más relevantes en la materia.

b. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Entró en vigor en el año 2008, es obligatoria en todo el territorio nacional y no requiere adhesión de las provincias o de los municipios. Define a las personas con discapacidad como aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art 1). Los principios de la convención (art. 3) son los siguientes: autonomía personal e independencia, igualdad y no discriminación, participación plena y accesibilidad universal.

El principio de la autonomía implica promover una vida independiente, garantizar la plena inclusión, la participación en la comunidad y el acceso a servicios de apoyo, lograr y mantener la máxima independencia (art 26). Por su parte, el reconocimiento de la capacidad significa que su limitación es una excepción. Se reconoce la capacidad en el ejercicio de derechos, se garantizan apoyos y protección estatal así como la adopción de medidas de apoyo para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica (art 12). La toma de conciencia implica que el Estado debe adoptar medidas inmediatas y efectivas para lograr la sensibilización procurando eliminar estereotipos y percepciones negativas en el entorno familiar y la sociedad en general. Exige revisar prácticas profesionales y sociales para adoptar el nuevo paradigma.

Por su parte a través del principio de no-discriminación, el Estado debe garantizar el acceso igualitario a derechos laborales, educativos, políticos, sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, entre otros. No se consideran discriminatorias las medidas específicas necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con

discapacidad (art 5). Finalmente la eliminación de barreras busca remover obstáculos sociales, arquitectónicos, actitudinales, etc. por medio de diseños universales y ajustes razonables, garantizando que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión y el acceso a la información.

Entre los derechos de la persona con discapacidad se mencionan los siguientes: Libertad y seguridad de la persona ya que la discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de la libertad (art 14). Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes atento a que nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento (art 15). Respeto de la privacidad, tanto de la información personal en igual condiciones con las demás personas como en la información relativa a la salud y a la rehabilitación (art 22). El acceso a la educación en todos los niveles (art. 24). El derecho a la salud con medidas que garanticen el más alto nivel de salud, incluida la rehabilitación (art 25). También, y remarcando su vinculación con el fallo de análisis, los derechos sexuales y reproductivos: incluye decidir sobre su propio cuerpo y su tratamiento, a mantener su fertilidad, a decidir el número de hijos y el tiempo entre un nacimiento y otro, a la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos, a tener acceso a la información y los medios para ejercer esos derechos (art 23). También se estipula el derecho al trabajo y empleo, es decir, a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido, a un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible. El Estado deberá emplear a personas con discapacidad en el sector público y velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo (art 27).

Entre los derechos también se menciona el de tener un nivel de vida adecuado y gozar de protección social. Esto incluye el derecho a la alimentación, vestimenta y vivienda adecuada, la mejora continua de sus condiciones de vida (art 28). El Estado debe garantizar el acceso a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad; el acceso a la asistencia estatal de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza para sufragar gastos relacionados con su discapacidad; el acceso a programas de vivienda pública y jubilación (art 28). También tienen derecho a participar en la vida política y pública, incluido el derecho a votar y ser elegidos (art 29). También tienen derecho a participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte: se deberá garantizar el acceso a material cultural en formatos accesibles; se adoptarán las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, no sólo en su propio beneficio sino también para el enriquecimiento de la sociedad (art 30).

Por su parte establece una serie de deberes estatales. Encontramos así, obligaciones generales: asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (art 4). Se agrega el deber de accesibilidad el cual implica asegurar el acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones; ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas; facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público; promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información (art 9). Finalmente se hace especial hincapié en el acceso a la justicia: asegurar el acceso incluso mediante

ajustes de procedimiento adecuados a la edad, para facilitar el desempeño en todos los procedimientos judiciales. Promover la capacitación adecuada de quienes trabajan en la administración de justicia (art 13).

c. Ley nacional 26.657 de Salud Mental

La ley nacional de salud mental sancionada en el año 2010, importó una conquista en materia de derechos humanos porque reafirmó el modelo social ya descrito, al partir de la cultura de la inclusión y de la participación comunitaria. Ahora estamos ante usuarios de un servicio de salud mental que cuentan con dignidad y pertenencia y no frente a meros objetos a aislar de la sociedad, como sucedía en el Código Civil de Vélez Sarsfield (ley 17.711). Este último cosificaba a la persona en la categoría estanco de incapaz de hecho absoluto, suplidos por el rol de un curador, mientras que en la actualidad, el juez determina en el caso concreto si la persona tiene un incapacidad de ejercicio absoluta en cuya caso se le designa un curador o si tiene una incapacidad de ejercicio relativa en donde brinda un sistema de apoyo en la toma de sus decisiones en función a la determinación concreta de lo que puede hacer por sí misma y cuáles sólo con la compañía del mencionado apoyo.

El art. 3 dispone que se "reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona".

Dicho artículo contempla a la salud mental como "un proceso, flexible, complejo, variable, en movimiento, ligada a los diversos aspectos que atraviesan la vida de la persona, al contexto en el que se la desarrolla y en particular a la posibilidad de concretar y ejercer sus derechos. El citado artículo está basado en la idea de la no discriminación", lo cual evidencia un cambio de paradigma y a una dinámica de construcción social que reconoce la dignidad y la promoción de la autonomía de la persona. Esto requiere la implementación de ciertas medidas por parte del Estado que se asientan en tratados internacionales que han servido de antecedente a la ley mencionada.

Asimismo, el art. 7 de la misma ley reconoce a las personas con padecimientos mentales un cúmulo de derechos específicos, que deben que sirven de manera clara como criterio de interpretación de las normas que contemplen su situación. Entre ellos se encuentran el derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud; derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso; derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas; derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión; derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento

mental actual o pasado; derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales; derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación; derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente; derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable; derecho a no ser sometido a trabajos forzados y derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados.

Se destaca la mirada integral de la salud y el foco en la individualidad, la libertad y los derechos de los pacientes así como el rol protagónico que ellos mismos tienen en su propio tratamiento. También el hecho de que se presume la capacidad jurídica de derecho y de ejercicio de la persona así como la promoción del tratamiento del individuo en su medio social y comunitario con el apoyo de redes familiares, sociales y laborales, en vez de recibir en vez de recibir asistencia en una institución psiquiátrica al estilo manicomio, a los fines de lograr la inclusión y adaptación. Ello al punto tal que de manera expresa se prohíben crear nuevos neuro-psiquiátricos, manicomios o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados.

Las internaciones involuntarias son excepcionales, toda vez que se adopta el modelo social de la discapacidad-internación como última alternativa de intervención (recurso terapéutico excepcional, transitorio y de carácter restrictivo). Ello siempre que a criterio de un equipo interdisciplinario exista riesgo cierto e inminente para sí y/o terceros, con la firma de al menos dos profesionales de distintas disciplinas. A su vez, dichas internaciones excepcionales, deben ser en un hospital general con controles periódicos de la situación por parte del equipo tratante y la presentación de informes correspondientes al juez y órgano de revisión. Este último fue creado a los fines de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos del paciente.

d. Regulación del Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reemplazó al anterior Código Civil redactado por Vélez Sarsfield el cual establecía el modelo de la incapacidad de hecho absoluta para "los dementes" y la sustitución por la voluntad por un curador. El código reformado, en consonancia con la ley de salud mental nacional y diversos tratados internacionales, amplió considerablemente los derechos de las personas con discapacidad, quienes ahora están amparados por los principios de legalidad, inclusión, no discriminación y ciudadanía con la mira puesta en un acceso efectivo a sus derechos.

De hecho, el Código Civil de Vélez receptaba una visión reduccionista de la noción de discapacidad, incluyendo solo a quienes padecían una alteración mental, intelectual o sensitiva. En el nuevo articulado (arts. 48 y 2448) se adopta un concepto amplio de discapacidad, superador de aquél que diferenciaba entre las personas mentalmente sanas y las personas dementes. Así persona con discapacidad "...es quien padece una alteración

funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

El art. 23 dispone que "toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial". En consonancia, se establece como principio la presunción de capacidad jurídica y la incapacidad de ejercicio como excepción, solo limitada por el propio Código o por una resolución judicial. También insta nuevas reglas protectoras cuando se plantean internaciones institucionales coactivas.

Entonces, la limitación de la capacidad por razones de salud mental solo procederá como consecuencia de una resolución judicial que se dicte con base en los presupuestos previstos entre los arts. 31 a 53 del Cód. Civ. y Com. En ellos se profundiza la mirada que apunta prioritariamente a la capacidad de las personas, que en definitiva es la regla siendo la limitación de esa capacidad una excepción.

El artículo 32 dispone: "El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. Es así que en relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonablemente en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar curador."

Entonces, en relación a la capacidad de ejercicio, es decir la aptitud que tiene una persona para ejercer por sí misma los derechos y obligaciones de los cuales es titular, encontramos dos categorías distintas. La primera denominada personas con capacidad restringida. Se restringe el ejercicio de la capacidad solo si es en beneficio del sujeto cuando su ejercicio pueda dañar sus bienes o a sí mismo. Aquí se designa, en vez de un curador, a una o varias personas de apoyo cuya función es promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona sin sustituir la voluntad del protegido por lo que se considera más beneficioso para él.

Los alcances de las funciones de los apoyos surgen del artículo 43 CCyCN y han sido incorporados al sistema del Código en virtud de lo regulado en el artículo 12.3 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Es un avance indudable ya que la persona sigue protagonizando su propia vida con "apoyo" para la decisión de actos jurídicos. La segunda categoría es la incapacidad de ejercicio absoluto. Su declaración es excepcional y tiene por único fin proteger a la persona. Se requiere la imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad aun mediante tecnología adecuada y que el sistema de apoyos resulte ineficaz. Ergo, se exige un criterio objetivo, que excede a un diagnóstico de la persona y/o a su pertenencia a un grupo social. Se le designa un curador cuya principal función es representar, cuidar a la persona y sus bienes y procurar

que recupere su salud (artículo 138 CCyCN). Su existencia se justifica ante la absoluta imposibilidad de la persona de interactuar por su medio y expresar voluntad.

III. Importancia del fallo

Como se mencionó, el Código Civil y Comercial de la Nación trajo un cambio relevante en el régimen de capacidad jurídica que significó una adecuación del derecho positivo a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También reemplazó las previsiones de la ley nacional de Salud Mental 26.657. Se produjo así la incorporación del modelo social de la discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico. A la luz de este marco normativo se analizará el fallo en comentario, el cual versa sobre uno de los ejes centrales del sistema actual de capacidad: la restricción de la capacidad jurídica mediante la enumeración de los actos que la persona tiene vedados y que no podrá ejercer sin la ayuda de las personas designadas en la función de apoyo.

La sentencia dispuso limitar la capacidad del ejercicio de una joven de veinte años debido a la vulneración de sus derechos fundamentalmente en su integridad sexual, su discapacidad intelectual de tipo moderado y la carencia de una red familiar de contención. Ello con el objetivo de realizar una efectiva tutela judicial de la mencionada. Con dicha decisión, la jueza adecuó la situación de la joven a los nuevos paradigmas de derechos humanos vigentes en materia de salud mental. En la resolución, destacó que, en el esquema normativo actual, la declaración de incapacidad tiene carácter excepcional y está reservada solo en caso de imposibilidad absoluta de comunicación.

En base al dictamen del equipo interdisciplinario y a las audiencias personales mantenidas en el tribunal, se destacó que la joven L.C necesitaba la figura del apoyo para que aprendiera a ejercer sus derechos en su beneficio y protección. Negarle el derecho a tener esparcimiento con otras personas implicaría ordenar su hogarización sin más, y olvidar todos sus derechos y las obligaciones que pesan sobre los demás integrantes de la sociedad.

La sentencia tomó decisiones ajustadas al caso concreto. Determinó restringir la capacidad de la joven de manera circunstanciada y personalizada, sin etiquetar o estigmatizar sino garantizando el cumplimiento de los derechos contemplados por el ordenamiento jurídico, incluidos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Para ello escuchó a la joven en cuestión, quien pudo expresar de manera directa e inmediata frente a la magistrada, como se sentía y que deseaba en relación a su vida. A su vez, se recurrió a un criterio interdisciplinario en el que intervinieron profesionales de diferentes áreas (medicina, psicología, trabajadores sociales), lo que a su vez permitió una visión de la persona situada y contextualizada en el ámbito de su propia interacción social.

En concreto se decidió restringir la capacidad jurídica de L y se le designó diversos apoyos, necesarios para que ella pudiera ejercer los actos que se limitaron en función de las especiales características que presenta su persona así como su historia personal y familiar. Es una sentencia que reconoce plenamente su personalidad. Fue así que se otorgó a la joven la protección jurídica necesaria pero no solo desde el punto sanitario sino también social tendiente a que no quedara "atrapada" en su patología y su sufrimiento. Esto obliga a todas las partes involucradas a interceder con la finalidad de restaurar los derechos vulnerados a L. C en cumplimiento de las normas constitucionales. Fue así que la propia jueza mencionó que una vez al mes o a requerimiento de L.C y de sus apoyos,

iba a trasladarse hasta el lugar de residencia de la joven, para conversar con ella, con el jefe comunal y con distintos miembros de la localidad, para que entre todos logaran la máxima restauración de derechos en L. C. Esto también evidencia el modelo comunitario mencionado ut-supra.

En ese cometido, el tribunal llevó a cabo un análisis contextualizado de la relación de L.C con las personas propuestas como apoyo, una de las cuales, su hermano A formaba parte de su red socio-afectiva. La joven manifestó su absoluta conformidad con que las personas designadas ya que como se mencionó, pudo hablar de manera abierta con quien dictó la presente resolución.

El sistema de apoyo se complementó con la designación del equipo técnico de la comuna al que se le encargó la tarea de prestar asistencia psicosocial a la joven, para lograr su integración a la vida en sociedad. A su vez, la magistrada brindó su teléfono para ser contactada y hacer un seguimiento de la situación de la joven. Fundó su decisión en los artículos 31 a 47, 140, 658 y 702 del Código Civil y Comercial; artículos 23 y 29 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en la Convención de Belém do Pará; la ley nacional n.º 26.845; y en las normas que conforman el Modelo Social de la Discapacidad. También se apoyó en las constancias concretas que surgían del expediente, en especial el informe interdisciplinario practicado y el informe elaborado por la Oficina de Derechos Humanos del Poder Judicial.

Conclusiones

El marco convencional de derechos humanos es una fuente importante para la defensa de los derechos de los todas las personas; en especial de las vulnerables, donde es más intensa. La vulnerabilidad de alguien, demanda que el poder judicial brinde una tutela diferenciada, elimine toda barrera que dificulte el ejercicio de los derechos de los cuales dicha persona es titular. Impone un deber de prevención por parte de la judicatura como último eslabón del control de convencionalidad interno. Por lo tanto, es sumamente relevante, como en el caso analizado, que el poder judicial refleje todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico para aquellas personas cuya capacidad de ejercicio, de manera excepcional, se ve limitada en pos de su protección.

La jueza evidencia con su decisión un modelo de concepción de salud multívoca e integrada que mira como a un todo la salud física y psíquica. Busca proteger los derechos humanos considerados esenciales para asegurar, o al menos posibilitar, el piso de vida digna con que debe contar toda persona social. Es así que se preocupó por diversos aspectos de la vida de L.C: su integración social y familiar, su salud, su vivienda entre otros aspectos. No puede sostenerse un sistema de salud coherente si el acceso a la vivienda, el trabajo y la educación, por nombrar algunos, no se encuentran cubiertos en condiciones de igualdad real para toda la ciudadanía. He aquí la intersectorialidad como característica emergente del modelo. De lo mencionado anteriormente también se desprende la interdisciplina como pauta de trabajo al interior de los servicios de salud y es así que se evidencia también un paradigma basado en lo comunitario.

Referencias bibliográficas

- DUIZEIDE, Santiago G., "Ley Nacional de Salud Mental 26.657: del encierro a la inclusión comunitaria", DFyP 2015 (agosto), 20/08/2015, 238
- FOUCAULT, M., "Defender a la sociedad", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.
- LORENZETTI, Ricardo (2014): Código Civil Comercial de la Nación comentado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.
- MAJLUF, P. — ROBLES, G., "Usuarios vs. Pacientes. Salud mental comunitaria y derechos. Historia de una construcción colectiva", Revista Crítica de Derecho Privado, 14, Tribuna Autoral del Honorable Núcleo de Derecho Civil (Grupo de Investigación de la Universidad de la República), Arturo CAUMONT — Andrés MARIÑO LÓPEZ (dirs.), Ed. La Ley, Uruguay, 2017, 1ª ed.
- MONASTEROLO, Natalia (2016) "Fricciones entre salud 'mental' y derecho penal en el esquema de la actual ley argentina: Desencuentros en punto a una subjetividad única" en Salud mental y derecho. Reflexiones en torno a un nuevo paradigma. Andrés Rosetti, Natalia Monasterolo, coordinadores. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Instituto de Investigación y Formación en Administración Pública. Espartaco. Córdoba. Argentina.
- ROBLES, Gabriela - MAJLUF, Paul (20), "Usuarios vs Pacientes. Salud mental comunitaria y derecho. Historia de una construcción colectiva". Ed. La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Buenos Aires, (marzo) 2017, ps. 179-183.
- ROSETTI, Andrés (2010) "Los derechos sociales como derechos fundamentales. Reflexiones introductorias en un libro sobre derecho a la salud (mental)" Salud mental y derecho. Derechos sociales e intersectorialidad, Andrés Rosetti, Natalia Monasterolo (editores), Solana Yoma (coordinadora). CIJS, IIFAP, Espartaco. Córdoba. Argentina.

DIRECTRICES para AUTORES/AS

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 a través del siguiente link: <https://bit.ly/3SKxJge>

Acceso disponible, también, escaneando el siguiente Código QR:





UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer

0810 1 22 33 827 - www.ubp.edu.ar