

AÑO 7 _ N° 8

Diciembre 2023

ISSN (Ver. impresa): 2591-3468

ISSN (Ver. online): 2591-3476



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 7 · Nro. 8 · Diciembre 2023 //
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 Derecho, Universidad Autónoma 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**



Copyright © 2023 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

- El federalismo sanitario argentino, una perspectiva innovadora para integrar el sistema de salud nacional

Argentine health federalism, an innovative perspective to integrate the national health system

Claudia Madies 15

2. ESTUDIOS GENERALES

- TICs e Inteligencia Artificial como apoyos para garantizar el derecho a la educación en adolescentes internados por salud mental

ICTs and Artificial Intelligence as supports to guarantee the right to education in adolescents hospitalized for mental health

María Silvina Radcliffe 21

- La Antropología y los problemas de la ética de la Investigación en pueblos originarios. Reflexiones para una bioética multidisciplinar

Anthropology and the problems of research ethics in native peoples. Reflections for multidisciplinary bioethics

Luciana Marina Sanchez y Luciano Centineo Aracil 41

- A garantia de acesso a creches e pré-escolas pelo Supremo Tribunal Federal como forma de preservação da saúde mental de mulheres cuidadoras

The guarantee of access to day care and preschools by the Brazilian Supreme Court as a way to preserve the mental health of female caregivers

Janaina Machado Sturza, Joice Gaciele Nielsson y Melina Macedo Bemfica 57

-Directivas Médicas Anticipadas. Consideraciones a nivel federal y en la provincia de Córdoba 10 años después de la reglamentación de la ley 26.529

Advance Healthcare Directives. Considerations at federal level and in the province of Córdoba 10 years after the regulation of Law 26.529

Carolina M. Ludueña y Andrés J. A. Casale 75

- O anúncio médico nas redes sociais: entre a liberdade de expressão e a responsabilidade na comunicação social

Medical advertisement on social networks: between freedom of expression and responsibility in social communication

Alessandro Timbó Nilo y Mônica Aguiar 87

- Registros médicos: implicancia legal y su transición a las nuevas tecnologías ¿por qué documentar en salud?

Medical records: legal implications and their transition to new technologies: why document in health?

José María Palacio 101

- Asistente personal y apoyos a personas con discapacidad. Un análisis del alcance de la cobertura por parte de Obras Sociales y el Estado en relación con la jurisprudencia argentina

Personal assistant and support for people with disabilities. An analysis of the coverage by health insurance and the State in relation to Argentine jurisprudence

María Florencia Blanco Pighi y Paula Gastaldi 111

- O fortalecimento das organizações diante da inclusão de pessoas com deficiência: um olhar a partir das experiências da Cotripal Agropecuária Cooperativa

The strengthening of organizations in the face of the inclusion of people with disabilities: a look from the experiences of the Cotripal Agricultural Cooperative

Luana Carolina Bonfada y Sérgio Luís Allebrandt 129

- La aplicación del dictamen médico en el seguro obligatorio de siniestros laborales: el caso peruano

The application of the medical opinion in the obligatory insurance of labor claims: the peruvian case

Frank García Ascencios 145

3. ESTUDIOS ESPECIALES

-A Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Corte de Estrasburgo na proteção aos direitos fundamentais da União Europeia

The European Convention on Human Rights and the Strasbourg Court in the protection of fundamental rights in the European Union

Lucas Lanner De Camillis, Sandra Regina Martini y Karina Macedo Fernandes 163

4. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- ¿Qué ocurre cuando el TEDH confunde accesibilidad y ajustes razonables?

What happens when the ECtHR confuses accessibility with reasonable accommodation?

Francisco Úbeda Díaz 185

-¿Puede el Estado desatender a sus desamparados? La repatriación en situaciones de indefensión

Can the State neglect their helpless? The repatriation in situations of powerlessness

Andrés Hidalgo 195

-La gestación subrogada y los desafíos de establecer la filiación: Jurisprudencia y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Surrogacy and the Challenges of Establishing Filiation: Case Law and Doctrine of the European Court of Human Rights.

Aritz Duran Trigos 205

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Poblete Vilches: la salud de un adulto mayor en jaque

Poblete Vilches: the health of a senior citizen in check

Paulina Bettiol 217

- Violencia obstétrica y derechos humanos: reflexiones en torno a la sentencia Brítez Arce y otros Vs. Argentina, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Obstetric Violence and Human Rights: Reflections on the Judgment Brítez Arce et al. v. Argentina, by the Inter-American Court of Human Rights

María Victoria Gerbaldo 229

-¿Violencia obstétrica? Un caso más

Obstetric violence? Yet another case

Lourdes Isabel Strada 239

Tribunal Constitucional de España

- Dar a luz y llegar al mundo desde casa: colisión de intereses jurídicos entre la madre y el nasciturus

Giving birth and coming into the world from home: collision of legal interests between the mother and the unborn child

Olga Gil Gómez 255

-Suspensión cautelar en vía de amparo: carga de la prueba e inclusión de la salud mental dentro del derecho fundamental a la integridad física

Interim Suspension of amparo proceedings: burden of proof and the inclusion of mental health within the fundamental right to physical integrity

Marc Suñer P. 265

- El derecho de huelga a tiempo parcial limitado por razones sanitarias

Right to strike at part time limited by healthcare reasons

Pablo Ahijado Novoa 273

- La adopción como respuesta a los desafíos de la gestación subrogada transfronteriza: Observaciones críticas a la STS 277/2022, de 31 de marzo

Adoption as an answer to address the challenges of cross-border commercial surrogacy: critical observations of the supreme court ruling 277/2022, of march 31st

Álvaro Sánchez Martín 281

Corte Suprema de Chile

- El rol de la Justicia en la determinación de precios en contratos de salud privada: nueva doctrina jurisprudencial de ISAPRES en Chile

The role of Justice in pricing in private health care contracts: new jurisprudential doctrine of ISAPRES in Chile

Pamela Ignacia Urrejola Fernández 293

Corte Constitucional de Ecuador

- Los derechos del nasciturus en el sistema constitucional ecuatoriano

The rights of the unborn child in the Ecuadorian constitutional system

Gonzalo M. Gaibor Gallardo 303

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- El control estatal sobre el autocultivo de cannabis con fines medicinales

State control over self-cultivation of cannabis for medical purposes

Eugenia Álvarez 311

- Medicina prepaga: la mala fe del afiliado y su consecuencia jurídica

Prepaid medicine: the affiliate's bad faith and its legal consequence

Cinthia N. Aguirre 319

Poder Judicial de la Nación

- ¿Deben las obras sociales cubrir los tratamientos de técnicas de reproducción humana asistida a aquellas gestantes que no se encuentran afiliadas a la misma?

Should the social works cover the treatments of assisted human reproduction techniques to those pregnant women who are not affiliated to it?

María Victoria Minetto Vázquez 329

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

- El reconocimiento de la incapacidad vital como rubro resarcible

Recognition of Vital Disability as a Compensable Item

Claudia Marina Torres Sánchez 335

- La protección del derecho a la salud frente al régimen concursal: ¿debe flexibilizarse la paridad de los acreedores frente al vulnerable?

The right to health against the bankruptcy regime: should the equality of bankruptcy creditors be flexible regarding the individual right to health?

María Candelaria Flesia 349

- Medida autosatisfactiva: una vía judicial de protección de la salud

Precautionary urgent measure: a judicial path to health protection

Gianna Donatella Vulcano 363

- Medida cautelar que privilegia el Derecho a la Salud
Precautionary measure that prioritizes the Right to Health
Catalina Costamagna 371

- Límites de las medidas curativas en salud mental
Limits of curative measures in mental health
Sebastián Sandoval Junyent 381

4. DIRECTRICES PARA AUTORAS/ES 389

5. REDES SOCIALES 390

Evaluadoras/es

Las evaluaciones del octavo número de la Revista Derecho y Salud han corrido a cargo de profesoras/es e investigadoras/es de las siguientes Universidades e Instituciones provinciales, nacionales e internacionales:

Argentina:

- Área de Bioética del Gobierno de la Provincia de Córdoba
- Instituto Universitario de Ciencias Biomédicas.
- Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.
- Universidad Blas Pascal.
- Universidad de Buenos Aires.
- Universidad Nacional de Córdoba.
- Universidad Nacional de La Plata.

Brasil:

- CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.
- Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter).
- Instituto Brasileiro de Direito do Paciente.
- Universidade de Santa Cruz do Sul.

España:

- Universidad Carlos III de Madrid.
- Universidad de Deusto.
- Universidad de Salamanca.
- Universidad de Valladolid.

Italia:

- Sapienza Università di Roma.

Perú:

- Universidad Científica del Sur.
- Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1. TRIBUNA

El federalismo sanitario argentino: una perspectiva innovadora para integrar el sistema de salud nacional

Argentine health federalism: an innovative perspective to integrate the national health system

Claudia Madies¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)01)

Con frecuencia, las publicaciones científicas que describen la organización del sistema de salud argentino, lo caracterizan como un sistema complejo, fragmentado y segmentado, atribuyendo mayoritariamente tales fallos, entre otras causas, a la organización política federal de nuestro país.

Este artículo invita a reflexionar sobre tales características de la organización política federal de la República Argentina, cuyo territorio ocupa en extensión el octavo lugar a nivel mundial, el cuarto en el continente americano (luego de Canadá, Estados Unidos de América y la República Federativa de Brasil) y el segundo entre los países latinoamericanos.

Para comprender aquellas afirmaciones y las hipótesis subyacentes que postulan esa relación de causalidad procede adentrarnos en los conceptos de 1) complejidad, 2) fragmentación y 3) segmentación del sistema de salud. Sobre cada uno de estos aspectos podemos precisar, que:

1) Se dice que es complejo, porque lo integran múltiples actores, con diversidad de funciones y que contiene más información que la que aporta cada parte en forma independiente (Tobar et al, 2012).

2) Se dice que está fragmentado por estar compuesto por tres sectores poco integrados entre sí y a la par fragmentados también en su interior: el sector público, el sector de seguro social obligatorio (Obras Sociales) y el sector privado (Belló et al, 2011), que no aportan principios y criterios integradores. Por su parte, esa fragmentación según Tobar (2012), debe entenderse como la disolución de las responsabilidades por los cuidados de la salud, en detrimento del derecho a la salud de la población.

Los fallos de la fragmentación se vinculan con que los sistemas de salud se organizan

¹ Abogada UBA, Magister en Sistemas de Salud y Seguridad social (Universidad Isalud), Magister en Bioética y Derecho (Universidad de Barcelona), Directora del Centro de Estudio e Investigación en Derecho sanitario y Bioderecho de la Universidad Isalud, Miembro del Consejo Directivo de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Docente, Investigadora y Autora de múltiples artículos y publicaciones científicas. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-4585-0240>

a través de un conjunto de puntos de atención de salud, aislados e incomunicados entre sí, y que, son por lo tanto, incapaces de proporcionar una atención continuada a la población. Las causas principales de la fragmentación a nivel regional de América se suelen mencionar son: segmentación institucional del sistema de salud; descentralización de los servicios de salud que fragmenta los niveles de atención; predominio de programas focalizados en enfermedades, riesgos y poblaciones específicos (programas verticales) que no están integrados al sistema de salud; separación extrema de los servicios de salud pública de los servicios de atención a las personas; modelo de atención centrado en la enfermedad, el cuidado de episodios agudos y la atención hospitalaria; debilidad de la capacidad rectora de la autoridad sanitaria; problemas en la cantidad, calidad y distribución de los recursos; y prácticas de financiamiento de algunos organismos de cooperación/donantes internacionales que promueven los programas verticales (Nino, 2020).

3) Se dice que esta segmentado, ante la coexistencia de subsistemas con distintas modalidades de financiamiento, afiliación y provisión, cada uno de ellos ‘especializado’ en diferentes estratos de la población de acuerdo con su inserción laboral, nivel de ingreso, capacidad de pago, y posición social. Este tipo de organización institucional consolida y profundiza la inequidad en el acceso a los servicios de salud entre los diferentes grupos de la población (Nino, 2020).

Pero, como comprender estas afirmaciones sobre el sistema de salud, cuando la forma de organización política federal, considerando que es definida como la forma de organización política más promisoría, en la cual las funciones del gobierno están repartidas entre un grupo de Estados asociados, en primer lugar, que acuerdan conservar y/o delegar competencias a un Estado federal central.

Para profundizar en el tema, debemos conocer más sobre el federalismo y que en un total de cerca de 196 Estados en el mundo, se contabilizan solo 25 Estados Federales. Los Estados Federales suelen organizarse a partir de una Constitución Nacional que define el reparto competencial entre los Estados Nacionales y los locales en los cuales cada uno de ellos tiene una división de tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), son democráticos, y no pueden abandonar a la federación. Como en Argentina tienen grandes extensiones territoriales y cohesión social y política acerca de ciertos temas, aunque se diferencian en otros.

Los Estados Federales están hoy avanzando, pasando de un modelo de reparto competencial dual, con funciones claramente diferenciadas entre el Estado Nacional y los subnacionales a uno concurrente, que propende a que todas las instancias de gobierno: nacional, Provincial o Estadual y Municipal/departamental o local, contribuyan a la consagración de los derechos de los miembros del Estado Federal.

Por otra parte, es una tendencia de todos los sistemas de salud y de las reformas sectoriales desde hace tiempo, el lograr la descentralización de los servicios de salud, por conocer los niveles locales e interpretar mejor las necesidades de salud de la población e involucrar a las comunidades en la respuesta organizada de las mismas. Por ello, el federalismo puede aportar importantes soluciones organizacionales en los sistemas salud, aunque para buscar las mejores soluciones o estrategias sectoriales, los Estados Federales carecen de un prototipo de federalismo y mucho menos para sus sistemas de salud. Por ende, cabe explorar las oportunidades para institucionalizar mejoras en los sistemas de salud

federales, que requieren arbitrar estrategias de coordinación, modulación y rectoría de los sistemas de salud nacionales, incluyendo herramientas legislativas, que avancen en considerar los modos de instrumentar mejoras en la equidad del sistema de salud, preservando las diversidades, la cultura, las realidades y las priorizaciones locales. Es decir que logren mejor integración de los sistemas y menos segregación de personas negándoles el reconocimiento de derechos de modo equitativo.

A esos fines, corresponde recordar que en la República Argentina nuestro Estado Nacional, salvo en algunos aspectos, debe respetar la responsabilidad primaria de las Provincias en materia de salud, ya que es una competencia que las provincias argentinas no le delegaron (art. 121 de la Constitución Nacional), aunque está obligado a mejorar la equidad en el ejercicio de los derechos de todos los habitantes del país. Es decir, la integración del sistema de salud, entendida como una mejora en el ejercicio de los derechos de los argentinos, es un imperativo del Estado Nacional, pero con algunas salvaguardas que define la propia Constitución, que le obligan a respetar las atribuciones provinciales en la materia.

Así, se ha avanzado para concretar esa equidad, en materia del derecho de fondo: Civil y Comercial o Penal, en función de la propia Constitución Nacional, ya que permite al Poder Legislativo Nacional dictar tales Códigos para lograr equidad entre sus habitantes. En efecto, el poder legislativo Nacional ha regulado en la materia de los derechos personalísimos de salud, o tipificado los delitos contra la salud pública, o regulado las actividades que involucran el tránsito federal o los conflictos interjurisdiccionales por ejemplo en materia de sangre, medicamentos, trasplantes y también en temas en que la Constitución Nacional le atribuyo al Estado Nacional, una competencia específica cómo es la referida a la seguridad social nacional.

También en uso de la cláusula del progreso (art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional²), el Poder legislativo Nacional aprobó la Ley de Salud Mental, regulando en temas referidos a la organización del sistema de salud local, aportando más equidad en el sistema de salud mental nacional, efectuando una asignación presupuestaria específica para ello. En el mismo sentido, vía programas nacionales el Ministerio de Salud Nacional invita a sus pares provinciales a integrar políticas nacionales, para armonizar las políticas sanitarias, con legítimos objetivos, que llevan a que las provincias adhieran a las propuestas, como lo es en materia de salud materno infantil-

Ello explica también, porque el Estado Nacional, invita a las provincias a adherir a leyes nacionales de cobertura prestacional del tratamiento de ciertas prestaciones o servicios que obligan a sus obras sociales provinciales o a sus servicios públicos, ya que estas competencias se mantienen reservadas a los Estados Provinciales, lo cual faculta a las provincias a optar por adherir o no al dictado de leyes provinciales para que procedan a su adhesión a la legislación nacional, ya que estas deben considerar las posibilidades para su instrumentación, su viabilidad y coherencia con el marco legal local, entre otros temas, así como las cuestiones vinculadas al financiamiento.

Esta posibilidad de legislar del estado nacional, se funda en la cláusula constitucional del

2 Art. 75 CN: "Corresponde al Congreso (...). 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen (...)"

progreso, que reconoce esa potestad al poder legislativo nacional y que deriva del imperativo que el mismo tiene de aportar equidad en el ejercicio de los derechos constitucionales de los argentinos y con ello de asignar entre otros aspectos, los recursos para tales fines.

Si bien la cláusula constitucional federal nacional en su artículo 5 obliga a las Provincias a cumplir con sus previsiones sobre derechos y garantías, incluso a las instituidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, esta previsión que es programática, no es operativa, permite a la Provincias instrumentar esos derechos de un modo adaptado a la realidad y capacidad local y con su propio régimen legal y modelo prestacional. Solo en casos muy específicos, en que median reclamos judiciales a la jurisdicción Nacional y provincial en base a una ley nacional el Poder Judicial, ha optado por obligar a las provincias a cumplir leyes nacionales en que se demanda a una provincia, o le exige al Estado Nacional, su compromiso subsidiario con el cumplimiento de esos derechos, mediante pronunciamientos judiciales que le obligan a hacerlos efectivos a su cargo, pero que habilitan al Estado Nacional a repetir de las provincias, lo que les corresponda restituirle por ser las obligadas primarias.

En suma, la complejidad, fragmentación y segmentación del sistema de salud, no es necesariamente la causa de los déficits organizacionales derivados del Federalismo, ya que esta forma de gobierno, ofrece la oportunidad de cumplir con el imperativo constitucional de lograr la equidad del sistema de salud y de mejorar su organización, financiamiento, organización en red, definición del modelo de atención, y los criterios de asignación de recursos entre la Nación y las Provincias e incluso facilita lograrlo mediante el federalismo de concertación, en el ámbito del Congreso donde están representados los ciudadanos y las jurisdicciones del país.

El Consejo Federal de Salud (COFESA), que agrupa a los Ministros de Salud de todo el país, que preside la autoridad sanitaria nacional, el COFELESA (Consejo Federal de Legisladores de Salud) y muchos de los instrumentos que hemos referido son potentes herramientas para esa concertación, siempre que se comprenda claramente que en ese reparto competencial, la Nación debe aportar equidad en el sistema de salud y que por ende, en la asignación de recursos y en el desarrollo de capacidades. La Nación debe priorizar a los más vulnerables, como imperativo constitucional que consagra la justicia distributiva y dentro de la misma, observar el principio de la diferencia en beneficio de los más desfavorecidos y ello incluye a las personas en situación de mayor vulnerabilidad y a las jurisdicciones mas rezagadas en sus reales posibilidades de hacer efectivos sus derechos.

Referencias bibliográficas

- Belló, M.; Becerril-Montekio, V. M. (2011). "Sistema de salud en Argentina". *Salud Pública de México*, vol. 53, Supl. 2.
- Nino, A. E. (2020). La segmentación y la fragmentación de los servicios de salud. *La salud desde la otra orilla* [Blog], 30.07.2020, Disponible en: <https://saluddesdelaotraorillas.com/2020/07/30/la-segmentacion-y-la-fragmentacion-de-los-servicios-de-salud/>
- Tobar, F.; Olaviaga, S. y Solano, R. (2012). *Complejidad y fragmentación: las mayores enfermedades del sistema sanitario argentino*. CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento).

2. ESTUDIOS GENERALES

TICs e Inteligencia Artificial como apoyos para garantizar el derecho a la educación en adolescentes internados por salud mental

ICTs and Artificial Intelligence as supports to guarantee the right to education in adolescents hospitalized for mental health

María Silvina Radcliffe¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)02](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)02)

Fecha de envío: 27.03.2023

Fecha de aceptación: 19.06.2023

RESUMEN:

Las niñas, niños y adolescentes internados por afecciones en su salud mental requieren una educación inclusiva, por ello, el derecho argentino debe poner a disposición todas sus herramientas para garantizar ante dicho escenario, el acceso al derecho a la educación y a herramientas tecnológicas.

Es el proceso educativo el que debe adaptarse a la particular condición del alumno y no el alumno adaptarse a las técnicas de la educación tradicional, por ello se propone analizar los aportes que las herramientas diseñadas en base a TICs e Inteligencia artificial pueden brindar en pos de dicho objetivo.

En el desarrollo investigativo que propone este trabajo, se enaltece la figura de los "apoyos a la capacidad jurídica" como recurso permeable a los avances tecnológicos, que colaboran en el proceso de aprendizaje, y ayudan a concretar la meta de una educación inclusiva, como espacio de ampliación de derechos.

ABSTRACT

Girls, boys, and adolescents hospitalized for mental health conditions need a special education. Therefore, under this scenario, the Argentine law must make available all its instruments and policies to guarantee access to the right to education and technological tools.

It is the educational process that must adapt to the particular condition of a student, and not the student who must adapt to traditional educational techniques. In pursuit of this goal, the proposal is to analyze the contributions that ICT-based Tools and Artificial Intelligence can provide.

In the investigative development proposed by this work, the figure of "support for legal

¹ Becaria Doctoral CONICET, Magister en Derecho Privado por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Profesora Superior en Derecho por la Universidad Católica Argentina (UCA). Jefa Trabajos Prácticos, Civil V, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Jefa Trabajos Prácticos, Civil V, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL). Correo electrónico: radcliffems@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9309-826X>

capacity" is exalted as a resource that should be permeable to technological advances which collaborate in the learning process and help to achieve the goal of an inclusive education as an opportunity for the expansion of rights.

PALABRAS CLAVE: Salud Mental; Educación; Apoyos; TICs; Inteligencia artificial.

KEY WORDS: Mental Health; Education; Support; ICTs; Artificial Intelligence.

I. Breve referencia a las internaciones por salud mental en el sistema jurídico argentino

La ley nacional 26.657² establece que las internaciones por razones de salud mental serán excepcionales y se consideran como un recurso restrictivo, debiendo ordenarse en caso que los dispositivos comunitarios no puedan trabajar o abordar la situación y siempre que el equipo de salud lo disponga. Deberán indicarse por el menor tiempo posible y se llevarán a cabo en hospitales generales.

Las intervenciones relacionadas a salud mental tienen como base la voluntariedad y el consentimiento informado como regla; dependiendo las internaciones de una previa decisión emanada de un equipo interdisciplinar. Agrega la norma que aquellas internaciones que ingresen bajo la denominación de involuntarias, encontrarán su motivación en la presencia de un riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros que será determinado por el servicio de salud, no debiendo existir otra alternativa eficaz de tratamiento, y se debe informar si se implementaron instancias previas.

La institución de salud que reciba al usuario del servicio de salud mental cuenta con plazos breves para comunicar al juez/a la internación. Y en este punto cabe resaltar el nuevo rol que se asigna a el/la magistrado/a a quien se le comunica dicha situación, ya que se convierte en garante y contralor de la misma. El/La juez/a, salvo situación excepcional expresamente contemplada en la ley, no ordenará la internación, solo decide si la autoriza o la rechaza y en el primer caso, tiene a su cargo el control de legalidad.

Finalmente, se destaca la incorporación del derecho a una defensa técnica para la persona internada y la creación de un Órgano de Revisión Nacional (y la manda de que en cada jurisdicción provincial continúen por dicho camino) que velará por el cumplimiento y resguardo de los Derechos Humanos de las personas que se encuentran atravesando una internación como consecuencia de una discapacidad psicosocial o intelectual.

En todo momento la ley destaca la importancia de la intervención y el acompañamiento familiar para quienes atraviesan un proceso de internamiento; previendo que en el caso que se desconocieran o no se contara con datos, deberá la institución de salud junto con organismos públicos, realizar las averiguaciones correspondientes que los lleven a hacerse de dichos datos.

Ello encuentra fundamento en que "...la falta de contacto asiduo y el alejamiento físico provocan un distanciamiento emocional -desapego- que trae como consecuencia inevitable que mientras más tiempo transcurra, más difícil resultará reinsertar a la persona que estuvo internada en su núcleo familiar, que ya reorganizó su vida sin aquella." (Pagano, 2015)

2 Sancionada el 25 de noviembre de 2010. Promulgada el 2 de diciembre de 2010.

Concentrando la atención, en los supuestos de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA) que requieren de este dispositivo, la ley referida, estableció en su artículo 26³ que a este colectivo se aplicarían las normas que regulan las internaciones involuntarias, siempre teniendo como marco de referencia, la normativa internacional y nacional de protección de derechos. Y es en este punto que se plantea la pregunta ... ¿cómo garantizar el derecho a la educación para este grupo que presenta una doble condición de vulnerabilidad?

Cuesta pensar que un solo artículo de la norma pueda resolver las complejidades que una situación de internamiento presenta respecto de personas menores de edad en pleno proceso de desarrollo de su autonomía, dado que debe garantizarse para este colectivo Derechos Humanos como vivir en familia, salud, educación, esparcimiento, entre tantos otros.

Como elemento común, se detecta que del conjunto de instrumentos internacionales en el que se incluye la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), ninguno aborda específicamente la realidad de adolescentes que atraviesan una situación de encierro o internamiento por cuestiones de salud mental, pero sí prevén la necesidad de garantizar el derecho a la educación (art. 23 CDN).

Y en este contexto se presenta una nueva pregunta, ¿Cómo asegurar y garantizar este compromiso que asumió Argentina como Estado parte de la Convención?

II. El derecho a la educación respecto de niñas, niños y adolescentes con discapacidad

El impacto del modelo social en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) se refleja en materia educativa a través de la incorporación del artículo 24, el cual al referir al derecho a la educación añade dos características fundamentales, educación inclusiva y de calidad. Establece además el compromiso de los Estados Partes respecto de que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, la importancia del acceso a ajustes razonables en función de las necesidades individuales; y la implementación de medidas de apoyo personalizadas y efectivas con el fin de fomentar el máximo desarrollo académico y social.

Como puede observarse, se enfatiza el compromiso de que NNA ejerciten el derecho a la educación en condiciones de igualdad, más allá de la discapacidad que cada uno pueda enfrentar, asumiendo para ello que el proceso de enseñanza y aprendizaje debe ser reestructurado. Debe dejarse de pensar en la escuela como "institución normalizadora", estandarizada, para comenzar a incorporar procesos pedagógicos que permitan captar las necesidades particulares de cada NNA.

Son las instituciones educativas las que deben adaptarse a las realidades de cada educando y no cada educando a las barreras que pueda presentar el espacio de formación. En igual sentido, Pérez Gallardo (2019) manifiesta que "...actualmente prevalece, en cambio, un modelo de escuela como centro de adiestramiento de la infancia, que promueve la estandarización de los estudiantes, y donde se enseñan contenidos homogéneos que persiguen resultados homogéneos, al final de cada ciclo educativo. Este modelo de educación tradicional expulsa a todas y todos aquellos que no responde a esos estándares,

3 "En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos."

como las niñas y niños con discapacidad, que se ven relegados a escuelas especiales encargadas de su atención particular”.

Con referencia a las características que la CDPD acuerda a la educación, inclusiva y de calidad, se destaca que, con relación a esta última, el monitoreo “Educación para todos” realizado por la UNESCO en el año 2005, señaló como prioridad la calidad de la educación resaltando para ello tres aspectos necesarios que deben atenderse: 1) los derechos de las personas; 2) mayor equidad en el acceso, en el proceso y en el resultado de la escolaridad, y 3) una mayor pertinencia del sistema educativo.

Ahora bien, ¿Qué significa educar inclusivamente?, Muslera (2016) plantea que enseñar inclusivamente implica proyectar una transformación de la cultura, de lo social y de la organización del sistema educativo general. Se deben dar respuestas en base a lo que cada alumno necesita, atendiendo a sus intereses, motivaciones y capacidades. Se debe ofrecer un espacio que reconozca el derecho de pertenencia a una comunidad, rompiendo con una visión homogeneizadora de la sociedad y de la educación. Asimismo, destaca que la educación inclusiva, debe contemplar tanto a NNA con o sin discapacidad.

Recurriendo a otras voces, Aimar (2019), define la educación inclusiva sobre la base de la Declaración de Salamanca⁴. La misma indica como sistemas educativos inclusivos “... aquellos con una pedagogía centrada en el niño, capaz de educar con éxito a todos los niños y niñas, comprendidos los que sufren discapacidades graves.”

Como sostuvo la Sala Segunda Constitucional de la Suprema Corte de México, la educación inclusiva “...conlleva una transformación de la cultura, la política y la práctica en todos los entornos educativos formales e informales para dar cabida a las diferentes necesidades e identidades de cada alumno, así como el compromiso de eliminar los obstáculos que impiden esa posibilidad, para lo cual, la educación inclusiva debe ofrecer planes de estudio flexibles y métodos de enseñanza y aprendizaje adaptados a las diferentes capacidades, necesidades y estilos de aprendizaje.”⁵

Conforme lo expuesto, corresponde derribar aquellas barreras que no permitan que NNA en edad escolar y con discapacidad, puedan desarrollar las actividades inherentes al proceso educativo en igualdad de condiciones. Por ello, y a los fines de cumplir con las directivas de la CDPD, y reiterando lo señalado anteriormente, deben ser las instituciones educativas formales y no formales, las encargadas de adaptarse a las necesidades particulares de cada persona.

En esta línea de pensamiento, la Observación General Nro. 4 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶ contiene características de la educación inclusiva, resaltando entre ellas:

4 Aprobada por la Conferencia Mundial sobre necesidades educativas especiales: acceso y calidad. Salamanca, España, del 7 al 10 de Junio, 1994

5 Sala Segunda Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México, 03.10.2018, “Filippo Orsenigo y otros.” Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 63

6 <<Derecho a la educación inclusiva>>. Observación General Nro. 4. Comité De Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad. 25 de noviembre de 2016. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-4-article-24-right-inclusive>. Compulsado el 13 de Febrero 2023

- *enfoque que integra todos los sistemas;
- *entorno educativo integral;
- * apoyo al personal docente a través del trabajo colaborativo, la interacción y la resolución de problemas;
- * el respeto por el valor y la diversidad;
- *un ambiente que favorece el aprendizaje, refiriéndose a entornos accesibles, donde las personas se sientan seguras, apoyadas, estimuladas, y pueden expresar sus opiniones;
- *enfoque que integra a todas las personas: se reconoce la capacidad de cada persona para aprender y se depositan grandes expectativas en todos los alumnos, incluidos los que tienen discapacidad.

La educación inclusiva ofrece planes de estudio flexibles y métodos de enseñanza y aprendizaje adaptados a las diferentes capacidades, necesidades y estilos de aprendizaje. Este enfoque conlleva prestar apoyo, realizar ajustes razonables e intervenir a una edad temprana a fin de que todos los alumnos puedan desarrollar su potencial.⁷

No debe negarse que el acceso al derecho a la educación, se entiende como la base del resto del ejercicio de los derechos, ya que sin la formación pertinente los derechos reconocidos a NNA no podrán ejercitarse; vulnerándose la posibilidad de lograr la autonomía e independencia deseada.

Resulta de suma importancia lo que refiere la Observación General Nro. 4 del referido Comité⁸, en cuanto destaca que la educación es un recurso que coadyuva en el desarrollo de la personalidad, las actitudes, la capacidad física y mental del niño hasta sus máximas posibilidades.

En igual sentido, la Observación General Nro. 1 del Comité de los Derechos del Niño⁹, indica que, “Los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales”.

Uno de los objetivos que la Observación General Nro. 4 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, refiere para la educación inclusiva es “... estar encaminada a desarrollar el máximo de la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus capacidades mentales, físicas y comunicacionales... Los Estados partes deben apoyar la creación de oportunidades para aprovechar los puntos fuertes y el talento únicos de todas las personas con discapacidad.”

7 <<Derecho a la educación inclusiva>>. Observación General Nro. 4. Comité De Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad. 25 de noviembre de 2016. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-4-article-24-right-inclusive>. Compulsado el 13 de Febrero 2023

8 <<La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño>>. Observación General Nro. 4. Comité de los Derechos del Niño. 21 de Julio de 2003. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/general-comments>. Compulsado el 13 de Febrero 2023.

9 <<Propósitos de la educación>>. Observación General Nro. 1. Comité de los Derechos del Niño. 17 de Abril de 2001. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11 Compulsado el 13 de Febrero 2023

Todos estos conceptos vertidos permiten dimensionar la importancia de garantizar el derecho a la educación en NNA con discapacidad y la necesidad de una transformación social que pueda hacer suyas las características de una educación inclusiva. Sin embargo, debe destacarse que muchas veces, se piensa la educación como aquella que se desarrolla exclusivamente dentro de las paredes del aula, lo cual se convierte en un obstáculo a sortear cuando se plantea garantizar este derecho en NNA que se encuentran atravesando una internación por motivos de salud mental.

Y es allí donde también se debe concentrar la atención y poner en ejercicio las herramientas jurídicas disponibles para evitar que esos NNA se encuentren ante situaciones que vulneren sus derechos, pero a su vez ponerlas en acción permitiendo la garantía de esta prerrogativa que el ordenamiento jurídico reconoce.

Un gran llamado de atención emitió la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de la ley de salud mental argentina, al detectar variadas vulneraciones del derecho a la educación, en casos de NNA alcanzados por una situación de internamiento.¹⁰

Ante este escenario, debe valorarse la incorporación de las TICs y la Inteligencia Artificial (en adelante IA) al ámbito educativo, ya que permiten abrir un camino para garantizar una educación de calidad e inclusiva respecto al colectivo de estudio, pero también colaborarán en reforzar la interacción tanto entre el maestro y el alumno y entre los alumnos.

Retomando las características mencionadas para lograr una educación inclusiva, resaltando entre ellas el entorno educativo integral, el apoyo al personal docente y la creación de ambientes favorecedores del aprendizaje no puede dejar de destacarse a los fines de su cumplimiento la irrupción positiva de las tecnologías, que tendrán en ese camino un protagonismo fundamental.

Y son estos avances de la ciencia, los que permitirán utilizar medios y herramientas que garanticen a un NNA que no pueda asistir al aula ubicada en el centro educativo, brindar una educación de calidad, y en esto se deberá trabajar incansablemente desde el Estado a través de la promoción y creación de Políticas Públicas destinadas a garantizar no solo que se cuente con los soportes necesarios para poner en acción las TICs y las herramientas brindadas por la IA, sino también teniendo como objetivos primordiales la inversión en infraestructura tecnológica de las escuelas y otros entornos de aprendizaje, garantizando la disponibilidad y asequibilidad de un número suficiente de ordenadores, banda ancha de alta calidad y velocidad y una fuente estable de electricidad¹¹. Será este el camino que permitirá al NNA internado por una afección en su salud mental la continuación de su proceso educativo sin dejar de pertenecer al curso, aula o espacio físico donde se encuentra su grupo de pares.

En este contexto, debe también prestarse atención a la otra cara de la moneda, como

10 Resolución S.E. Nro. 02/2020. Secretaría Ejecutiva, Órgano de Revisión Nacional, Veintinueve de Diciembre de 2020, disponible en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/defensoria-general-de-la-nacion/organo-nacional-de-revision-de-salud-mental/181-secretaria-ejecutiva-del-organo-de-revision-de-salud-mental/resoluciones-del-organo-de-revision/5490-resolucion-2-20-aprobacion-del-documento-a-diez-anos-de-la-ley-nacional-de-salud-mental-posicionamiento-del-organo-de-revision-nacional-de-salud-mental>. Compulsado el 20 de Octubre 2022.

11 Observación General Nro. 25 relativa a los Derechos de los niños en relación con el entorno digital. Comité de los Derechos del Niño. 02 de Marzo 2021. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11. Compulsado el 13 de Febrero 2023

son los cuidadores de estas personas, respecto de quienes la Observación General Nro. 25 del Comité de los Derechos del Niño¹², destina un apartado, donde se indica el compromiso que los Estados deben asumir orientado a los padres y cuidadores en el aprendizaje a distancia en el hogar.

Y es aquí donde se recomienda sumar una característica más a la educación, anclada en la importancia de dar respuestas adecuadas a las necesidades de cada educando sin perder de vista el objetivo de una educación de calidad e inclusiva, característica que se podrá garantizar a través de la intervención de la tecnología.

III. Importancia de las TICs en la educación de niñas, niños y adolescentes con discapacidad

Hablar de TICs, implica la referencia a tecnologías vinculadas o aplicadas al ámbito educativo que permiten o facilitan la construcción e integración de nuevos lenguajes que transforman el modo de circulación de la información, la integración de nuevas formas de comunicación, la posibilidad de establecer redes de producción y difusión del conocimiento, que han hecho posible el desarrollo de proyectos innovadores de educación virtual (Alberdi, 2010).

A través de ellas, se pueden crear ambientes de aprendizaje que permiten acceder a fuentes de información, materiales didácticos y diferentes soportes mediales en Internet; generalmente a través de entornos informáticos denominados plataforma que integran estos recursos y herramientas comunicacionales (chats, foros, correo electrónico) que aportan, fundamentalmente, flexibilidad e interactividad entre todos los miembros propiciando la conformación de entornos educativos virtuales (Alberdi, 2010).

Esta posibilidad de incorporar tecnologías en el ámbito educativo, permiten mayor autonomía en el proceso de aprendizaje y en la gestión del conocimiento, reconociendo que no abarcan sólo dispositivos como computadoras, radios, teléfonos celulares y conectividad, sino que también remiten a la posibilidad que se abre a las personas de crear, compartir y adquirir conocimientos.

En este sentido se repara que las TICs modifican la idea de contenidos permanentes, irrefutables, inflexibles, y comienzan a centrarse en sujetos a educar que transitan por contenidos rápidamente sustituibles, lo que lleva a efectuar un primer repensar la idea de la escuela o aula tal como hoy se concibe, una idea en la que se rompe la relación tiempo-espacio en la enseñanza y que se dirige hacia la adopción de un modelo de aprendizaje más centrado en el estudiante (Castro y otros, 2007:217).

Y es aquí donde radica fundamentalmente la importancia de los espacios digitales en la educación de personas en situación de discapacidad, al permitir diseñar currículas adaptadas a las necesidades de cada educando, respetando y considerando sus intereses, habilidades y potencialidades. Pero no se debe perder de vista que, en relación al universo en estudio, al momento de trabajar en este tipo de diseños también deben tenerse presentes las características del lugar donde se desarrollará esa interacción que hace al proceso educativo y en el caso de NNA internados por una afección en su salud mental

12 Observación General Nro. 25 relativa a los Derechos de los niños en relación con el entorno digital. Comité de los Derechos del Niño. 02 de Marzo 2021. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11. Compulsado el 13 de Febrero 2023

se debe hacer referencia a un hospital general. Espacio que hace suyas costumbres y formas de trabajo diferentes a las de un ámbito propiamente educativo, por lo cual será necesaria indudablemente la ayuda de la interdisciplina a fin de continuar con el proceso enseñanza-aprendizaje.¹³

Las TICs son fácilmente adaptables, son en general simples de utilizar y se caracterizan por promover a la eliminación de las barreras que los educandos en situación de discapacidad encuentran en la educación estandarizada.

Favorecen la autonomía de los estudiantes, pudiéndose adaptar a las necesidades y demandas de cada alumno/a de forma personalizada, la comunicación sincrónica y asincrónica; ahorran tiempo para la adquisición de habilidades y capacidades en los estudiantes; favorecen el diagnóstico del alumnado; respaldan un modelo de comunicación y de formación multisensorial; propician una formación individualizada; evitan la marginación, la brecha digital, que introduce el verse desprovisto de utilizar las herramientas de desarrollo de la sociedad del conocimiento (Cabero Almenara y otro, 2015: 38-42).

Hoy las tecnologías recorren transversalmente la vida cotidiana de NNA, por lo cual no puede dejar de analizarse cuál es el impacto que las mismas generan en su vida cuando atraviesan una situación de salud específica como ser un internamiento. Estas herramientas son para este colectivo, esenciales para el desarrollo de su vida actual, constituyente una fuente de ayuda y colaboración en el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero si no se logra la inclusión digital es posible que esto aumente las desigualdades existentes o genere nuevas.¹⁴

Reconocer la importancia del acceso a Internet y las ventajas que la tecnología puede aportar en los supuestos de educación respecto de personas que se encuentran restringidas en su derecho de libertad por afecciones en su salud mental, es necesariamente referir a que la mencionada brecha digital se acentuará si el lugar donde se encuentran internado el NNA no está dotado con dicho servicio o el mismo no reúne las características de calidad necesarias que aseguren una buena conectividad, es de esta forma que la persona menor de edad quedará excluida de una educación inclusiva y de calidad.

Por esto, es importante recordar que la tecnología nunca es sólo una máquina o un objeto en sí mismo; es siempre el objeto y cómo se utiliza (Burbules, 2007: 34).

Este trabajo, no solo refiere a las TICs como generadoras de mayores espacios de autonomía y conocimientos para el ámbito educativo, sino que también se pretende señalar algunos aportes de la IA, cuya irrupción en las sociedades actuales ha generado grandes y vertiginosos cambios.

Y si de esto último quedaban dudas, sirve como muestra, la resolución dictada por el

13 Al respecto ver entre otros: Weinmeister, S., (2022), <<IA y Educación>>, Inteligencia Artificial, Tecnologías Emergentes y Derecho. Reflexiones Interdisciplinarias, 3, 2022, 245-249; Jara, I. y Ochoa, J. (2020), Usos y efectos de la Inteligencia artificial en la educación. Disponible en <https://publications.iadb.org/es/usuarios-y-efectos-de-la-inteligencia-artificial-en-educacion> compulsado el 14 de junio de 2023; Moreno Padilla, R. D., (2019) <<La llegada de la Inteligencia Artificial a la Educación>>, Revista de Investigación en Tecnología de la Información, 7, 14, 2019: 260-270.

14 Observación General Nro. 25 relativa a los Derechos de los niños en relación con el entorno digital. Comité de los Derechos del Niño. 02 de Marzo 2021. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11. Compulsado el 13 de Febrero 2023.

Juzgado de Circuito Laboral 001 de Cartagena, Colombia¹⁵, que debió expedirse sobre el pedido realizado por los progenitores de una persona menor de edad que presenta Trastorno del Espectro Autista. En el expediente llegado a resolución, se solicitaba al Servicio de Salud, la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos en los servicios requeridos por el niño, así como el suministro o pago de transporte para la asistencia a terapias. Al dictar la sentencia, si bien el Juez elaboró sus propios fundamentos, se anexaron a la resolución, respuestas relacionadas a las cuestiones litigiosas planteadas, emitidas por un chat creado en base a AI.

La IA es entendida como una disciplina capaz de proveer modelos, programas y técnicas que debido a sus características se asociaron a la inteligencia humana, el razonamiento, la resolución de problemas, la predicción y el aprendizaje de las máquinas en función de la experiencia. (Schapira, 2021). La aplicación de esta herramienta, despertó algunas críticas o debates al momento de su vinculación con la educación, como por ejemplo, la posible deshumanización del proceso educativo, la pérdida de la interacción humana, el aprendizaje mecánico y la falta de pensamiento crítico y reflexivo, o la incorporación de sesgos discriminatorios.¹⁶

Por ello, desde el ámbito internacional, se trabaja en la elaboración de documentos que enumeran principios y consideraciones éticas, que deben tenerse presentes al momento de vincular la diada herramientas tecnológicas-persona humana.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) indica sobre la Inteligencia Artificial que:

*Debe estar al servicio de las personas y del planeta, impulsando un crecimiento inclusivo, el desarrollo sostenible y el bienestar.

*Los sistemas de IA deben diseñarse de manera que respeten el Estado de derecho, los Derechos Humanos, los valores democráticos y la diversidad, e incorporar salvaguardias adecuadas con miras a garantizar una sociedad justa y equitativa. (OCDE, 2019)

En el Preámbulo de la Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial, se reconocieron las repercusiones positivas y negativas profundas y dinámicas que la misma derrama sobre las sociedades, el medio ambiente, los ecosistemas y las vidas humanas, en particular en la mente humana. Su utilización o aplicación repercute en el pensamiento, en las interacciones humanas y en la adopción de decisiones de los seres humanos, afectando entre otras esferas la educación. (UNESCO; 2021 a)

Siguiendo dichos lineamientos, el documento dedica un apartado especial referido a la educación e investigación y puntualiza que la IA debe apoyar el proceso de aprendizaje sin reducir las capacidades cognitivas y sin recabar información sensible, respetando las normas pertinentes en materia de protección de los datos personales. Los datos facili-

15 Juzgado de Circuito Laboral 001 de Cartagena, Bolívar, Colombia, 30/01/2023, "Salvador Espitia Chávez vs. Salud Total E.P.S.", disponible en https://naavi.org/uploads_wp/2023/first_court_judgement_using_chatgpt.pdf. compulsado el 14 de junio de 2023.

16 Al respecto ver entre otros: García-Peñalvo, F.J. (2023), The perception of Artificial Intelligence in educational contexts after the launch of ChatGPT: Disruption or Panic?, Education in the Knowledge Society, 24, e31279, <https://doi.org/10.14201/eks.31279>; Vallejo, A., (2023) La aplicación de la inteligencia artificial en educación: una reflexión crítica sobre su potencial transformador, [https://blogs.ead.unlp.edu.ar/\[blog\]](https://blogs.ead.unlp.edu.ar/[blog]), 27-03-2023, disponible en <https://blogs.ead.unlp.edu.ar/boletinaulacavila/2023/02/27/la-aplicacion-de-la-inteligencia-artificial-en-educacion-una-reflexion-critica-sobre-su-potencial-transformador/>; Echarrí, M., (2021) ¿Cuáles son los dilemas éticos del uso de la inteligencia artificial?, El País, 01-12-2021, disponible en <https://elpais.com/economia/entorno-seguro/2021-12-01/cuales-son-los-dilemas-eticos-del-uso-de-la-inteligencia-artificial.html>.

tados para adquirir conocimientos, recopilados durante las interacciones del educando con el sistema de IA, no deben ser objeto de uso indebido, apropiación indebida o explotación delictiva, incluidos los fines comerciales. (UNESCO, 2021 a)

Al respecto el Consenso de Beijing sobre la Inteligencia Artificial y la Educación (UNESCO, 2019), afirma que este avance tecnológico, debe estar controlado por el ser humano y centrado en las personas, así como que su implementación debe orientarse a mejorar las capacidades humanas. La misma debe concebirse de manera ética, no discriminatoria, equitativa, transparente y verificable.

En relación a una de las críticas anteriormente referidas, se destaca el punto 12 del mencionado documento, al poner de resalto que, "... si bien la inteligencia artificial ofrece oportunidades para apoyar a los docentes en sus responsabilidades educativas y pedagógicas, la interacción humana y la colaboración entre los docentes y los educandos debe seguir ocupando un lugar esencial en la educación" (UNESCO, 2019), agregando además que los docentes no deben ser reemplazados por máquinas, y que debe velarse para que sus derechos y condiciones de trabajo estén protegidas. (UNESCO, 2019).

Cerrando este punto, se destaca lo expuesto en una Resolución del Parlamento Europeo sobre Inteligencia artificial, en cuanto a la necesidad de adaptación social e individual a los cambios que ella introduce, señalando que "...el rápido progreso tecnológico introducido por la IA está ligado de manera cada vez más inextricable a la mayoría de los ámbitos de la actividad humana y afectará también a los medios de subsistencia de aquellas personas que no posean las capacidades que necesitan para adaptarse con la suficiente rapidez a esas nuevas tecnologías"¹⁷.

Esta afirmación, sin dudas instala la necesidad de reflexionar respecto de la importancia de generar políticas y actividades que impliquen transitar el camino de las nuevas tecnologías, por la senda de la protección de la persona, su dignidad y sus datos sensibles.

IV. Nuestra propuesta de TICs e Inteligencia Artificial como apoyos judiciales. Una referencia a la figura de los "apoyos". Contrapunto con la legislación del Perú y Colombia

Pretendiendo dar a este trabajo una mirada desde el ordenamiento jurídico argentino, se propone pensar de qué manera el colectivo de NNA identificado como población de estudio podría verse beneficiado en el acceso y efectivo ejercicio del derecho a la educación, con los avances de la tecnología, ya que como se advirtió atraviesan todos los aspectos de la persona.

Planteando, además, que en pos de garantizar el efectivo ejercicio de derechos se debe recurrir a todas las herramientas jurídicas que nos brinda la legislación, destacando especialmente la figura de los "apoyos", regulada en el artículo 43 del CCC como "... cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesita la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general". Del enunciado se desprenden las facultades que se le otorgan a quien o quienes lo asuman, destacando a los fines de este trabajo, el promover la autonomía de la persona.¹⁸

¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)). 3 de mayo de 2022. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html. Compulsado el 13 de Febrero 2023.

¹⁸ Al respecto ver entre otros: Juzgado Civil y Comercial de la 8° Nominación, Córdoba, Córdoba, 27/04/2022, O.R., N. S., s/ Demanda

Si bien esta herramienta se inserta dentro del Libro Primero, Capítulo 2 referido a <<Capacidad>>, sección tercera <<Restricciones a la capacidad>>, efectuando una interpretación armónica y de sistema, su designación no debe estar sujeta ni asociarse en todo momento a la necesidad de contar con una sentencia limitativa de la capacidad.

Pese a que al momento de regular las restricciones a la capacidad jurídica, la norma efectúa una referencia a ellos, no quiere decir que solo corresponda su nombramiento en dichos casos.¹⁹

En esta línea Fernández (2011) postula, “el artículo propone una herramienta clara, que debe ser utilizada no sólo en el marco de los procesos de restricción a la capacidad, como una consecuencia de la sentencia que limita el ejercicio de la capacidad jurídica, sino también fuera de estos procesos, habilitando designar apoyos en forma autónoma -sin restringir la capacidad- en un proceso de establecimiento de apoyos, como también homologar un acuerdo de apoyos presentado judicialmente a este fin.”

Esta posibilidad de recurrir a la designación de apoyos sin necesidad de transitar un proceso de restricción a la capacidad, se reguló en la legislación de dos países de América Latina, como ser Perú y Colombia

En relación a la legislación Peruana, corresponde destacar el Decreto Legislativo Nro. 1384²⁰, que con el objetivo de establecer medidas que favorezcan la inclusión de personas con discapacidad, garanticen el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones y la atención en casos de desaparición de este grupo de personas, reconoció y reguló su capacidad jurídica estableciendo modificaciones, agregados y abrogaciones en el Código Civil y en el Código Procesal Civil de dicho país.

Con posterioridad a esta regulación, se procedió al dictado del Decreto Supremo Nro. 016-2019-MIMP²¹, que permitió la aprobación del reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad.

Entre las disposiciones más destacadas de esta norma, el artículo 2°, brinda algunas definiciones necesarias para su aplicación, resaltando entre ellas la de “Ajuste razonable para la manifestación de voluntad”, entendido como “... las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida sirven para garantizar el goce y ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales.”

de limitación de la capacidad, Rubinzal Online RC J 3560/22; Juzgado Civ, Persona y Fam., 1° Tartagal, Salta, 30/08/2021, Rubinzal Online RC J 6069/2021; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualaguaychú, Sala I, 09/03/2021, “C.O. s/ restricciones a la capacidad”, La Ley online, AR/JUR/60726/2021; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala II, Salta, 14/05/2019, “R., L.S.D. s/ proceso de restricción de la capacidad”, La Ley online, AR/JUR/16095/2019

19 Al respecto ver entre otros: Unidad Procesal Nro. 11, Fuero de Familia, Circunscripción I, 17/08/2022, T., M.E., s/ Designación de apoyo”, elDial.com AACF33; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualaguaychú, Sala I, 07/07/2021, “S., O.R.R. s/ restricciones a la capacidad”, La Ley online, AR/JUR/210095/2021; Juzgado de Familia Nro. 5, Viedma, 06/07/2021, “H. A. S. s/ Proceso sobre capacidad”, disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-n-5-viedma-apoyo-judicial-sin-restriccion-de-capacidad-06-07-21/>, compulsado el 13 de junio de 2023;

20 Decreto Legislativo sancionado el 03 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/190877-1384>.

21 Decreto Supremo sancionado el 23 de Septiembre de 2019, disponible en <https://www.gob.pe/institucion/mimp/normas-legales/291035-016-2019-mimp>

Con relación a la normativa diseñada por el Decreto Legislativo Nro. 1384, corresponde destacar algunos artículos que son de importancia a los fines del análisis del instituto en general.

En el artículo 3, se estableció que “Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.”

Como consecuencia de esta nueva presunción de capacidad, se dispuso en el artículo 45 que las personas con discapacidad pueden solicitar o designar apoyos o ajustes razonables para el ejercicio de su capacidad y en consonancia con ello, se incorporó el artículo 45 -B- que prevé la designación de apoyos y salvaguardias.

El artículo 659 -A- estableció que la persona mayor de edad puede acceder a los apoyos y salvaguardias de manera libre y voluntaria, y en el artículo 659 -B- se definió a la figura en estudio como “... las formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.”

Además, se indica que, salvo excepciones, no tiene facultades de representación. Cuando la persona solicite un apoyo, ella determinará la forma, identidad, alcance, duración y cantidad (art. 659 -C-), otorgándose la posibilidad que la persona pueda designarlo/s a través de un notario o de un juez competente. (art. 22 Decreto Supremo Nro. 016-2019) La designación judicial de esta figura corresponderá de modo excepcional, en el caso que la persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad y respecto de aquellas que cuenten con la capacidad de ejercicio restringida como consecuencia de un estado de coma y no hayan designado con anterioridad ningún apoyo (art. 659 -E- y art. 44 inc. 9)

Es decir, se reconocen dos formas de designación de apoyos, el apoyo facultativo designado por la persona que puede manifestar su voluntad, ante notario o ante juez competente. Y el apoyo excepcional, designado por el juez/la jueza, cuando la persona con discapacidad no puede expresar su voluntad o respecto de aquellas comprendidas en el inciso 9 del artículo 44 del Código Civil Peruano. (art. 14 Decreto Supremo Nro. 016-2019)

En relación a la normativa colombiana, debe mencionarse la sanción de la ley 1996²², cuyo objeto se delimitó en establecer medidas específicas que garanticen a las personas mayores de edad con discapacidad, el ejercicio del derecho a la capacidad legal plena y el acceso a los apoyos que requieran. (art. 1). Asimismo, se estableció expresamente la necesidad de interpretar las disposiciones de la ley conforme la CDPD y todos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, (en adelante IIDH) suscriptos por Colombia. (art.2) y la presunción de capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción e independientemente si requieren o no apoyos. Y estableció específicamente el carácter de sujeto de derecho de la persona con discapacidad (art. 6)

En el cuerpo de la norma en estudio, se presenta una diferenciación entre apoyos y apoyos formales. Los primeros refieren a los tipos de asistencia que se prestan a la per-

22 Sancionada el 26 de Agosto de 2019. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=99712>

sona con discapacidad para facilitar el ejercicio de la capacidad legal; mientras que los segundos son aquellos que fueron formalizados por alguno de los procedimientos que establece la normativa, agregando que tienen como finalidad facilitar y garantizar el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada por el titular de un acto jurídico determinado. (art. 3 inc. 4 y 5)

Dentro del artículo 5 en el apartado 7, se incorpora la figura de la “valoración de apoyo” para referirse al proceso que basado en parámetros técnicos tiene como finalidad determinar que apoyos formales requiere una persona para tomar decisiones relacionadas al ejercicio de su capacidad jurídica, lo que en la legislación argentina conocemos como dictamen del equipo interdisciplinario.

Asimismo, la normativa establece lineamientos generales al momento de su aplicación e interpretación como ser dignidad, autonomía, primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, no discriminación accesibilidad, igualdad de oportunidades, celeridad. (art.4) y coincide en el tratamiento de las salvaguardias con la normativa peruana en cuanto garantías para evitar vulneraciones de derechos

Una cuestión a destacar que no sucede con la ley peruana es una específica mención a NNA. Se establece que las personas que no hayan alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho de gozar de los apoyos consagrados en la normativa para los actos jurídicos que el ordenamiento permite y siempre guiándose por el principio de autonomía progresiva en consonancia con las normas que rigen la patria potestad. (art. 7). Situación que en parte se condice con el ordenamiento jurídico argentino, que en su artículo 32 prevé la posibilidad de restricciones a la capacidad y consecuente designación de apoyos para personas mayores de 13 años y en relación al artículo 43 refiere a personas en general sin efectuar distinciones etarias.²³

En cuanto a la forma de designación de apoyos la ley prevé dos sistemas. A través de la celebración de acuerdos de apoyo entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que presten apoyo. O a través de la designación judicial mediante proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario. Proceso este último que se denominará de adjudicación judicial de apoyos. (art. 9)

Efectuando un contrapunto entre las legislaciones analizadas y el ordenamiento jurídico argentino, se advierten como coincidencias que todos receptan y construyen la figura del/los apoyo/s en base a la presunción de capacidad jurídica de la persona más allá de la situación de discapacidad que se encuentren atravesando en consonancia con la CDPD y el resto de los IIDH que cada país suscribió, no se piensan como sistemas sustitutivo de la voluntad sino como herramientas que permitan a la persona ejercer los derechos de los cuales es titular, manifestar su voluntad, siendo partícipes de las decisiones que hagan a su proyecto de vida y que impacten o tengan consecuencias en el mundo jurídico.

Todas las normativas reconocen la necesidad y la existencia de salvaguardas para garantizar el ejercicio de derechos y evitar vulneraciones para la persona destinataria de los apoyos, sin embargo, las legislaciones de Perú y Colombia destinan artículos específicos de su normativa a su regulación. En ello, la normativa argentina es más dispersa y menos precisa.

23 Se hace saber que conforme el artículo 25 del Código Civil y Comercial Argentino, se considera personas adolescentes a las personas menores de edad de entre trece y dieciocho años.

Coinciden también los ordenamientos jurídicos analizados, con que las personas que asuman el rol de apoyo/s podrán ser familiares, referentes afectivos y/o personas jurídicas. Pero sobre todo y en lo que a este trabajo refiere coinciden en que pueden ser herramientas que permitan a la persona el despliegue de su capacidad jurídica.

En relación a las normativas comparadas, corresponde plantear una diferencia. Mientras la normativa argentina debe entenderse como un sistema e interpretarse desde una visión humanista, sin asociar la figura del apoyo al proceso de restricción a la capacidad, las legislaciones de Perú y Colombia son más sencillas y piensan la figura en estudio para el colectivo de las personas con discapacidad en general, haciendo que su aplicación pueda pensarse para un grupo mucho más amplio de personas.

V. TICs e inteligencia artificial aplicadas al ámbito educativo como figuras de apoyo. Su inclusión en el control de legalidad

Considerando que el ejercicio del derecho a la educación indudablemente está relacionado al ejercicio de la capacidad jurídica y a la dirección de la propia persona, todas aquellas herramientas que puedan colaborar en garantizar y efectivamente ejercitar este derecho para personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como ser NNA con afecciones en su salud mental, deben tener el potencial de ser considerados apoyos, e incluso deben poder ser designados judicialmente sin necesidad de recurrir a una sentencia de restricción a la capacidad, tal como fuera afirmado.

Una de las mayores ventajas de la vinculación entre TICs-Inteligencia Artificial y educación respecto de personas en situación de discapacidad, es la posibilidad de crear o diseñar currículas que estén exclusivamente pensadas en función de la persona, respetando su subjetividad, su adquisición de competencias y sus intereses y necesidades y es allí donde los avances tecnológicos desplegarán su papel protagonista.

La utilización de la inteligencia artificial, permite el análisis de un conjunto de datos que están relacionados a la historia educativa del educando, sus perfiles psicosociales, motivaciones, estilos de aprendizaje y la utilización de modelos cognitivos capaces de predecir cómo aprende cada alumno. (Schapira, 2021), destacando siempre que estos sistemas deben quedar bajo el control humano, que su aplicación estará siempre orientada a la realización del bien común y al aumento y potenciación de las capacidades humanas y no a su reemplazo. (UNESCO, 2021 b)

Y aquí deben destacarse la existencia de dos herramientas: los sistemas de tutores inteligentes y los modelos instruccionales. Los sistemas tutores inteligentes, destinados al alumno, cumplen la función de un tutor docente, guiando y colaborando en el proceso de enseñanza-aprendizaje; mientras que los modelos instruccionales, elaborados en base a la actividad docente, buscan facilitar las tareas de planificación y diseño de contenidos didácticos. Estas herramientas, no solo permitirán detectar la diversidad en los ritmos de aprendizaje, sino que además posibilitarán personalizar y adaptar la enseñanza siendo para los docentes una guía a la hora de seleccionar y organizar contenidos, medios, estrategias, metodologías, tiempos. Los elementos enunciados, permiten lograr una mejor adaptación de la instrucción al aprendiz. (Schapira, 2021)

Este trabajo centrará su atención en los sistemas tutores inteligentes, por ser aquellos que tienen como centro y objetivo de su actividad al educando.

Ensayando una definición técnica, se afirma que los sistemas tutores inteligentes son “... un sistema de software que utiliza técnicas de inteligencia artificial (IA) para representar el conocimiento e interactúa con los estudiantes para enseñárselo” (Durango Hernández y otro, 2015: 105). A través de la utilización de herramientas brindadas por la IA, buscan “...dotar el sistema de una habilidad que solo los seres humanos poseen, “inteligencia”, contribuyendo así a que estos sistemas identifiquen las falencias en el aprendizaje y puedan reforzar el conocimiento en el transcurso del aprendizaje de cierta área de conocimiento” (Durango Hernández y otro, 2015: 105).

Los mismos se distinguen de otro tipo de aprendizaje por modelar el estado cognitivo del usuario, permitiendo brindar consejos sensibles al contexto y retroalimentar en todos los pasos de un proceso de aprendizaje. Su objetivo principal es desarrollar una metodología que se adapte al alumno e interactúe dinámicamente con el mismo (Durango Hernández y otro, 2015: 106).

Estos sistemas se organizan en base a cuatro módulos:

- *Módulo del experto (o dominio) a través el cual se representa el conocimiento del experto en el tema y las características de la resolución de problemas asociados a la temática a desarrollar. De la organización pedagógica de este módulo, depende en parte el módulo pedagógico.
- *Módulo del estudiante cuya función es capturar el entendimiento del aprendiz sobre el dominio. Asimismo, aporta elementos que permiten conocer las características del estudiante como ser nivel académico, dificultades, informaciones. Elementos de gran importancia para la planificación y re-planificación.
- *Módulo tutor o tutorial que contiene las estrategias tutoriales que deben ajustarse a cada alumno sin necesidad de intervención de un tutor humano.
- *Módulo entorno por medio del cual se gestiona la interacción entre otros componentes del sistema y controla la interfaz hombre/máquina²⁴.

La composición de esta herramienta en módulos, permite observar que en cada una de ellas se puede pensar en el aprendiz en particular, en sus características, en sus conocimientos, debilidades, fortalezas y de esta forma proyectar en el tiempo que esté alejado del espacio áulico la generación de contenidos que permitirán contribuir y continuar con su formación en base a la subjetividad de quien lo utilice.

Si bien, se propone que estos sistemas deberían atravesar el proceso educativo general y ser aplicados a la totalidad de la población, teniendo presente que se necesita una reformulación de la cultura educativa en general, proceso que lleva tiempo de desarrollo, adaptación y disponibilidad de recursos que en la actualidad no están presentes en la sociedad argentina, se piensa como ajustes razonables, que estos sistemas pueden ser vistos como posibles apoyos que permitan el ejercicio de derechos en una situación de internamiento, donde claramente el NNA no puede movilizarse hacia el espacio áulico tradicional.

En sintonía con lo expresado, se incluye la posibilidad de que este apoyo tecnológico se designe a través de un pronunciamiento judicial, con el objetivo de que la presencia de

24 Ver: Durango Hernández, J. A., Pascuas Rengifo, Y. S. (2015), <<Los sistemas tutores inteligentes y su aplicabilidad en la educación>>, Revista Horizontes Pedagógicos ,17 (2): 104-116; Arias, F. J., Jiménez B., J. A., Ovalle, D. A. (2009), <<Modelo de planificación instruccional en sistemas tutoriales inteligentes>> Revista Avances en Sistemas e Informática, 6 (1): 155-164

esa herramienta esté garantizada y controlada desde el ámbito del poder judicial que debe erigirse en garante de los derechos de este colectivo. Sin embargo, una cuestión que ha permitido visualizar la comparación de legislaciones, es la falta en el ordenamiento jurídico argentino de mecanismos de control respecto de los apoyos designados.

Al no ser recursos que se encuentran generalizados y aplicados para la sociedad en su conjunto, se convierte en necesaria su designación judicial, para de esta forma, asegurar su inclusión en el proceso educativo de personas menores de edad que atraviesan una situación de internamiento.

Frente a esta realidad e irrupción de estas tecnologías se plantea como idea que permita garantizar el acceso y efectivo ejercicio del derecho a la educación, que al momento de efectuar los controles de internación respecto de NNA conforme se prevé en la ley nacional de salud mental, el/la juzgador/a se detenga especialmente en garantizar este derecho, lo que podría concretarse, a través de la indicación como medida de apoyo por ejemplo de un sistema tutor inteligente o dotar a ese NNA que atraviesa una internación de las variadas herramientas TICs para que desde su lugar pueda continuar con el proceso enseñanza-aprendizaje.

Este pensamiento, se propone continuando la idea de la figura del juez como agente garante, de control externo, activo y periódico²⁵, integrando en esta idea a todos quienes desarrollan la actividad judicial. Además, se fortalece la idea propuesta, ya que al profundizar sobre los puntos que deben observarse en los controles de legalidad, se plantea la importancia de controlar que la internación se haya prescripto con posibilidad de mantener la comunicación con el exterior, los vínculos afectivos y los lazos sociales (Laufer Cabrera, 2020).

En una interpretación amplia de las garantías que deben rodear la internación y del sostenimiento de comunicación y vínculos, se comprende la necesidad de garantizar el derecho a la educación.

Ahora bien, a dicho fin se presenta la necesidad de aportar gran cantidad de datos para que funcionen los sistemas de IA y es por ello que se insiste en hacer hincapié respecto de la ética en el funcionamiento de los mismos, considerando que en algunos supuestos será necesaria la obtención de datos sensibles²⁶.

Al respecto, si bien rige en Argentina, la Ley Nacional 25.326²⁷ sobre Protección de Datos Personales, la misma se sancionó en el año 2000, por lo que se hace necesario adaptar sus disposiciones a las transformaciones tecnológicas que atraviesa la sociedad actual y a los documentos internacionales²⁸ que en relación a la materia y el impacto de la Inteli-

25 Al respecto ver entre otros: CSJN, 19/02/2008, "R., M. J. s/ Insania", Fallos 331:211; CSJN, 27/12/2005, "T.R.A. s/ Internación", Fallos 328:4832

26 Conforme artículo 2 de la Ley 25.326, se entiende por "datos sensibles", aquellos que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual

27 Sancionada el 4 de octubre de 2000. Promulgada parcialmente el 30 de octubre de 2000

28 Al respecto ver entre otros: UNESCO, (2021), Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial, disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa; Comisión Europea (2020), Libro Blanco. Sobre la inteligencia Artificial- un enfoque europea orientado a la excelencia y la confianza, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>; Red Iberoamericana de Protección de Datos (REDIPD) (2019), Orientaciones específicas para el cumplimiento de los Principios y Derechos que rigen la Protección de los Datos Personales en los Proyectos de Inteligencia Artificial, disponible en Red Iberoamericana de Protección de Datos (REDIPD) (2019), Recomendaciones Generales para el Tratamiento de

gencia Artificial se van dictando, en el sentido de exigir que dicha situación, esté rodeada de garantías adecuadas. En suma, las reglas sobre tratamiento de datos personales desde la Inteligencia Artificial, busca evitar cualquier abuso que pueda generar una amenaza o vulneración de Derechos Humanos de los titulares de los datos (REDIPD, 2019).

En esta línea, la UNESCO (2021 a) manifestó su preocupación por la interacción entre las personas y la IA, refiriendo que “En el marco de esas interacciones, las personas nunca deberían ser cosificadas, su dignidad no debería ser menoscabada de ninguna otra manera, y sus Derechos Humanos y libertades fundamentales nunca deberían ser objeto de violación o abusos.”

En la búsqueda de esta adaptación en Argentina, se presentaron diversos proyectos de ley para modificar la norma que rige la protección de datos personales²⁹, se dictó la Disposición 2/2023 de la Jefatura de Ministros, aprobando las Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable³⁰ y en el mes de junio de 2023 se presentó un proyecto de ley sobre protección de datos personales y privacidad de niñas, niños y adolescentes en el uso y acceso a plataformas digitales.³¹

A fin de combinar la protección de datos que deben proporcionarse a los software que utilizan IA y que en este trabajo se proponen como apoyos para garantizar el derecho a la educación del colectivo en estudio, se destaca la Recomendación 3 efectuada por la REDIPD en cuanto a Incorporar la privacidad, la ética y la seguridad, desde el diseño y por defecto, se toma la privacidad como un componente esencial del diseño y arquitectura del software o algoritmo (REDIPD, 2019)³².

Tomando en consideración las cuestiones éticas planteadas y la necesaria protección de datos sensibles, si estos sistemas pueden detectar las falencias, los conocimientos previos, retroalimentar teniendo en cuenta el contexto en que se utiliza y de quien utiliza el sistema, moldear los conocimientos en base al trabajo que se esté desarrollando, se puede decir que el ordenamiento jurídico argentino brinda herramientas atractivas que permiten sostener el proceso de enseñanza –aprendizaje cuando un NNA atraviese una internación por una afección en su salud mental, adhiriendo a la flexibilidad y autogestión que plantea el sistema, recalcando que el uso de los mismos servirá como herramientas mientras se desarrolló la situación de salud específica.

Datos en la Inteligencia Artificial, disponible en <https://www.redipd.org/sites/default/files/2020-02/guia-recomendaciones-generales-tratamiento-datos-ia.pdf>; Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) (2019). Recomendaciones del Consejo sobre Inteligencia Artificial. Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>;

29 Ver entre otros: Proyecto de Ley 283-PE-2018 sobre Datos Personales, disponible en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/283.18/PE/PL>, compulsado el 15 de junio de 2023; Proyecto de Ley 5310-D-2022 sobre Protección Integral de los Datos Personales. Régimen. Derogación de las leyes 25326 y 26343; Proyecto de Ley 0070-D-2020 sobre modificación Ley 25.326, disponibles en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0070-D-2020&tipo=LEY>; compulsado el 15 de junio de 2023

30 Jefatura de Gabinete de Ministros, Subsecretaría de Tecnologías de la Información, Disposición 2/2023, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-2-2023-384656/texto>, compulsado el 15 de junio de 2023

31 Proyecto de ley 2370-D-2023 sobre Entornos digitales cuidados para niñas, niños y adolescentes, disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html>

32 En el mismo sentido ver: Flores Viviar, J. M. y García Peñalvo, F. J., (2022). Reflexiones sobre la ética, potencialidades y retos de la Inteligencia Artificial en el marco de la Educación de Calidad (ODS4). Comunicar, Revista Científica de Comunicación y Educación, 74, (2023-1), 37-47

Conclusiones

La utilización que se pretende incorporar de estos sistemas implica considerar que las TICs en el proceso educativo no se reducen a "clases de informática" o "clases de computación", sino que las mismas deben ser imaginadas como herramientas de enseñanza-aprendizaje y como dispositivos o recursos jurídicos que habilitan el repensar la idea de educación como "normalizadora" o "estandarizada"

Si bien no es novedoso decir que la tecnología atraviesa todos los aspectos de la vida humana, lo desarrollado en este trabajo puede constituir un avance en la aplicación de las mismas a un universo que en la realidad social aparece invisibilizado.

Pensar en un esquema o red de apoyos para este grupo etario, sin necesidad de restringir su capacidad sino al solo fin de asegurar el ejercicio de derechos, y buscar diseñar además un esquema de control de estos últimos, son objetivos delineados para trabajar en la búsqueda de evitar vulneraciones de derechos y en pos de garantizar su ejercicio, especialmente el derecho a la educación

Sin embargo, el planteo ha sido claro, en estos nuevos caminos que trazan las nuevas tecnologías no debemos dejar de lado las implicancias éticas y la misión de respetar como máxima la dignidad humana, la utilización de las TICs y de la IA ayudan a garantizar un derecho consagrado en los instrumentos internacionales pero ellas nos deben ser generadoras de nuevas categorías que impliquen discriminación o vulneración de derechos para NNA que se encuentran en situación de discapacidad.

Referencias bibliográficas

- Aimar, Elizabeth (2019). Los incómodos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. PAIDÓS.
- Alberdi, María Cristina (2010). Educación y Tic. Reflexiones acerca de la virtualización. En Castro Rojas, Sebastián (coordinador). TICs y Educación. *Experiencias Pedagógicas y Reflexiones sobre el uso de las TICs en el aula*. Rosario. Editorial Del Castillo.
- Burbules, Nicholas C. (2007). Riesgos y promesas de las TIC en la educación. En Magadán Cecilia y Kelly, Valeria (compiladoras) *Las TICs. Del Aula a la Agenda Política*. UNICEF-UNESCO
- Castro, Santiago, Guzmán, Belkys, y Casado, Dayanara, (2007). Las TICs en los procesos de enseñanza y aprendizaje. *Laurus Revista de Educación*, 13, (23), 213-234
- Cabero Almenara, Julio y Fernández Batanero, José M. (2015). Una mirada sobre las TIC y la Educación Inclusiva. *Comunicación y pedagogía. Nuevas tecnologías y recursos didácticos*, 279-280, 38-42
- Durango Hernández, Jairo A., y Pascuas Rengifo, Yois Smith (2015). Los sistemas tutores inteligentes y su aplicabilidad en la educación. *Revista Horizontes Pedagógicos*. 17 (2): 104-116
- Fernández, Silvia E. (2021). De libertades apoyadas - La designación de apoyos sin restricciones a la capacidad jurídica. Rubinzal on line. RC D 613/2021
- Laufer Cabrera, Mariano (2020) <<El nuevo rol de la Defensa Pública en las internaciones de salud mental. El derecho a ser oído y la garantía de Derecho Humanos. La experiencia de la "Unidad de Letrados" de la Defensoría General de la Nación>> en Kraut, Alfredo J. (director.) *Derecho y Salud mental. Una mirada interdisciplinaria*. Tomo I, Santa Fe. Rubinzal Culzoni

- Muslera, Haydeé, (2016). La educación inclusiva como derecho. En Eroles, Carlos y Fiambreti, Hugo (compiladores) *Los derechos de las personas con discapacidad. Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantiza*. Buenos Aires. EUDEBA
- OCDE, 2019. Recomendaciones del Consejo sobre Inteligencia Artificial. Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Compulsado el 13 de Febrero 2023
- Pagano, Luz (2015) <<La salud mental en el Derecho de familia>>. En Krasnow, Adriana N. (directora) *Tratado de Derecho de Familia. Una introducción al estudio del derecho de familia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley
- Pérez Gallardo, Leonardo B. (2019). El derecho a la educación inclusiva de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Su reflejo en la jurisprudencia constitucional iberoamericana. *La Ley On Line*, AR/DOC/3683/2019
- Red Iberoamericana de Protección de Datos (REDIPD) (2019), *Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial*, disponible en <https://www.redipd.org/sites/default/files/2020-02/guia-recomendaciones-generales-tratamiento-datos-ia.pdf>, compulsado el 12 de junio de 2023
- Schapira, Debora, (2021). Inteligencia artificial: un nuevo desafío para la educación. En Corvalán, Juan G. (director). *Tratado de inteligencia artificial y derecho*. T.III. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley
- UNESCO (2019), *Consenso de Beijing sobre la inteligencia artificial y la educación*. Disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000368303>
- UNESCO (2021 a), *Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial*. Disponible https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa, compulsado el 12 de junio de 2023
- UNESCO (2021 b). *International Forum on AI and the futures of education developing competencies for the AI era*, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377251> compulsado el 12 de junio de 2023

La Antropología y los problemas de la ética de la Investigación en pueblos originarios. Reflexiones para una bioética multidisciplinar

Anthropology and the problems of research ethics in native peoples. Reflections for multidisciplinary bioethics

Luciana Marina Sanchez¹ Luciano Centineo Aracil²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)03](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)03)

Fecha de envío: 05.04.2023

Fecha de aceptación: 10.07.2023

RESUMEN:

Por ser una disciplina holística y transcultural, la Antropología contribuye al estudio de la ética de la investigación. En este contexto, la ética de la investigación en los pueblos originarios es una temática poco desarrollada en la literatura y en las regulaciones internacionales cuyos principales problemas éticos son el respeto por la autonomía y los derechos individuales y grupales de estas comunidades. Para desarrollar algunos de estos problemas, el objetivo de este trabajo es presentar el caso de la investigación oftalmológica llevada a cabo en la Isla de Pascua (Chile) en 2003 a fin de resaltar la importancia de la ética de la investigación en grupos vulnerables. Asimismo, se considera que la Antropología puede contribuir significativamente en este campo. Si bien ya han sido publicados previamente estudios sobre el caso, la originalidad del presente trabajo radica tanto en el análisis *in extenso* de algunos de los aspectos antes señalados de la ética de la investigación como en la valoración de las contribuciones que puede realizar la Antropología en el campo interdisciplinario de la bioética. En síntesis, se considera que la relación entre la antropología y la bioética no solo es necesaria para comprender la relevancia del trabajo con grupos vulnerables, sino que es muestra de la obligación de establecer puentes conceptuales en el campo de la ética de la investigación con seres humanos.

ABSTRACT

As a holistic and transcultural discipline, Anthropology contributes to the study of research ethics. In this context, the ethics of research on native peoples is a topic that is little developed in

1 Odontóloga. Doctora de la Universidad de Buenos Aires. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6538-7478>. Correo electrónico: lucianamsanchez@hotmail.com

2 Antropólogo. Especialista en Bioética (FLACSO). ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9285-5464>. Correo electrónico: lcentineo@iuriverplate.edu.ar

the literature and in international regulations, whose main ethical problems are respect for the autonomy and the individual and group rights of these communities. In order to develop some of these problems, the objectives of this paper are to present the case of the ophthalmological research carried out on Easter Island (Chile) in 2003 and to establish the link between anthropology and research ethics. The originality of the present work lies both in the analysis in extenso of some of the above-mentioned aspects of research ethics and in the assessment of the contributions that Anthropology can make in the interdisciplinary field of bioethics.

PALABRAS CLAVE: Antropología; ética en investigación; pueblos originarios.

KEY WORDS: Anthropology; research ethics; native people.

I. Introducción

*"No sé qué andan buscando con nuestra sangre...
¡Querían hacer prietas con nuestra sangre!"³*

La Antropología es la ciencia que estudia la diversidad humana, su pasado, su presente y su futuro. En tal sentido, se interesa por los problemas que aquejan a las sociedades industriales modernas, no obstante, su interés también se extiende a los lugares más recónditos de la tierra: desde las llanuras congeladas de Canadá y Alaska donde habitan los esquimales hasta los sofocantes desiertos del Sahara y Kalahari, donde moran distintos pueblos cazadores recolectores. Compreendida entonces como la disciplina que estudia la humanidad, los pueblos antiguos y modernos y de sus estilos de vida (Harris, 2011) o al conocimiento global del hombre considerando toda su extensión geográfica e histórica (Levi Strauss, 1987), la antropología puede considerarse una disciplina holística y transcultural (Kottak, 2014).

Sin embargo, esta particularidad y amplitud de su objeto de estudio implica el desafío de una dimensión ética que dé respuesta al relativismo cultural y el respeto a la otredad. Como señala Seelenfreund (2008), "la relación entre la ética de investigación y comunidad es uno de los temas más importantes que enfrenta el antropólogo". Esto es razonable ya que es el antropólogo quien suele ingresar a territorios "extraños" para describir el exotismo de otras prácticas, creencias, normas y valores. En definitiva, de otros modos de vida.

Si bien es cierto que cualquier disciplina científica contiene una dimensión ética a la cual se debe dar cuenta, la antropología adquiere una necesidad de vigilancia aún más apremiante, precisamente por su cualidad transcultural, entendida esta como el interés de describir las distintas culturas en sus propios términos, pero estableciendo patrones estructurales que trascienden las fronteras culturales. Así lo expresa su propia historia: puede considerarse el final del siglo XIX cuando la antropología se formaliza como ciencia, coincidiendo con el momento de expansión de Occidente sobre las culturas no industrializadas. Es ese contexto donde el etnógrafo fue destinado a describir y explicar ese "otro cultural", muchas veces plagado de supuestos netamente etnocéntricos (Boivin et al, 2000). Un ejemplo de ello es el "Diario de campo en Melanesia" de Bronislaw Malinowski quien generó una gran polémica tras su publicación postmortem en 1967 debido a la presencia de conceptualizaciones controvertidas y prejuiciosas.

3 La frase corresponde a una entrevistada, Olga (64 años) y fue extraída de Weisner y Fajreldin (2004)

Sin embargo, es cierto que los primeros trabajos etnográficos contribuyeron a la apertura de occidente a otras cosmovisiones e identidades culturales a través de sus descripciones e interpretaciones, "...la etnología parece ser el único puente extendido entre la civilización occidental y las civilizaciones primitivas. O, si aún es posible un diálogo, entre esos extremos separados, la etnología es la que permitirá que Occidente lo entable" (Clastres, 2000).

Dicha apertura, sentó las bases para la posterior configuración de la expansión de Europa sobre los pueblos no europeos. Aunque claramente, estos procesos no son resultado director del trabajo antropológico, es cierto es que la antropología de herencia iluminista del Siglo XIX construyó la imagen del "otro" cultural en términos de diferencia, en definitiva, como salvaje. (Boivin et al, 2000)

Consideramos que la antropología puede y debe contribuir necesariamente con la ética de la investigación por dos razones: por su herencia y por su método. Por un lado, debe hacerlo por las razones antes mencionadas, pero por el otro, puede hacerlo por poseer un conjunto de métodos y técnicas que presenta como un testigo privilegiado de la diversidad cultural, lo que le permite comprender y respetar otras cosmovisiones y otros modos de vida.

No obstante, a pesar de su largo recorrido histórico por los pueblos originarios, y culturas "exóticas" como lo muestra la célebre obra "Los argonautas del Pacífico Occidental" sobre los trabajos de campo de Malinowski en Nueva Guinea, trabajos de Levi Strauss en Brasil en la década de 1930 o las descripciones de los Nuer de Evans Pritchard en África I, Muñoz del Carpio Toia (2021) nos advierte que la ética de la investigación en este tipo de comunidades es un tema aún no desarrollado suficientemente en la literatura y en las regulaciones internacionales. Según la autora, la investigación con pueblos originarios pertenece a un ámbito de la bioética que debe ser profundizado y debe abordar temas referidos a la protección de estos grupos, el consentimiento informado, el respeto de la autonomía y de los derechos individuales y grupales de estas comunidades, como así también los problemas clásicos de confidencialidad, estigmatización, discriminación, entre otros.

Por otra parte, también Meza Salcedo (2017) resalta la necesidad de que dichas investigaciones tomen en cuenta las propias cosmovisiones y epistemológicas y la situación de vacío que existe actualmente en este tipo de propuestas en la ética de la investigación.

Lamentablemente, la literatura demuestra que existieron numerosos ejemplos de serios problemas éticos en la investigación con seres humanos en pueblos originarios o en comunidades indígenas de América Latina (Fuentes y Revilla, 2007). Otro ejemplo pero de América anglosajona es el estudio Huavuspai en Arizona, Estados Unidos (Mello y Wolf, 2010). El caso de la tribu indígena Havasupai es un estudio sobre la diabetes de 1990 en el que investigadores de la Universidad del Estado de Arizona, Estados Unidos recogieron más de 200 muestras de sangre de miembros de la tribu. El formulario de consentimiento informado describía el proyecto como un estudio sobre causas de trastornos en el comportamiento y desórdenes médicos, sin embargo, las comunicaciones previas al estudio llevadas a cabo con los líderes tribales sólo se enfocaron en el de la diabetes. Los investigadores utilizaron las muestras en múltiples estudios no relacionados con la diabetes e incluso las compartieron con otros investigadores para otros estudios. Los miembros de la tribu se opusieron especialmente a tres usos: un estudio genético de

la esquizofrenia, que podría estigmatizar a la tribu; un estudio sobre la endogamia, que planteaba preocupaciones relacionadas con creencias culturales familiares y estudios de genética evolutiva que sugerían que, contrariamente a la historia sobre el origen de la tribu, sus antepasados emigraron a través del mar de Bering. Además de ser un claro caso de engaño, la utilización y difusión de esos datos sobre la comunidad académica expuso a los habitantes de esta cultura a procesos de vulnerabilidad y discriminación.

Una investigación con características semejantes se llevó a cabo sucedió en Chile, en el año 2003 con la población Rapanui, una cultura que representa un ejemplo de aislamiento geográfico y que, sostiene una cosmovisión basada en el animismo y en las creencias ancestrales de origen polinésico. Considerando la relevancia del mismo en el contexto de la ética de la investigación realizada en comunidades indígenas, el objetivo de este trabajo es presentar el caso de la investigación oftalmológica que llevó a cabo el equipo de la Universidad de Iowa (Estados Unidos) en la Isla de Pascua (Chile) como base para desarrollar problemas de la ética de la investigación con seres humanos tales como el concepto de vulnerabilidad, el proceso de consentimiento informado, el respeto a la autonomía, la invasión de la privacidad y el engaño, entre otros.

Ahora bien, dicho análisis nos servirá como estrategia para conducirnos hacia el segundo objetivo del presente trabajo, el de establecer el lugar que tiene la antropología como una disciplina estrechamente vinculada a la ética de la investigación. En tal sentido, argumentaremos que dicha ciencia tiene la responsabilidad de contribuir significativamente en este campo, no solo por su tradición disciplinar sino, por su objeto y técnicas de investigación que la hacen testigo privilegiado de ese “otro”.

Vale una aclaración preliminar: la investigación antes citada fue abordada ya por otros autores (Weisner y Fajreldin, 2004; De Ortuzar, 2018), sin embargo, la originalidad del presente trabajo radica tanto en el análisis in extenso de algunos de los aspectos antes señalados de la ética de la investigación, como así también en la valoración de las contribuciones que puede realizar la antropología en el campo de la bioética. En consecuencia, a través del análisis bibliográfico se espera poder abrir camino a nuevos debates, a nuevos problemas que nos permitan reflexionar sobre la relación ciencia-sociedad y fomentar el respeto a la diversidad en el ámbito bioético.

II. La investigación oftalmológica en Rapanui

La isla de Pascua pertenece actualmente al estado chileno y se encuentra sobre el océano Pacífico a 3700 km. de la costa chilena, considerándose la isla habitada más alejada del continente. Por esa razón, su aislamiento geográfico se ha transformado a lo largo de la historia en un indudable atractivo para las investigaciones sociales, pero sobre todo genéticas, las cuales han sido realizadas sin respeto por su cultura. (Weisner y Fajreldin (2004)

Manuel Santos (2008) ha resaltado que los estudios genéticos en comunidades aborígenes han provocado debates éticos nacionales e internacionales, por ejemplo, la violación a la privacidad médica y personal, la esterotipificación de individuos y familias, la discriminación basada en datos médicos o genéticos, entre otros. Asimismo, fuera del ámbito biomédico, la población Rapanui ha sido víctima de saqueos que han vulnerado su identidad y su patrimonio cultural. Fe de ello es la exhibición del moai Hoa Hakananai'a, una de las esculturas monolíticas emblemas de la isla, en el Museo Británico de Londres. El moai Hoa Hakananai'a, figura a la que los indígenas reconocen como un referente de

paz frente a las guerras entre clanes de la isla, fue sacado por la tripulación al mando de Richard Powell sin autorización en 1868 de Orongo, una aldea ceremonial de la isla, aprovechando la fragilidad de una población entonces diezmada a un centenar de personas (Bartlett, 2018).

Según detallan Wiesner y Fajreldin (2004), epidemiológica y sanitariamente, la cultura Rapanui se trata de un grupo humano extremadamente vulnerable, situación agravada por su posición geográfica y política-administrativa, lo que reduce considerablemente el principio de autonomía, de respeto a la persona y de justicia. Teniendo esto en cuenta, las investigaciones con humanos deberían velar por la seguridad de los sujetos de investigación.

A pesar de ello, un programa de salud conformado por médicos chilenos y un equipo de investigación genética de la Universidad de Iowa (Estados Unidos), con acuerdo de organismos públicos y de cierto sector del gobierno chileno, ingresó a la isla con el objetivo de hacer revisiones oftalmológicas entre los Rapanui a cambio de “atención gratuita” oftalmológica y la entrega de anteojos (Weisner y Fajreldin, 2007; Seelenfreund A, 2008). Sin embargo, el equipo aprovechó la ocasión para realizar extracciones de sangre para buscar marcadores de degeneración macular relacionada con la edad (DEMRE), una patología sobre la retina que afecta a la población adulta mayor, una de las primeras causas de la ceguera legal, sobre todo en países con población longeva (Verdaguer, 2010). En dicha intervención, se obtuvieron muestras de más de la mitad de la población mayores de 60 años y de un total de 500 personas (Wiesner y Fajreldin, 2007).

Un primer eje de análisis para el abordaje del problema ético planteado es el de la vulnerabilidad: ¿es el pueblo Rapanui un grupo vulnerable? Esto se desarrollará más claramente en otro apartado, pero anticipamos que, a pesar del gran debate existente en la literatura bioética, los pobladores de la Isla de Pascua pueden ser considerados bajo ese concepto.

En primer lugar, en relación a lo que definen las pautas y documentos internacionales. Las Pautas CIOMS-OMS (2016) mencionan a los grupos étnicos y raciales minoritarios como sujetos vulnerables y lo mismo sucede con lo que expresa la Guía de Buenas Prácticas Clínicas de la Conferencia Internacional de Armonización (ICH) (1998). Las Pautas de CIOMS-OMS señalan que son individuos convencionalmente considerados vulnerables aquéllos con capacidad o libertad disminuida para consentir o abstenerse de consentir. En lo que respecta a la investigación, comprende como sujetos vulnerables a los siguientes grupos: personas con trastornos mentales o conductuales, mujeres embarazadas, niños, sujetos jóvenes o miembros subordinados de un grupo jerárquico, estudiantes de medicina y enfermería, personal subordinado de hospitales y laboratorios, empleados de compañías farmacéuticas y miembros de fuerzas armadas o policía, adultos mayores residentes de casas de reposo, personas que reciben subsidios o asistencia social y otras personas pobres y desempleadas, pacientes de emergencia, algunos grupos étnicos y raciales minoritarios, personas desamparadas, nómades, refugiados o desplazados, prisioneros, pacientes con enfermedades incurables, personas que tienen enfermedades graves potencialmente invalidantes o mortales, individuos sin poder político y miembros de comunidades no familiarizadas con conceptos médicos modernos.

En segundo lugar, es posible pensar al pueblo Rapanui como grupo vulnerable a partir de algunos desarrollos teóricos dentro del campo de la bioética. En tal sentido, el concepto de capa de vulnerabilidad de Luna (2008) nos permite trascender un enfoque esencialis-

ta que categoriza a un grupo de personas de manera permanente, sino que nos obliga a pensar a la vulnerabilidad en torno a situaciones y contextos determinados. La utilización errónea del consentimiento informado, el engaño y la falta de protección a las personas en la investigación representan nuevas vulnerabilidades para los pobladores de la isla de Pascua. Reconocer estas cuestiones permiten adoptar una mayor protección a la hora de seleccionarlos como sujetos de investigación.

Un segundo eje de análisis del presente artículo es el de la utilización del consentimiento informado. En ese punto, Wiesner y Fajreldin (2004) describen que los más ancianos eran llamados a firmar rápidamente “unas hojas” sin posibilidad de leer lo que había escrito en ellas. Este hecho atenta claramente contra el principio de autonomía, ya que la falta de comprensión sobre los derechos y obligaciones de los sujetos de experimentación conduce a la imposibilidad de una toma de decisiones basadas en la libertad y el respeto. Se volverá sobre ello más adelante. Sin embargo, lo más llamativo y alarmante del caso es la justificación de los investigadores ante la extracción de sangre:

En relación con la argumentación para justificar la extracción de sangre, quienes efectuaban los procedimientos no poseían una versión común, adecuándose ésta a quien preguntaba. Así, las versiones iban desde que “*venimos a buscar la raíz de Hotu Matu’a*”; que se trataba de exámenes para Cataratas; o exámenes de rutina para la diabetes e incluso el cáncer (Wiesner y Fajreldin, 2004: 270)

En este punto quisiéramos hacer un paréntesis antes de continuar para destacar que, además de los problemas éticos que representó la toma del consentimiento informado, también se trató de un caso de engaño y manipulación. No solo por las extracciones de sangre, sino por el uso de elementos simbólicos de su propia cosmovisión con fines persuasivos, lo que lo transforma en un doble engaño desde el punto de vista antropológico y bioético.

Organismos internacionales y normativas de protección a la diversidad étnica tales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2004), el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, No. 169, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (1989), la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992) destacan claramente la autoidentificación y la importancia sobre el origen como elemento crucial de estas poblaciones. Específicamente, para el pueblo Rapanui, Hotu Matu’a es la figura central de su mito de origen, quien desembarcó por primera vez en la isla y se convirtió en el primer rey, lo que lo transforma en una figura central de su cosmología. En tal caso, ¿podría tratarse de una situación de coerción contra la voluntariedad de los pobladores al hacer uso de sus propias creencias para justificar su investigación?

Retomando la importancia del consentimiento informado como primer requisito hacia el respeto de la autonomía de las personas, debemos considerar previamente dos cuestiones fundamentales: por un lado, que el consentimiento informado es una condición necesaria pero no suficiente para evaluar éticamente una investigación (Luna, 2021b) y por otro, que es necesario brindar un consentimiento informado culturalmente adecuado a las comunidades aborígenes (Muñoz del Carpio Toia, 2021). En cuanto al primer punto se destaca la necesidad de interpretar el consentimiento informado no como un documento burocrático sino como un proceso. Para eso la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia Internacional de Armonización (ICH E6) (1998) define al consentimiento in-

formado como un proceso por el cual un sujeto confirma voluntariamente su disposición a participar en un ensayo clínico, luego de haber sido informado de todos los aspectos para la decisión de participar. Por lo tanto, el lenguaje empleado se vuelve un factor primordial para lograr dicha disposición voluntaria (Cardoso y Calabró, 2005). Esto es aplicable a grupos vulnerables. Pero se vuelve aún más relevante en el caso de los pueblos originarios, ya que ese lenguaje se encuentra enmarcado en una matriz semiótica proporcionada por su visión del mundo.

Existe un detalle a tener en cuenta que es el concepto de vulnerabilidad de grupo, ya que resulta conveniente en ciertas ocasiones evitar la clasificación del uso de dicho concepto a grupos enteros. Sin embargo, si se sigue con lo establecido por las Pautas éticas internacionales para la investigación (2016) relacionada con la salud con seres humanos, los comités de ética deben prestar especial atención a grupos o comunidades que tengan recursos limitados o dificultades de acceso para atención médicas.

En términos generales, la isla de Pascua presenta serios impedimentos para el acceso a recursos alimenticios básicos. Muchos de los productos que se distribuyen por la isla para consumo doméstico son los que llegan a través de un vuelo diario que viene del continente. El resto de la dieta se complementa con productos de la pesca y de las escasas posibilidades de la agricultura, producto de los reducidos campos de cultivos. Por otro lado, la salud también reviste serias dificultades para la isla. Al menos hasta el 2018 existía un pequeño hospital en su poblado más importante, Hanga Roa. Las grandes intervenciones y tratamientos debían realizarse a 4500 km. de distancia en territorio chileno. Claramente estos dos datos nos permiten atribuir al pueblo Rapanui una capa de vulnerabilidad en el sentido de Luna (2008).

Asimismo, como señala Seelenfreund (2008) en su análisis sobre el caso Rapanui, oficialmente se cumplieron con el protocolo los pasos de hacer firmar a los “pacientes” un documento de consentimiento, pero la mayoría de ellos presentaba un uso precario del español y pocas habilidades de lectura, y tal como ellos mismos informaron, “sin posibilidad de leer el documento”.

Un tercer eje ético de análisis que debe resaltarse con relación a la “participación” del Pueblo Rapanui en el estudio oftalmológico es que, informar a los sujetos de los resultados, es una obligación post-investigación. Como lo indica el parágrafo 33 de la Declaración del Helsinki (1964) “al final de la investigación, todos los pacientes que participan en el estudio tienen derecho a ser informados sobre sus resultados y a compartir cualquier beneficio, por ejemplo, acceso a intervenciones identificadas como beneficiosas en el estudio o a otra atención apropiada o beneficios”.

En cuanto a este punto, las antropólogas que siguieron el caso fueron muy claras: “Para calmar las suspicacias emergentes, se ofreció a los isleños “los resultados de los exámenes” que, por cierto, a un año y medio de lo sucedido, no ha llegado a la isla” (Wiesner y Fajreldin, 2004 p. 270). Claramente, los resultados de las muestras de sangre y el análisis genético tampoco fueron informados y solo permitieron beneficiar a la población de Estados Unidos en términos de conocimiento científico, ya que estos pueden traducirse en nuevas licencias farmacológicas que conllevan un valor monetario que incluso el mismo pueblo Rapanui no puede costear. Con respecto a esto último, acordamos con De Ortúzar (2018) en cuanto a la desigualdad existente entre investigación en salud y el acceso a los

medicamentos y las consecuencias que adquieren las asimetrías de poder entre los laboratorios y los países desarrollados y los países en desarrollo. Esto a conducido entre otras cosas a “habilitar investigaciones que dañan a personas, grupos y comunidades vulnerables e impedir el acceso a medicamentos esenciales” y “desarrollo de investigaciones en nuestras comunidades de países en desarrollo, por los altos costos de los mismos y por no financiar las enfermedades endémicas, huérfanas, de nuestra región” (2018, p. 267)

Por otro lado, en relación a los beneficios que deben obtener los sujetos de la investigación los anteojos entregados por el equipo a los participantes como parte de estos beneficios difícilmente puedan ser justificable en términos éticos. Un detalle relevante es la cuestión de los estudios genéticos y su relación al consentimiento, la privacidad y la confidencialidad. A tal punto, la Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos de la Organización de las Naciones Unidas tiene como objetivo velar por el respeto a la dignidad humana y la protección a los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos (Taobada Lugo, 2017), a considerar ya que el caso aquí analizado parece no solo no respetar el consentimiento informado sino no ser claro en cuanto al manejo de la información genética, lo cual puede resultar en caso de abusos y estigmatización del pueblo en un futuro.

III. Entre la participación y la vulnerabilidad de los pueblos indígenas

Como indica Muñoz del Carpio Toia (2021, p. 7), “la falta de equidad en el acceso a la salud y a la ciencia, así como la orfandad terapéutica es el resultado de la discriminación de ciertos grupos minoritarios de la población” En tal sentido, la tendencia actual es incentivar la inclusión de todos los grupos humanos en la investigación científica. Sin embargo, esto exige disponer de un cuidado especial y de los medios para proteger sus derechos y bienestar como sugiere la pauta 13 CIOMS-OMS. Por lo tanto, se trata de un caso de “equilibrio inestable entre acceso y protección” (Melamed, 2021). Sería interesante entonces considerar aquí el concepto de “capas de vulnerabilidad” de Luna (2008) que se mencionó en el apartado anterior.

Existen innumerables referencias al concepto de vulnerabilidad, incluso al punto de que algunos autores (Levine y otros, 2004) sostienen que su misma magnitud termina por volverlo superfluo y aplicable a cualquier situación. Luna (2008) propone considerar el aspecto dinámico y contextual del concepto como parte de su propio contenido, donde pueden coexistir diferentes vulnerabilidades operando. Esta mirada ofrece la posibilidad de un análisis relacional y multinivel del concepto, donde “estas capas pueden superponerse y algunas pueden estar relacionadas con problemas del consentimiento informado, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales”.

A su vez, esta propuesta presenta la cualidad de agregar la dimensión contextual del concepto, Tal como lo expresa Luna (2008):

“La vulnerabilidad no debería ser entendida como una condición permanente y categórica, una etiqueta que es aplicada a alguien bajo ciertas circunstancias (como la falta de poder o incapacidad) y que persiste durante toda su existencia. No es un concepto de todo o nada: un rótulo que incluye o excluye a un grupo particular. Más que considerarla una etiqueta o una característica esencial, debería ser analizada de esta manera más sutil.”(2008, p. 9)

Entonces, ¿por qué es importante adoptar este concepto para el caso de la cultura Rapanui? Porque nos permite liberarnos del esencialismo en el que muchas veces cae el término vulnerabilidad. Ya no se trata de una característica intrínseca de una persona o grupo, sino de un sistema de relaciones. Esto nos lleva a repensar a las poblaciones de la Isla de Pascua desde numerosas perspectivas, más allá de lo que establecen las normas internacionales. El hecho de ser un grupo étnico y minoritario lo ubica en la categoría de vulnerable, pero esto a veces soslaya otras capas, como el hecho de que el estudio se llevó a cabo con ancianos, muchos analfabetos (o que no podían leer el español) o que se utilizó su propia cosmovisión para lograr el consentimiento, que se trata de una población aislada geográficamente, con un importante nivel de pobreza, que se invadió su medicina tradicional y sus creencias espirituales con respecto a la salud. Como señalan las autoras Weisner y Fajreldin (2004) la sangre tiene es percibida de forma ambivalente, por ejemplo, vinculada a la reproducción y a lo sexual (sangre femenina) y se presenta ligadas a ciertos tabúes, también afirman que genera temor entre sus habitantes y su extracción suele estar asociada al riesgo.

En términos generales la medicina de los pobladores de la isla de Pascua puede ser conceptualizada como "tradicional, donde sobreviven "ciertas nociones polinésicas y algunas prácticas ligadas a ella coexistiendo con nuevas prácticas y elementos de farmacopea" (Pérez Moscoso y Dides Castillo (2005, p. 49). En línea con esto, el trabajo de Leyton (2004) también hace referencia a diversos tratamientos ligados a la sanación y el cuidado entre las mujeres Rapanui, resaltando la combinación entre la medicina tradicional (a base de aceites, hierbas y masajes)

Otro aspecto que hay que considerar en base a la relación entre la cosmovisión Rapanui y el concepto de salud es el concepto de mana, una fuerza sobrenatural impersonal que se concentra en personas y objetos que presenta un origen polinésico (Barfield, 2000).

Con respecto a esto último, la declaración de la ONU sobre el derecho de los pueblos indígenas (2008) describe en su artículo 23 que dichos pueblos tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones. Además, los habitantes de la Isla de Pascua presentan una larga tradición de abusos y conflictos con Chile en términos políticos y económicos.

Siguiendo lo definido por Luna (2008), cada uno de estos acontecimientos añaden una capa más de vulnerabilidad a un grupo, ya de por sí, vulnerable en términos legales. Por lo tanto, este concepto permite dimensionar la situación de dicho pueblo para exigir se tomen los recaudos necesarios para proteger los derechos de los pueblos originarios.

¿Qué deberían haber hecho los investigadores para ello? En primer lugar, consultar a la comunidad y hacerla participar en todo el proceso de investigación, brindar la información adecuada (respetando sus costumbres y su cosmovisión) y disponer de beneficios directos para la población en términos de salud y dar protección a la integridad, la confidencialidad y privacidad de su información.

IV. De la Isla de Pascua a una cuestión de justicia global

El caso de la isla de Pascua no solo es representativo de la vulnerabilidad de los principios

básicos de la investigación con sujetos humanos, sino que se trata de un ejemplo con las cualidades necesarias para abrir el debate sobre la justicia en salud. ¿Por qué? Entre otras cosas, porque los datos obtenidos de la muestra de sangre de sus pobladores sirvieron para investigar sobre enfermedades que fueron ajenas a ellos y donde los isleños no obtuvieron ningún beneficio directo ni indirecto. Y, a su vez, estos siguen teniendo un acceso más que restrictivo a la salud pública. Como afirma la Organización Mundial de la Salud, año el 90% de los recursos en la investigación están orientados al 10% de las enfermedades en salud pública; mientras que solo el 10% de los recursos está destinado a los problemas de salud que afectan al 90% de la población.

Aquí tomaremos el análisis de De Ortuzar (2018), quien expresa que el sistema de patentes (ADPIC) impuesto por la Organización Mundial del Comercio conducen a bajar considerablemente las oportunidades para acceder a medicamentos y tratamientos esenciales de los países y comunidades que no pueden pagar los altos costos a los cuáles se ofrecen estos productos y, a la vez, contribuye a que los países ricos investiguen en países pobres para obtener sus propios beneficios (doble estándar). En el caso realizado en la Isla de Pascua, se ha expropiado el ADN de comunidades originarias para investigaciones en países desarrollados y patentes, engañando a las mismas, y negándoles su derecho a la salud por falta de beneficios (De Ortuzar, 2018).

El caso analizado en el presente trabajo representa un ejemplo donde la salud responde a los intereses comerciales de los laboratorios, lo que puede conducir a problemas graves problemas sociales. Como afirma Luna (2021a), “La lógica del mercado, en términos de distribución de recursos, implica que las ganancias empresariales deben tener un lugar muy importante y, por lo tanto, que las enfermedades que afectan principalmente a las personas sin recursos no sean la primera opción”.

Se recordará que las investigaciones que se llevaron a cabo en la Isla de Pascua no están permitidas en los países desarrollados y se ha buscado comunidades homogéneas para apropiarse de su ADN para crear bases de datos para realizar distintas investigaciones, reduciendo los costos de estas.

Para Luna (2021a), el problema del doble estándar en investigación, el conflicto de intereses (donde se privilegian los intereses financieros por sobre el interés en el beneficio del individuo o de la comunidad) y la falta de protección a los grupos vulnerables atenta contra los derechos humanos y plantea un problema de justicia global. A su vez, apuesta a una ética “decolonial” y afirma que los pueblos originarios (o comunidades aborígenes) deberían tener su propia ética de la investigación. Esto implicaría el derecho de las comunidades e individuos a ejercer el principio de disidencia en investigaciones y patentes (derecho a no consentir), el derecho a que las investigaciones que se realicen en su comunidad sean en beneficio de esta, el derecho a acceder a la atención de la salud desde una perspectiva intercultural, el derecho de que se respeten sus creencias y su identidad en el proceso de investigación y el derecho a comités de ética pluralistas, entre otros (Urrego Mendoza et al, 2017; Fajreldin, 2022). Es interesante retomar aquí el análisis de Pogge (2003) para volver a centrar el caso en un marco internacional de la ética de la investigación y justicia global. El autor plantea tres razones por las cuales las industrias farmacéuticas y el sistema de patentes tienen una obligación moral sobre los países pobres. En primer lugar, porque estas compañías y sus propietarios están involucrados en la imposición y la obtención de beneficios económicos de un orden institucional mundial

bajo el cual la mayor parte del crecimiento económico global va a parar a los países ricos, mientras que miles de millones de personas continúan bajo la desesperada pobreza. En segundo lugar, porque las compañías farmacéuticas de los países ricos pasan por alto los problemas específicos que enfrentan los pobres globales; tal es ejemplo de la brecha 10:90 (Bustamante et al, 2014). Y por último, a pesar de que las compañías farmacéuticas de los países ricos crearon drogas que podrían utilizarse para tratar las enfermedades de los pobres globales, han optado por imponer reglas de patentes altamente restrictivas, lo que les asegura disfrutar de precios monopólicos durante veinte años. Estas reglas, claramente conducen a que los productos sean tan caros, incluso en los países pobres, que sólo son accesibles para una pequeña minoría.

V. El necesario aporte de la Antropología a la bioética

A lo largo de este trabajo se ha presentado el caso de la investigación oftalmológica (y genética) realizada en la Isla de Pascua por la Universidad de Iowa (Estados Unidos) y algunos organismos públicos del gobierno chileno y los graves problemas éticos que se presentaron. Así mismo, se sentaron las bases para pensar dicha investigación como un problema de justicia global en que las compañías farmacéuticas de los países más ricos presentan una obligación moral sobre los países en desarrollo. No obstante queda una cuestión abierta y es la relación de la antropología con la ética de la investigación.

Como se presentó al inicio del trabajo, la antropología parece tener una deuda moral por su pasado, en el que sirvió a los intereses dominantes durante gran parte de su historia al ser la encargada de estudiar y desentrañar los “misterios” y el “exotismo” de otros pueblos. Un proceso que ayudó sin duda a enriquecer nuestra concepción de la diversidad humana, pero que también contribuyó significativamente a imponer las ideologías dominantes. Pero la cuestión aquí es otra, es la del uso de la etnografía como herramienta metodológica.

Existen diferentes concepciones sobre la etnografía, pero podemos aceptar que en términos generales se trata de un encuadre que se caracteriza por la descripción y las interpretaciones situadas de los propios actores. De acuerdo con Clifford Geertz (2009), la etnografía es descripción densa, “estar allí”. Sin embargo, no podemos hablar de etnografía sin mencionar la observación participante: el etnógrafo se integra al grupo, a la cultura, para comprenderla desde adentro, en su propia trama de significados. Observa y recolecta información para comprender un mundo diferente al suyo, pero que indudablemente debe asimilar a su propio marco de referencia. Por lo tanto, la etnografía y la antropología son observadoras privilegiadas de la diversidad, del “otro” cultural y, por lo tanto, son una herramienta fundamental para comprender los aspectos simbólicos de la cultura.

El caso analizado en este trabajo presenta un indudable matiz simbólico en muchos sentidos. Por un lado, por el uso de elementos de la cosmovisión Rapanui para fundamentar la toma de muestras en la investigación. Por otro, porque la sangre es parte inherente a la noción de supervivencia en la construcción de la identidad Rapanui, en especial por los estigmas relativos a la enfermedad que han aquejado la población (lepra, dengue, fiebre amarilla (Seelenfreund, 2008). Como afirman Weisner y Fajreldin (2004), “en torno a la sangre, la cultura crea conceptualizaciones particulares, constituyendo en sí misma un fenómeno ambivalente en Rapanui. Entre hombres y mujeres Rapanui, la sangre es evidencia de numerosos aspectos considerados negativos.”

Incluso hoy, a pesar de los enormes avances en medicina en otras partes del mundo, en la Isla se puede encontrar medicina “personalística”, donde se establece el vínculo entre hombre-comunidad y el mundo sobrenatural (espíritus y mana) que implicaba el uso de rituales y personas especiales para poner en orden los asuntos entre el mundo terrenal y el espiritual (Fajreldin, 2012).

Considerar estos aspectos es central para pensar la ética de la investigación y, por ende, para proteger a los pueblos originarios del engaño, los abusos y la discriminación en futuras investigaciones. La declaración de la ONU (2007) sobre los derechos de los pueblos indígenas describe en los artículos 23 y 24 que los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud como así también a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas.

En línea con lo expresado en el párrafo anterior, Fajreldin (2010) menciona en su trabajo la importancia de considerar en el análisis de la bioética de las investigaciones biomédicas con pueblos originarios al enfoque de la Antropología Médica Crítica, para la cual todo sujeto de investigación perteneciente a una minoría étnica debiera además de ser considerado copartícipe, ser protegido de investigaciones que potencien su vulnerabilidad, aún más relevante en países en vías de desarrollo en los cuales se hacen más evidentes problemáticas derivadas de la tensión Norte-Sur, como las ya mencionadas en relación a la industria farmacéutica del apartado anterior.

Como señala Muñoz del Carpio Toia (2021) “Los pueblos indígenas cuentan con un sistema de creencias diferentes sobre el fenómeno salud y enfermedad, es decir, que estas poblaciones tienen un enfoque especial sobre las causas, diagnóstico y tratamiento de enfermedades, que muchas veces está divorciado de la medicina intervencionista”, es el antropólogo por medio de su trabajo etnográfico quien puede (y debe) contribuir considerablemente a pensar estos aspectos simbólicos de la salud y enfermedad y, de esta manera a fortalecer los aspectos éticos de la investigación en grupos vulnerables.

VI. Consideraciones finales

A lo largo de este trabajo se ha realizado un aporte a la ética de la investigación desde la antropología, lo que condujo a resaltar nuevamente el necesario carácter interdisciplinario de la Bioética.

El caso de la investigación en la Isla de Pascua en el año 2003 presentó enormes problemas éticos que van desde el engaño, el consentimiento informado, la invasión a la privacidad y la vulneración del principio de autonomía. Además, implicó serios inconvenientes con respecto a las obligaciones durante y post-intervención, como el manejo de los datos y la confidencialidad. Se recordará que el pueblo Rapanui no fue informado de los resultados y no obtuvo ningún beneficio como resultado del trabajo realizado. Además, tampoco es claro el destino de la información de las muestras de sangre, lo que podría desembocar en un caso de estigmatización y discriminación.

Por último, el caso planteado también invita a pensar sobre el concepto de justicia y salud, donde las leyes del mercado terminan por justificar el doble estándar en investigación y en una brecha cada vez más grande entre la investigación y el acceso a la salud.

En este contexto es donde emerge el rol de la antropología como aquella disciplina que permite conocer y comprender otros pueblos, otras culturas en sus aspectos simbólicos. La ética de investigación en grupos vulnerables implica necesariamente una esfera simbólica, donde las creencias, las percepciones y representaciones sociales juegan un rol protagónico. En concordancia con lo que plantean desde sus campos disciplinares De Ortúzar (2008), Vidal (2013) y Katzer y Manzanelli (2022), la antropología puede ayudar a sentar sus bases.

Referencias bibliográficas

- Alarcón, AM. (2004). Bioética de la Investigación Biomédica con Población Mapuche. *Cultura, Hombre, Sociedad (CUHSO)*, 1(1), 9-18.
- Barfield, T. (2000). *Diccionario de antropología*. México. Siglo XXI editores.
- Bartlett, J. (2018). Moai en Inglaterra: el inusitado viaje de habitantes de la isla de Pascua al Museo Británico por el famoso moai que perteneció a la Reina Victoria. *BBC News Mundo* 19-11-2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46256545>
- Boivin, Rosatto y Arribas (2000). *Constructores de otredad*. Buenos Aires. Ed. Antropofagia.
- Bustamante BJ, Mojica MC, Gulfo Diaz R, Endo Pascuas J, Idárraga J (2014). Bioética y la brecha 10/90 Bioética y la brecha 10/90: fallos, desafíos y oportunidades. *Revista Red-bioética/UNESCO*, Año 5, 2 (10): 81-93.
- De Ortúzar, M. (2018). Patentes, acceso a medicamentos esenciales, e investigaciones en comunidades originarias. Problemas éticos complejos. EN: M. De Ortúzar (Comp.). *Ética, ciencia y política: Hacia un paradigma ético integral en investigación*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. (Trabajos, comunicaciones y conferencias. Disponible en: <https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/libros/pm.776/pm.776.pdf>
- Castres, P. (2000). Entre silencio y dialogo. En: Pingaud, B y otros (1968). *Levi Strauss: estructuralismo y dialéctica*. Buenos Aires. Ed. Paidós
- Cardoso, P. y Calabró P.(2005). Investigación clínica farmacológica en pediatría: consentimiento informado y asentimiento: ¿Qué lugar tiene la voluntad de paciente pediátrico? *Archivos Argentinos de Pediatría*. Vol. 103 Nro. 2.
- De Ortúzar M. (Comp.) (2018). *Ética, ciencia y política: Hacia un paradigma ético integral en investigación*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.
- Fajreldin, V. (2010). Problemas bioéticos de la investigación biomédica con pueblos indígenas de Chile. *Acta Bioethica*; 16 (2): 191-197.
- Fajreldin, V. (2012). La medicina Rapanui en su dimensión patrimonial. En: Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. "Estudio diagnóstico del desarrollo cultural del pueblo RAPANUI". Consultado en: Web www.cultura.gob.cl/estudios/observatorio-cultural.
- Fajreldin, V. (2022). Situación de los pueblos indígenas en Chile frente a la investigación biomédica. Una mirada interdisciplinar. *Anthropologica* vol.40 no.49 Lima jul./dic. 2022 Epub 27-Feb-2023
- Fuentes D, Revilla D. (2007). Consideraciones éticas para la realización de investigaciones en comunidades nativas de la Selva Amazónica del Perú. *Rev Peru Med Exp Salud Publica*; 24(1):51-66.
- Geertz, C. (2009). *La interpretación de las culturas*. Barcelona. Ed. Gedisa

- Guerra C, Pinto-Cortez C, Peña F, Toro E, Calia C, Reid C et al. (2021). Un modelo para favorecer la ética y las buenas prácticas en investigación global e intercultural: aplicaciones en México y Chile. *Pers Bioet*; 25(2):e2524. Harris, M. (2011). *Antropología sociocultural*. España Ed. Alianza
- Kottak, P. (2014) *Antropología Cultural*. Madrid. S.A. McGraw-Hill. Interamericana de España.
- Layton Levine, C. y otros (2004). The Limitations of "Vulnerability as a Protection for Human Research Participants. *American Journal of Bioethics*, 2004; 4 (3): 44-49.
- Levis Strauss, C. (1987) *Antropología estructural*. Barcelona. Ed. Paidós Ibérica
- Luna, F. (2021a). Justicia y distribución de recursos. Clase 7. Diploma Superior en Bioética: Introducción a la Ética de la investigación, FLACSO Argentina. Disponible en: flacso.org.ar/flacos-virtual.
- Luna, F. (2021b). El consentimiento informado. Clase 4. Diploma Superior en Bioética: Introducción a la Ética de la investigación, FLACSO Argentina. Disponible en: flacso.org.ar/flacos-virtual
- Luna, F. (2008). Vulnerabilidad. La metáfora de las capas. *Jurisprudencia Argentina*, IV, fascículo N° 1, 2008, pp.: 60-67.
- Katzer L, Manzanelli M. (2022). Etnografías colaborativas y comprometidas contemporáneas. En *Introducción: 1-15 pp.* Ed. Asociación Argentina de Geofísicos y Geodistas, CABA, Argentina.
- Melamed, I. (2021). Poblaciones vulnerables: análisis y reflexiones en Torno a las Guías Internacionales. Clase 5. Diploma Superior en Bioética: Introducción a la Ética de la Investigación. FLACSO Argentina. Disponible en: flacso.org.ar/flacos-virtual.
- Mello, M y L. Wolf (2010). The Havasupai Indian Tribe Case. *Lessons for Research Involving Stored Biologic Samples*. *The New England Journal of Medicine*. Vol. 363, pp. 204-207.
- Meza Salcedo. G. (2017). Ética de la investigación desde el pensamiento indígena: derechos colectivos y el principio de la comunidad. *Revista de Bioética y Derecho*. 41: 141-159
- Milmaniene, MP (2009). Hacia una ética de la investigación orientada a la protección de las comunidades y los grupos étnicos. *FACULTAD DE PSICOLOGÍA - UBA / SECRETARÍA DE INVESTIGACIONES / ANUARIO DE INVESTIGACIONES / VOLUMEN XVI*. 249-256.
- Muñoz del Carpio Toia, A (2021). Ética de la Investigación en comunidades indígenas. Clase 4. Diploma Superior en Bioética: Problemas de la Ética de la Investigación. FLACSO Argentina. Disponible en: flacso.org.ar/flacos-virtual.
- Pérez Moscoso, M. y C. Dides Castillo (2004). *Salud, sexualidad y Reproducción. Sistematización de investigaciones y experiencias en pueblos indígenas en Chile 1990-2004*. Santiago de Chile. Corporación de Salud y Políticas Sociales CORSAPS
- Pogge, T (2003). Probando drogas para países ricos en poblaciones pobres de países en desarrollo. *Perspectivas Bioéticas*, vol 8, nro. 15, pp. 11-43
- Sandoval Forero EA y Capera Figueroa JJ (2021). Ciudadanía intercultural crítica y decolonial de nuestra América: la resistencia de los pueblos indígenas en los territorios ancestrales. *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 32, pp. 201-222.
- Santos, M. (2008) Aspectos bioéticos de los estudios genéticos en poblaciones originarias. En Kornfeld (ed). *Bioética en Investigación en ciencias sociales*. Santiago de Chile. CONICYT
- Seelenfreund, A. (2008). La investigación arqueológica: Antropología Médica en Rapa-nui: Cuestiones éticas y la comunidad. *Bioética en Investigación en las Ciencias Sociales*. Conicyt, pp. 97-114.
- Taboada Lugo, N. (2017). El consentimiento informado en la práctica asistencial e investigativa de la genética clínica. *Acta Medica del Centro*. Vol. 11, Nro. 3
- Urrego Mendoza Z, Coral Palchucán G, Aristizabal Tobler C, Bello Urrego A, Bastidas Jacananijoy L. (2017). Consideraciones éticas para la investigación en salud con pueblos

indígenas de Colombia. *Rev. Salud Pública* 19 (6):827-32.

- Verdaguer J. (2010). Degeneración macular relacionada a la edad. *Revista Médica Clínica Las Condes*. 21; 6: 949-55. DOI: 10.1016/S0716-8640(10)70620-9
- Vidal, S. (2013). Bioética y desarrollo humano: una visión desde América Latina. *Revista Actio* N° 15: 43-79.
- Weisner, M. y V. Fajreldin (2004). La Sangre de Rapanui: Historia, Poder y Bioética al Nacer del siglo XXI. Aportes para una Antropología Médica Crítica. V Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, San Felipe.

Documentos Internacionales

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Organización de las Naciones Unidas (2007) Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf
- Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2004). Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_spa
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, No. 169, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (1989). Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/indigenous-and-tribal-peoples-convention-1989-no-169>
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Art. 1 y 27 (1966). Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial Observación N° 23 (1965) Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>
- Convención sobre la Diversidad Biológica (1992). Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Guía de Buenas Prácticas Clínicas de la Conferencia Internacional de Armonización (ICH), Conferencia Internacional de Armonización. Disponible en: <https://ichgcp.net/es/introduction>
- Pautas éticas internacionales para la investigación Biomédicas en sujetos humanos, Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2002)

A garantia de acesso a creches e pré-escolas pelo Supremo Tribunal Federal como forma de preservação da saúde mental de mulheres cuidadoras

The guarantee of access to day care and pre-schools by the Brazilian Supreme Court as a way to preserve the mental health of female caregivers

Janaína Machado Sturza¹; Joice Gaciele Nielsson²; Melina Macedo Bemfica³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)04)

Fecha de envío: 17.04.2023

Fecha de aceptación: 06.06.2023

RESUMO:

O presente artigo visa discutir o trabalho do cuidado realizado por mulheres a partir de suas correlações com a saúde mental das cuidadoras e com acesso às creches e pré-escolas públicas, recentemente reconhecido como direito subjetivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pretende-se analisar em que medida a garantia de acesso às creches e pré-escolas pode ser um fator que contribui para a preservação da saúde mental das mulheres cuidadoras. Através da utilização de pesquisa bibliográfica e de breve estudo de caso, foi possível elucidar que as creches e pré-escolas podem proteger a saúde mental das mulheres cuidadoras, entre outras razões, por socializar parte do trabalho do cuidado..

1 Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, lecionando na Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Membro da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital n° 05/2019. Pesquisadora Universal CNPq – Edital CNPq/MCTI/FNDCT n° 18/2021. Editora-Chefe da Revista Direito em Debate. E-mail: janasturza@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>.

2 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento e Direitos Humanos pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Pós doutoranda pelo Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Università “G. D’Annunzio” di Chieti-Pescara. Professora Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUI. Professora do Curso de Graduação em Direito da UNIJUI. Pesquisadora da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) - Edital n° 16/2020. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: joice.gn@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3808-1064>.

3 Mestra e Doutoranda em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Professora de Direito Constitucional na UNESCO/RO. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. E-mail: melinabemfica@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo discutir el trabajo de cuidado realizado por las mujeres a partir de su correlación con la salud mental de las cuidadoras y con el acceso a las guarderías y preescolares públicos, recientemente reconocido como derecho subjetivo por el Supremo Tribunal Federal. Se pretende analizar en qué medida la garantía de acceso a las guarderías y preescolares puede ser un factor que contribuya a la preservación de la salud mental de las mujeres cuidadoras. Mediante el uso de la investigación bibliográfica y un breve estudio de caso, fue posible dilucidar que las guarderías y los preescolares pueden proteger la salud mental de las mujeres cuidadoras, entre otras razones, al socializar parte del trabajo de cuidado

ABSTRACT

This paper intent to discuss the care work performed by women from its correlation with the mental health of caregivers and with access to day care centers and public preschools, recently recognized as a right by the Brazilian Supreme Court. Based on bibliographical research and a brief case study, the aim is to analyze to what extent the guarantee of access to daycare centers and preschools can be a factor that contributes to the preservation of the mental health of female caregivers. Through the study, it is possible to conclude that daycare centers and preschools can protect the mental health of female caregivers, among other reasons, by socializing part of the care work.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho do cuidado; Redes de Apoio; Saúde Mental; Sociedade do Cansaço.

PALABRAS CLAVE: Trabajo de cuidados; Redes de apoyo; Salud mental; Sociedad del Cansancio.

KEY WORDS: Care work; Support Networks; Mental Health; Tiredness Society.

I. Introdução

O conhecido adágio afirma que "ser mãe é padecer no paraíso". Apesar da uma suposta exaltação da maternidade, é necessário destacar que junto ao paraíso está colocado o vocábulo padecer, que possui como significado sofrer de mal físico ou moral, suportar, amargar, aguentar, resistir.

Junto com o nascer biologicamente mulher e com a maternidade, ganha-se o papel social de cuidar, de matinar. Ao parir, nasce a expectativa social de que a mulher será a responsável por cuidar e nutrir, oferecendo todo o suporte necessário para que a criança mantenha sua vida e se desenvolva dentro do socialmente esperado. Apesar de todas as experiências positivas advindas do matinar, o cuidar pode ser tarefa solitária e exaustiva.

Considerando a divisão da tarefa de cuidar não é realizada de forma equânime, o objetivo principal do presente artigo é analisar trabalho do cuidado realizado por mulheres a partir de suas correlações com a saúde mental e com acesso às creches e pré-escolas públicas.

Sabendo que as mulheres são as principais responsáveis pelo trabalho do cuidado, e que prover tais cuidados pode gerar consequências para sua saúde física e mental, procura-se responder em que medida a garantia de acesso às creches e pré-escolas, insculpida em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser um fator que contribui

para a preservação da saúde mental das mulheres cuidadoras.

Parte-se da hipótese que ao reconhecer o direito dos bebês e crianças de acessar a educação desde tenra idade, o Supremo Tribunal Federal garante não somente o direito à educação, mas também atua, de forma indireta, para socializar parte do trabalho do cuidado que é realizado pelas mulheres quando não há vagas disponíveis nas instituições públicas de ensino infantil, auxiliando na preservação da saúde mental das cuidadoras.

Através de pesquisa bibliográfica e de breve estudo de caso, o trabalho será dividido em três partes: no primeiro momento tratar-se-á da mulher como a principal responsável pelo trabalho do cuidado. Posteriormente, será feita análise do impacto que o excesso de trabalhos de cuidado pode causar na saúde mental das mulheres cuidadoras. Por fim, será discutido o Recurso Extraordinário 1.008.166/SC e o acesso às creches e pré-escolas públicas a partir da ótica das redes de apoio e da preservação da saúde mental de mulheres cuidadoras.

II. A mulher como principal responsável pelo trabalho do cuidado

O vocábulo cuidar não é unívoco, do contrário, é marcado por uma miríade de ações e de significados. Cuidar é olhar com atenção, é diligência, desvelo, cautela e precaução. Tronto (2021) esclarece que é possível definir o cuidado a partir de uma tríade, composta por quem cuida e por quem recebe tal cuidado.

Nesse sentido, é possível pensar o cuidado a partir de todas as ações realizadas pelos seres vivos para manter, continuar ou reparar o mundo, objetivando que nele se possa viver da melhor forma possível. O mundo, no contexto do cuidado, inclui todos os corpos e individualidades, juntos em uma conexão complexa que sustenta a vida (TRONTO, 2021). Jonathan Herring (2013), em sua obra "Caring and the Law" considera que a lei deve dar uma legitimidade ao trabalho do cuidado, destacando como o cuidar deve ser valorizado e reconhecido, sendo regulamentado e restrito, já que os valores do cuidado, segundo o autor, são refletidos na lei. Herring (2013) examina a necessidade de uma interação da lei com o trabalho do cuidado em uma ampla gama de campos, incluindo direito familiar, médico, previdenciário, criminal e de responsabilidade civil.

Portanto, ao pensar sobre os seres humanos, Boff (1999) esclarece que o cuidar é a ação responsável por moldar a espécie. O cuidado é "um a priori ontológico, está na origem da existência do ser humano." Foi a partir do cuidado, da dedicação e da responsabilidade que o ser humano foi moldado. O cuidado ajuda a dar significado ao outro, ao que está além nós.

O cuidado pode ser pensado a partir dos vocábulos *care* e *nurturance*. O primeiro conceito permite pensar o cuidado como um trabalho. Dessarte, o *care* "é o conteúdo do que se considera cuidado que norteia o agrupamento e a apresentação dos distintos conceitos e definições referentes ao tema." A escolha da palavra ocorre em razão da sua capacidade de "tornar nítida a organização social dos cuidados e os elementos que dela participam" (PEREIRA, 2016).

Noutro giro, o cuidado como *nurturance* está relacionado à interação face a face na atenção e amparo de pessoas dependentes – crianças, doentes, idosos." Em tal cenário, a ênfase se encontra na natureza das atividades consideradas, "entendidas como inerentemente relacionais, e na dependência daqueles que o recebem" (PEREIRA, 2016).

Conforme explicitado por Hirata (2010), a definição estrita de *care* é "é o tipo de relação social que se dá tendo como objeto outra pessoa." Já em definição ampla, o *care* inclui outras atividades que não são diretamente ligadas a pessoa, por exemplo, a realização de tarefas domésticas como cozinhar, limpar e lavar.

O cuidar, como uma atividade que demanda tempo, esforço, e saber fazer, deve ser entendido como um trabalho. Por tal razão, a Organização Mundial do Trabalho (2019) define o cuidado a partir de dois tipos de atividades sobrepostas: a primeira atividade é a de cuidado pessoal e relacional, como, por exemplo, cuidar de um bebê ou de um parente doente; já a segunda atividade, a do cuidado indireto, inclui a realização de tarefas como limpar, cozinhar e organizar.

O trabalho de cuidar pode ser realizado de forma remunerada, ou seja, por cuidadores que fazem a tarefa em troca de remuneração, entre eles enfermeiras, médicas, cuidadoras de idosos, fisioterapeutas. Porém, tais trabalhos também podem ser realizados de forma gratuita, ou seja, sem a contraprestação financeira presente na maioria das relações de trabalho. Remunerado ou não, resta claro que o cuidar é essencial para manutenção da vida e da espécie.

Portanto, é inequívoca a afirmação que a espécie humana precisa de uma elevada quantidade de cuidados para que possa manter sua vida. Em que pese tal afirmação, a forma como tais cuidados serão prestados e divididos não é estanque, variando de acordo com o período histórico e com os diferentes arranjos sociais realizados dentro de cada comunidade.

Conforme esclarece Zanello (2018), o papel de cuidar foi historicamente atribuído aos grupos considerados subalternos. No passado, tais trabalhos eram prestados mormente por pessoas pobres ou escravizadas. Já nos últimos dois séculos, tal papel vem sendo desempenhado primordialmente pelas mulheres.

A responsabilidade da mulher em realizar o trabalho do cuidado está fundamentada na suposta naturalidade da conexão entre mulheres e cuidado. Dessarte, Kymlicka (2006) esclarece que até o século XX, a maioria dos teóricos acreditava na existência de um suposto fundamento natural na sujeição das mulheres, reificando a crença na existência da naturalidade do confinamento das mulheres ao lar. Neste contexto, Herring (2013), destaca que a lei falhou em reconhecer a importância do trabalho do cuidado em muitas áreas e, ao fazê-lo, fez com que os custos e encargos dos cuidados recaíssem sobre aqueles que os fornecem, principalmente as mulheres.

Neste sentido, verifica-se que com o correr do tempo, mormente no século XVIII, a separação entre público e privado passou por processo de enrijecimento. O espaço público, marcado pela lógica da igualdade, foi definido como masculino. Assim, locais como trabalho e a política passam a ser vistos como identitariamente masculinos. Já o espaço dos lares foi identificado pelo aspecto da natureza, definido como "essencialmente feminino" em virtude de a mulher ser biologicamente responsável por gestar (ZANELLO, 2018).

As mulheres, seguramente contidas ao espaço do lar, eram subjetivadas a partir de seu suposto papel de protetora das virtudes, responsáveis por suavizar os valores rastejantes do mercado corrupto e a vaidade do mundo público. Em razão de supostamente serem criaturas sentimentais, exerciam melhor sua virtude no contexto doméstico. Dessa

forma, elas passaram a ser identificadas com os sentimentos, deixando o espaço livre para que os homens fossem identificados a partir da razão (TRONTO, 1993).

A partir da completa identificação entre ser mulher, mãe e cuidadora, aparecem várias publicações que descrevem a existência de um "instinto materno", responsável por criar o amor natural da mãe pelos seus filhos. De forma concomitante, é possível identificar modificações do olhar sob a criança, agora vista como um ser que necessita de cuidados especiais. Com a revolução industrial, se fez cada vez mais necessário garantir mão de obra barata e abundante, razão pela qual era necessário combater os altos índices de mortalidade infantil presente em grande parte dos países no século XVIII. Diante de tal cenário, a mãe foi escolhida como a responsável por reverter a situação (ZANELLO, 2018; BADINTER, 1985).

Conforme explicado por Bonilha e Rivorêdo (2004), durante a Idade Média ainda não existia o que hoje é entendido como infância. Não era possível observar uma rígida separação entre o mundo dos adultos e o mundo das crianças. Após conseguir realizar atividades como comer, andar e falar de forma autônoma, a criança participava do mundo como adulto. Com o Renascimento e o posterior surgimento da burguesia, surge, no imaginário das pessoas abastadas, a vontade de preservar a vida de suas crianças.

Com o correr do tempo, surge o que conhecemos como infância, representada pelo interesse psicológico e moral para com a criança, entendida como diferente do adulto. "Esse processo se consolida no século 18 com o Iluminismo, período fundamental para o surgimento do interesse científico pela criança." Além do surgimento da infância como conceito, surge a puericultura, definida como conjunto de técnicas utilizadas para assegurar o desenvolvimento físico e mental de bebês e crianças (BONILHA E RIVORÊDO, 2004).

Para além da medicina, a puericultura pode ser considerada prática social que visa normalizar comportamentos. Bonilha e Rivorêdo (2004), analisando a obra de Foucault, esclarecem que existiria uma tentativa de normalizar os indivíduos através do cuidado com as crianças, utilizando tais técnicas como pretexto para imposição de padrões de comportamentos às famílias pelas classes dominantes.

Com a necessidade crescente de mão de obra e os altos índices de mortalidade infantil, o cuidado com as crianças se torna forma de reverter tal quadro. Foucault (2014) esclarece que não se trata apenas de aumentar o número de crianças saudáveis, mas de gerir a infância, agora considerada como uma fase diferente da vida. A gestão da infância ocorre através de regras precisas a serem seguidas pela família, que deve cumprir obrigações com cuidados, contatos, higiene, limpeza, proximidade atenta, amamentação, vestuário e com a prática de exercícios físicos.

A crescente demanda por cuidado, dedicação e educação foi suprida majoritariamente pelas mulheres. As atividades do cuidado, obrigatoriamente desempenhadas pelas mães, as colocaram como as principais formadoras da personalidade e do caráter de seus filhos. Nesse contexto, a mulher passa a existir somente em relação aos filhos e marido, sendo o cuidar sua principal responsabilidade e forma de realização pessoal (ZANELLO, 2018).

Considerando tal cenário, Zanello (2018) cunha o conceito de dispositivo materno, usado

para desnaturalizar a suposta capacidade natural da mulher de cuidar. Assim, o dispositivo materno é fenômeno consolidado a partir da mistura entre a capacidade de gestar, de maternar e o ser mulher, com seus consequentes desdobramentos, entre eles o suposto dever de cuidado com as novas gerações.

Esse dispositivo, acrescido do modelo de “boa-mãe” oriundo do Mito do Amor Materno de Badinter, impõem “para as mães que se anulem diante das suas responsabilidades com os seus filhos”, atuando não apenas sobre as mulheres que são mães, “mas também institui códigos e valores morais para todas as mulheres, para que estejam prezando sempre pelo cuidado do outro” (SILVA et, al., 2020).

Ao analisar as atividades realizadas fora do lar em comparação com o cuidado, Federici (2019) elucida que a grande diferença entre os dois tipos de trabalho reside no fato de que o cuidar foi imposto às mulheres e transformado em atributo natural de sua personalidade, “uma necessidade interna, uma aspiração, supostamente vinda das profundezas da nossa natureza feminina. O trabalho doméstico foi transformado em um atributo natural em vez de ser reconhecido como trabalho, porque foi destinado a não ser remunerado.”

O capital, premido da necessidade de convencer as mulheres sobre a naturalidade do trabalho do cuidado, se movimentou no sentido de afirmar que tal trabalho traz plenitude, que é um “ato de amor”. Todo esse movimento foi realizado com o fito de convencer as mulheres para que trabalhassem sem a devida remuneração. O fato do trabalho doméstico ser realizado sem remuneração é usado como arma para convencer que tais tarefas não são um verdadeiro trabalho, impedindo que as mulheres que as mulheres sejam vistas como trabalhadoras em luta (FEDERICI, 2019).

Nesse contexto, os trabalhos realizados por homens e mulheres são marcados pelos estereótipos da masculinidade e da feminilidade. A virilidade, qualidade masculina, é associada ao trabalho pesado. Já a feminilidade é associada ao trabalho supostamente leve, fácil, limpo. A masculinidade foi conectada a ideia de homo economicus, aquele que age com racionalidade, e a feminilidade, associada aos sentimentos. Dessarte, “ficaram reservadas aos homens as tarefas que geram mais retornos econômicos, e às mulheres, as tarefas que embora possam não gerar bons retornos econômicos têm ligação com o lado amoroso, cuidadoso, altruísta “feminino” (SOUZA; GUEDES, 2016).

Dessarte, o cuidar, ato essencial para manter a vida, é considerado, no mundo do trabalho, como algo secundário. O trabalho de cuidado não é valorizado ou reconhecido, de modo que ou não é remunerado ou é mal pago, sendo “assumido por mulheres e meninas em situação de pobreza, especialmente por aquelas que pertencem a grupos que, além da discriminação de gênero, sofrem preconceito em decorrência de sua raça, etnia, nacionalidade, sexualidade e casta” (OXFAM, 2020).

Consoante o asseverado por Nielsson, Zeifert e Barcellos (2017), a sociedade brasileira atual ainda “inscreve o “ser mulher” em uma condição de subordinação e desvalorização.” Dessarte, o trabalho do cuidado é cotidianamente desvalorizado a partir de sua associação ao feminino.

Em síntese, é possível notar que o trabalho do cuidado ainda é considerado essencial-

mente feminino, oriundo de uma suposta capacidade natural feminina para exercer tais atividades. Em que pese o cuidado ser predominantemente desempenhado pelas mulheres, é mister salientar que os homens também são capazes de cuidar. Dessarte, o cuidado é uma habilidade da espécie humana, e não somente de parte dela.

III. Excesso de trabalho do cuidado e a saúde mental de mulheres cuidadoras

O cuidar, atividade essencial para manutenção da vida, não é dividido de forma equânime entre homens e mulheres. Tal divisão não é experimentada apenas por mulheres brasileiras, do contrário, conforme demonstrado por Gálvez-Muñoz; Rodríguez-Modroño; Domínguez-Serrano (2011), é realidade na maioria dos países, inclusive nos desenvolvidos.

Mapeando a divisão do cuidado no mundo, relatório da OXFAM (2020), esclareceu que “as mulheres são responsáveis por mais de três quartos do cuidado não remunerado e compõem dois terços da força de trabalho envolvida em atividades de cuidado remuneradas”, ou seja, as mulheres são responsáveis por 75% do trabalho de cuidado não remunerado no mundo.

Tal documento aponta que as mulheres residentes em zonas rurais e em países de baixa renda dedicam em média 14 horas do seu dia para trabalhos de cuidados não remunerados, ainda aduz que 42% das mulheres em idade ativa estão fora do mercado de trabalho para dedicarem-se ao trabalho de cuidado não remunerado. No mesmo sentido, a Organização Internacional do Trabalho estima que 606 milhões de mulheres em idade ativa para trabalhar não estão em busca de emprego em razão da elevada carga que o cuidar representa em suas vidas (OXFA, 2020; OIT, 2019).

Pesquisa realizada pelo Instituto Tricontinental (2020) apontou que 85% do trabalho de cuidado realizado no interior das famílias é feito por mulheres. No ano de 2019, por exemplo, “as mulheres dedicavam em média 21,4 horas semanais, enquanto os homens apenas 11 horas” aos cuidados. Àquelas que trabalham fora de casa ainda “cumprem em média 8,2 horas a mais em obrigações domésticas que os homens que também trabalham fora”.

No mesmo sentido, Marcondes e Garcia (2022) reiteram que entre a população brasileira pesquisada, as mulheres gastaram mais tempo com os afazeres domésticos em comparação com os homens. Considerando o tempo médio dispendido em tais atividades, é possível afirmar que as mulheres dispensam 1,96 vez mais horas em trabalho não remunerado em comparação com os homens.

Considerando a idade dos indivíduos que mais recebem cuidados, restou demonstrado que grande parte do trabalho de cuidar é voltado aos bebês e às crianças. Em suma, a maioria do cuidado realizado pelas mulheres é voltado ao atendimento das demandas de pessoas em idade infantil. Comparando mulheres e homens, elas são as maiores responsáveis por auxiliar nos cuidados pessoais, nas atividades educacionais, monitorar, ler, jogar, brincar, acompanhar e transportar. A maior diferença está no auxílio com os cuidados pessoais, atividade realizada por 40% das mulheres pesquisadas em contraste com apenas 20% dos homens consultados (MARCONDES E GARCIA, 2022).

Ao avaliar especificamente os afazeres com o lar, as mulheres foram a maioria no desempenho de todas as atividades, exceto na realização de pequenos reparos. “Entre as principais atividades desempenhadas pelas mulheres, destacam-se aquelas relacionadas à

alimentação e à limpeza e manutenção de roupas e sapatos e de áreas do domicílio." Em suma, a mulher é responsável primária pelas atividades relacionadas ao cuidado com o lar (MARCONDES E GARCIA, 2022).

Sabendo que as mulheres realizam a maior parte do cuidado, principalmente quando se trata de bebês e de crianças, é mister discutir os efeitos que a carga de trabalho pode gerar em sua saúde, especialmente mental – destacando que a saúde mental pode ser entendida como um estado de bem-estar no qual a pessoa consegue realizar suas habilidades, sendo capaz de lidar com o estresse normal da vida, trabalhar produtivamente, conseguindo contribuir com sua comunidade.

Portanto, assim como a saúde física, a saúde mental vai além da ausência de doenças para incluir o completo bem-estar do indivíduo. Pensando a partir de uma visão completa de saúde, a saúde mental é a base para o bem-estar e funcionamento eficaz de um indivíduo e de uma comunidade.

A saúde mental se tornou uma das grandes pautas de discussão nas sociedades atuais. Tais discussões podem ser atribuídas à crescente dificuldade que os seres humanos encontram em manter sua saúde mental. Dessarte, Han (2017) esclarece que cada época possuiu suas enfermidades típicas, que no século XXI, são as doenças mentais.

A paisagem patológica hodierna é dominada pelas doenças mentais, tais quais a depressão, a ansiedade, e o transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade. Na visão de Han (2017) as doenças atuais são marcadas pela positividade exacerbada, pela crença de que tudo é possível.

No século XX, a paisagem patológica dominante era a imunológica. Nesse momento era possível fazer distinções entre amigo e inimigo, estranho e próprio, ou seja, a forma de ser da imunidade é definida a partir da díade ataque e defesa. Porém, as sociedades atuais, locais de intercâmbios, se organizaram de forma afastar a reação imunológica (HAN, 2017).

Dessarte, nas sociedades pós-modernas, a violência é oriunda da positividade exacerbada e da massificação do positivo. A violência neuronal, como parte intrínseca ao sistema, não provoca defesa imunológica, deixando o indivíduo sem proteção (HAN, 2017, p.8). Han (2017, p. 24) resgata a obra de Foucault para afirmar que a sociedade por ele descrita era determinada pela negatividade. Ao contrário, as sociedades atuais são determinadas pela positividade, razão pela qual a pressão por performar cada vez melhor não é externa, mas sim interna:

O excesso de trabalho e desempenho agudiza-se numa autoexploração. Essa é mais eficiente que uma exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade. O explorador é ao mesmo tempo o explorado. (...) Essa autorreferencialidade gera uma liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência. Os adoecimentos psíquicos da sociedade de desempenho são precisamente as manifestações patológicas dessa liberdade paradoxal (HAN, 2017).

Em tal cenário, as doenças mentais se originam da exploração que as pessoas praticam

contra si mesmas, de um "cansaço de fazer e de poder". Consequentemente, os sujeitos são coagidos por suas próprias crenças a produzir cada vez mais, sem nunca alcançar o repouso. Hodiernamente, os sujeitos insertos em sociedades pós-modernas, "vivem constantemente num sentimento de carência e de culpa. E visto que, em última instância, está concorrendo consigo mesmo, procura superar a si mesmo até sucumbir" (CORBANEZI, 2018).

No mais, é possível afirmar que as mulheres mães, marcadas pela pressão de desempenhar cada vez melhor as tarefas que são socialmente esperadas, e inseridas na sociedade do cansaço estão com sua saúde mental fragilizada. Nesse diapasão, Han (2017) esclarece que "cansaço da sociedade do desempenho é um cansaço solitário, que atua individualizando e isolando."

Em uma sociedade caracterizada pelo cansaço e pela degradação da saúde mental, as mulheres cuidadoras estão em situação de vulnerabilidade. Isso ocorre em razão do fato das mulheres de serem as responsáveis pelo cuidado de si e pelo cuidado com o outro, principalmente com as novas gerações, que demandam grande quantidade de tempo e atenção para manterem a vida e a saúde. Essa sobrecarga, na visão de Santos e outros (2021), é responsável por gerar exaustão, ansiedade, entre outros problemas de saúde mental.

No mesmo sentido, Gálvez-Muñoz; Rodríguez-Modroño; Domínguez-Serrano (2011) asseveram que o excesso de trabalho do cuidado faz com que mulheres tenham menos tempo livre do que os homens, e essa diferença afetará suas capacidades e seu bem-estar.

Avaliando a relação entre a quantidade de afazeres e a saúde mental, Araújo e Pinho (2005; 2012) concluíram que as mulheres sobrecarregadas por trabalhos relacionados ao cuidar possuem mais transtornos mentais do que as mulheres que realizam menor quantidade de trabalhos relacionados ao cuidado.

As mulheres, quando comparadas com homens, são a população mais afetada por certos problemas na saúde mental, entre eles, a depressão. Em que pese ser possível apontar razões relacionadas ao sistema endócrino, pesquisas demonstram que a desigualdade de gênero e a consequente sobrecarga de trabalho doméstico e altas taxas de violência também são responsáveis pelo fato de os transtornos mentais serem prevalentes em mulheres (SENICATO; AZEVEDO; BARROS, 2018; ZANELLO; SILVA, 2012; ZANELLO, 2018; CAMPOS; ZANELLO, 2018).

Pensando sobre as razões que fazem a depressão ser predominante em mulheres, Campos e Rodrigues (2015) apontam que além de fatores hormonais, genéticos e do histórico familiar, é mister considerar as causas psicossociais, "historicamente ligados à maior vulnerabilidade social e dependência financeira; multiplicidade de papeis; problemas conjugais e familiares".

Rapoport e Piccinini (2006) asseveram que entre as mulheres que se tornaram mães, "as principais situações geradoras de estresse relacionaram-se ao cansaço, ao fato de ter a vida regrada pelos horários e necessidades do bebê e ao adoecimento deste." O compartilhamento do cuidado com os filhos gerou mães mais responsivas, principalmente em condições de estresse.

Apesar de várias mulheres se sentirem realizadas ao exercer as tarefas ligadas ao cuidado, muitas outras estão em sofrimento psíquico pela mesma razão. Além do sofrimento, muitas vezes silencioso, muitas mulheres se julgam anormais ou culpadas por não conseguirem realizar tais atividades com alegria (ZANELLO, 2018).

O sentimento de culpa é uma constante entre as mães, culpadas por cuidar demais, mas também culpadas quando sentem que cuidam menos do que deveriam ou quando não cuidam. Dessarte, Zanello e Porto (2016) esclarecem que os afetos das mulheres foram colonizados, e tal fato se traduz a partir do constante sentimento de culpa em relação ao desempenho das tarefas que foram naturalizadas como sendo femininas.

Recuperando o conceito de saúde como completo estado de bem-estar do indivíduo, Gaino e outros (2018) destacam que tal formulação foi ambiciosa no sentido de incluir na saúde aspectos físicos, mentais e sociais. Nesse sentido, ao incluir aspectos sociais, é impossível discutir saúde, mormente saúde mental, sem discutir a pesada carga que o cuidar representa na vida das mulheres.

É mister destacar que não pode haver bem-estar e, consequentemente, saúde, para mães que carregam, de forma constante, sofrimento psíquico por realizarem sozinhas todo o trabalho de cuidar. Em suma, a manutenção do bem-estar do corpo e da mente exige discutir a divisão social do trabalho de cuidar.

IV. O acesso à creches e pré-escolas no Recurso Extraordinário 1.008.166/SC: o direito humano à educação pensado a partir da ótica da necessidade de redes de apoio para auxiliar mulheres cuidadoras e preservar sua saúde mental

Evangelista e Constantino (2013) sustentam que a família desempenha a maioria dos cuidados que a criança necessita na primeira infância, entre eles os cuidados psicológicos e afetivos. Tais cuidados são complementados pelo sistema educacional a partir do acesso dos bebês e crianças às creches e pré-escolas.

A Constituição de 1988, documento responsável por constitucionalizar diversos direitos humanos internacionalmente previstos, trouxe, em seu art. 205, a afirmação de que o direito à educação é um direito de todos, dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração de toda a sociedade.

Resta consignado no art. 208, IV, da Constituição Federal, que a obrigação do Estado em oferecer educação deve ser efetivada, entre outros, pela oferta de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Ante a quantidade de direitos sociais pendentes de aplicação, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a discutir a efetivação do acesso ao direito à creche e à pré-escola. Em suma, o Tribunal foi chamado a discutir se o acesso à educação infantil pública e gratuita é direito subjetivo.

A controvérsia se originou a partir de mandado de segurança impetrado em 2008, momento em que foi solicitado ao Município de Criciúma, localizado em Santa Catarina, que realizasse a matrícula de bebês com até 2 (dois) anos de idade em creches e de crianças com 3 (três) a 5 (cinco) anos de idade em pré-escolas municipais. A Secretaria de Educação de Criciúma negou a realização da matrícula pretendida ante a inexistência de vagas disponíveis. (STF, 2012)

No processo, o Município alegou que a inclusão de bebês e crianças na educação infantil não é um direito público subjetivo, ou seja, não é previsão constitucional que pode ser exigida de forma imediata pelos indivíduos. Nesse sentido, asseverou-se que o acesso à educação infantil é norma de cunho programático, a ser implementada pelo poder público na medida de suas escolhas políticas e econômicas (STF, 2012).

Após longo período de espera, o recurso extraordinário n. 1.008.166/SC foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão, tomada 22/09/2022, deixou consignado que a educação básica, incluindo a fase cursada em creches e pré-escolas, é um direito de todas as crianças:

1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica (STF, 2022a).

Sabendo que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática da repercussão geral podem ser aplicadas para outros processos pendentes com a mesma temática, necessário esclarecer que o julgamento da matéria já influenciou, de forma imediata, cerca de 28 mil processos pendentes de julgamento (STF, 2022b).

No mais, a decisão tomada pelo Tribunal será responsável por definir novos contornos no que tange ao acesso à educação infantil. Isso porque, a partir da citada decisão, restou definido que o acesso às creches e pré-escolas é direito subjetivo de todas as crianças, podendo ser garantido inclusive por via judicial (STF, 2022b).

Porém, além da importância de tal julgamento para o acesso à educação, é possível pensar a decisão a partir da perspectiva das principais responsáveis pelo cuidado: as mulheres. Comentando a importância do acesso às creches e pré-escolas para as mulheres cuidadoras, a Ministra Rosa Weber consignou que acessar tais serviços públicos é essencial para garantir "às mães segurança no exercício do direito ao trabalho e à família, em razão da maior vulnerabilidade das trabalhadoras na relação de emprego, devido às dificuldades para a conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral" (STF, 2022b).

Além disso, restou clara a existência de uma divisão assimétrica da tarefa familiar de cuidar das gerações mais jovens. Portanto, ao assegurar o acesso à creche e à pré-escola é possível promover a liberdade e a igualdade de gênero:

Esse direito social tem correlação com os da liberdade e da igualdade de gênero, pois proporciona à mulher a possibilidade de ingressar ou retornar ao mercado de trabalho. Para a ministra, o direito à educação básica não pode ser interpretado como discricionariedade e sim como obrigação estatal, imposta sem condicionantes, configurando omissão a falta da sua prestação. Os recursos públicos devem ser bem geridos e, consequentemente, utilizados na aplicação do direito à educação (STF, 2022b).

A partir da fala da Ministra Rosa Weber, é possível perceber que o direito à educação está em conexão com os direitos à igualdade, à proteção à maternidade e à infância, com o direito ao trabalho, com a liberdade e com diversas outras garantias, insculpidas na Constituição Federal e em documentos internacionais.

Portanto, o direito à educação deve ser pensado a partir de seu caráter multidimensional, capaz de espalhar seus efeitos para toda a sociedade e gerar benefícios para além daqueles que estão matriculados em creches e pré-escolas. Mister afirmar que os direitos humanos não podem ser pensados de forma estanque, mas sim de uma relação de conexão, onde a ausência da garantia de um direito impactará no pleno exercício de outro.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Gilmar Mendes consignou que o direito à educação transcende a esfera de interesse das crianças, ou seja, a implementação de creches e pré-escolas, além de gerar benefício direto para os infantes, é capaz de gerar incremento na proteção dos direitos das mulheres e incentivar transformações sociais nas relações de gênero (STF, 2022c).

Sabendo que as mulheres são as principais responsáveis pelo trabalho do cuidado e que o cuidado com bebês e crianças são realizados majoritariamente por mulheres, o acesso às creches e às pré-escolas, além de ser garantia da efetivação do direito à educação sob a perspectiva da criança, também impacta profundamente a vida das mulheres cuidadoras.

De acordo com a interpretação dada a Constituição Federal no recurso extraordinário n. 1.008.166/SC, restou consignado que o Estado tem a obrigação de criar as vagas necessárias para que bebês e crianças possam ser matriculados em instituições de ensino apropriadas para sua idade. Tal decisão realiza a obrigação estatal de criar mecanismos de proteção e reconhecimento da mulher em todas as suas esferas, uma vez que gestar e maternar não é uma carga exclusiva da mulher. Nesse sentido, Saffioti (1976) aduz que sendo "a sociedade interessada no nascimento e socialização de novas gerações como uma condição de sua própria sobrevivência, é ela que deve pagar pelo menos parte do preço da maternidade"

Nesse sentido, as creches e pré-escolas podem ser entendidas como redes de apoio, permitindo que parte do cuidado realizado pela família seja complementado no ambiente escolar. Portanto, a escola pode ser vista como "fonte de apoio social e afetivo e parte da rede de apoio dos indivíduos, mitigando o processo de vulnerabilidade, contribuindo para a sua superação e promovendo processos de resiliência" (SIQUEIRA, 2009).

As redes de apoio podem ser pensadas a partir de conceitos como cooperação, apoio, colaboração e trabalho em conjunto. Tais redes podem ser definidas como articulações entre pessoas e instituições diversas, incluindo "pessoas físicas a instituições públicas e / ou privadas que trabalhem de maneira conjunta e sistemática em prol de um mesmo objetivo, qual seja, atender as necessidades específicas da população-alvo" (BENDINELLI; PRIETO; ANDRADE, 2012).

As redes de apoio são de extrema importância para a manutenção das famílias e da rotina dos lares, seja com a partir do auxílio de parentes ou amigos, ou através de estabelecimentos escolares, que possibilitavam a mulher-mãe/mulher-cuidadora o exercício de outras atividades além da prestação do trabalho do cuidado (OLIVEIRA, 2020).

As mulheres, assim como os outros seres humanos, vivem em uma rede de relações que percorrem, entre outros, suas famílias, escola e comunidade. Nos citados ambientes, as pessoas constroem suas interações sociais. Essas relações aparecem como “oportunidades de desenvolvimento humano através da qualidade dos meios de subsistência” (JULIANO; YUNES, 2014).

Os seres humanos, seres notadamente sociais, desenvolvem laços, essenciais para superar momentos de crise. Portanto, as redes de apoio têm potencial de proteger a saúde mental e física dos seres humanos, além de promoverem a resiliência. A resiliência, por sua vez, “é essencial para o restabelecimento do equilíbrio perdido e demonstração de competência apesar da adversidade” (JULIANO; YUNES, 2014).

Sabendo que o “excesso de atividades e responsabilidades que as mães têm podem causar baixa autoestima, esgotamento físico e mental, culpa por não darem conta de tudo o que acreditam ser sua responsabilidade”, as creches e pré-escolas, ao servirem como rede de apoio, tem o potencial de proteger a saúde mental das cuidadoras (SCHNEIDER; ACORSI, 2018).

Portanto, a existência de pessoas e instituições que oferecem apoio na realização do cuidado é um fator protetor e promotor da saúde física e mental. Sakiyama (2019) esclarece que maiores níveis de apoio estão associados com menores níveis de estresse e menor chance de presença de transtornos mentais comuns.

Em suma, é possível asseverar que as creches e pré-escolas, ao receberem bebês e crianças durante parte do dia ou em período integral, realizam parte do cuidado, aliviando a carga de trabalho socialmente esperada das cuidadoras principais e servindo como elemento de proteção da sua saúde mental.

No mais, conforme citado anteriormente, a Organização Internacional do Trabalho (2019) entende que o cuidado não remunerado é um dos principais obstáculos para maior participação das mulheres no mercado de trabalho. As creches e pré-escolas, ao se encarregarem dos infantes durante certo período, facilita o acesso da mulher ao mercado de trabalho. O acesso ao mercado, por sua vez, pode ser fator de proteção da saúde mental das mulheres cuidadoras.

O trabalho remunerado pode atuar na proteção da saúde mental na medida em que existe farta literatura que conecta a vivência restrita ao espaço do lar como favorecedora de desequilíbrios emocionais.⁴ Dessarte, Santos e Diniz (2018) apontam que o trabalho reprodutivo, a falta de autonomia pessoal e financeira e a invisibilização do cuidado circundam a vida de mulheres que trabalham exclusivamente no lar, favorecendo a manifestação de desequilíbrios afetivos, sociais e emocionais.

Insta salientar que ao favorecer a inserção no mercado de trabalho, ocorre aumento da renda da mulher cuidadora, fator que também está relacionado a preservação da saúde mental. Nesse sentido, estudos como o realizado por Senicato, Azevedo e Barros (2018), identificou que mulheres de baixa renda são mais vulneráveis aos transtornos mentais comuns.

4 Sobre o tema, consultar: Steiner, 2005; Vianna;Diniz, 2014; Senicato; Lima; Barros, 2016; Araújo; Almeida; Santana, (2006).

O acesso às creches e pré-escolas também favorece que as mulheres se mantenham ou retornem à escola, o que por sua vez gerará melhores empregos e consequente aumento na renda. Conforme explicam Campos, Ramalho e Zanello (2017), "em uma sociedade letrada, a escolaridade desponta como uma possibilidade importante de empoderamento e mobilidade social."

Considerando a conexão entre escolaridade e transtornos mentais, Araújo e Pinho (2012, p. 34) afirmam que "o acesso à escola tem um efeito direto na saúde psicológica, pois aumenta a possibilidade de escolhas na vida e influencia a autoestima, a possibilidade de aumento da renda familiar, com consequente melhoria na qualidade de vida pessoal e familiar."

Além de protegerem a saúde mental das cuidadoras com o alívio no trabalho do cuidado, o acesso à creche e à pré-escola permite que tais mulheres dediquem parte de seu dia para tarefas sem relação com o fornecimento de cuidado não remunerado para as novas gerações.

Portanto, é possível supor que existência de um serviço público de creches e pré-escolas poderá auxiliar no sentido de que as cuidadoras tenham mais tempo para trabalhar em outros projetos de vida que não estejam conectados com a função socialmente estabelecida de prover cuidados aos que dele necessitem. Mais tempo para perseguir projetos de vida, por conseguinte, significará mais bem-estar, parte essencial do conceito de saúde.

V. Considerações finais

Conforme discutido no decorrer do trabalho, o vocábulo cuidar não é unívoco. Cuidar é olhar com atenção, diligência e desvelo, é ato essencial para manutenção da vida. A capacidade de cuidar, culturalmente atribuída às mulheres, pertence à espécie humana considerada como todo.

Em que pese os homens serem capazes de oferecer cuidado, as mulheres são socialmente vistas como as principais responsáveis pela execução do trabalho de cuidar, principalmente em razão da sua capacidade de gestar. Portanto, elas realizam a maioria das atividades necessárias à manutenção da vida e do bem-estar dos bebês e crianças, carga que pode se tornar excessiva e gerar adoecimento para as cuidadoras.

Consoante o exposto na segunda parte do texto, é possível afirmar que mulheres sobrecarregadas por trabalhos relacionados ao cuidar possuem mais transtornos mentais quando comparadas com mulheres que dividem tais trabalhos de forma mais equânime. Dessarte, é possível asseverar que o excesso de tal trabalho pode se traduzir em malefícios para a saúde mental das cuidadoras.

Nesse sentido, ao determinar que o acesso às creches e pré-escolas é obrigação do poder público, o Supremo Tribunal Federal atuou no sentido de permitir socialização de parte do trabalho de cuidar. Além da garantia de acesso à educação, a decisão pode ser olhada a partir da ótica das cuidadoras, que ao deixarem bebês e crianças sob a responsabilidade de uma instituição de ensino, podem dividir a carga do trabalho de cuidar.

Portanto, o acesso às creches e pré-escolas tem o condão de auxiliar em uma melhor divisão do trabalho do cuidado, salvaguardando a saúde mental das cuidadoras ao socializar parte do cuidado através do acesso ao serviço público de educação, garantido cons-

titucionalmente e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como obrigação do Estado.

No mais, é possível concluir que a decisão auxiliará na preservação da saúde mental das cuidadoras na medida em que as creches e pré-escolas passam a fazer parte da rede de apoio da cuidadora. As redes de apoio, por sua vez, mitigam processos de vulnerabilidade e podem atuar como fator de promoção da saúde mental.

Além do citado, o acesso às creches e pré-escolas influencia na saúde mental das cuidadoras na medida em que facilita sua inserção no mercado de trabalho, podendo, também, auxiliar na manutenção da cuidadora no ambiente escolar. Maior escolaridade e, por consequência, melhores salários, também são conectados com a manutenção da saúde mental. Por fim, conclui-se que a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal permitirá que as cuidadoras invistam mais tempo em seus projetos de vida, algo essencial para manutenção do bem-estar e para preservação da saúde.

Referências

- BONILHA, L. e RIVORÊDO, C. (2005). Puericultura: duas concepções distintas. *Jornal de Pediatria*, Rio de Janeiro, v. 81, p.7-13, fev. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jped/a/Vfk6r6ymdhGM3pT6SH7RYKD/?format=html&lang=pt> Acesso em: 1 dez de 2022.
- BOFF, L. (1999). *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes.
- BADINTER, E. (1985). *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira.
- CAMILA DE CAMPOS, B. e MARIA PIAZENTIN ROLIM RODRIGUES, O. (2015). Depressão pós-parto materna: crenças, práticas de cuidado e estimulação de bebês no primeiro ano de vida. *Psico*, Porto Alegre, v. 46, n. 4, p. 483-492.
- CAMPOS, I. e ZANELLO, V. (2017). Saúde mental e gênero: o sofrimento psíquico e a invisibilidade das violências. *Vivência: Revista de Antropologia*, [S. l.], v. 1, n. 48, p. 105-117. DOI: 10.21680/2238-6009.2016v1n48ID11505. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/11505>. Acesso em: 5 dez. 2022.
- CAMPOS, I. ; RAMALHO, W. e ZANELLO, V. (2017). Saúde mental e gênero: O perfil sociodemográfico de pacientes em um centro de atenção psicossocial. *Estudos de Psicologia (Natal)*, Natal, v. 22, n.1, mar. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/35362/1/ARTIGO_SaudeMentalGenero.pdf Acesso em: 7 dez. 2022.
- CLAUDIA BENDINELLI, R. ; PRIETO, R. e ANDRADE, S. (2012). Inclusão escolar, redes de apoio e políticas sociais. *Revista Educação Especial*, v. 25, n. 42, p. 13-27, jan./abr. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/educacaoespecial/article/view/4058/3088>>. Acesso em: 02 dez. 2022.
- CORBANEZI, E. (2018). Sociedade do cansaço. *Tempo social*, São Paulo, v. 30, n. 3, p. 335-342, Dec. Disponível em: <http://old.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000300335&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 de abril de 2022.
- DE ARAÚJO, T. ; PINHO, P. e ALMEIDA, M. (2005). Prevalência de transtornos mentais comuns em mulheres e sua relação com as características sócio demográficas e o trabalho doméstico. *Revista Brasileira Saúde Matern. Infant.*, Recife, v. 5, n. 3, p. 337-348, jul/set.
- EVANGELISTA, V. e CONSTANTINO, E. (2013). A Relevância das Redes de Apoio Social Durante a Infância. *Estudos, São Paulo*, n.17, pp. 217-232. Disponível em: <http://hdl.handle>

net/11449/127006. Acesso em: 05 dez. 2022.

- FOUCAULT, M. (2014). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Paz & Terra.
- FEDERICI, S. (2019). *O Ponto Zero da Revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. São. Paulo: Elefante.
- GÁLVEZ-MUÑOZ, L.; RODRÍGUEZ-MODROÑO, P.; DOMÍNGUEZ-SERRANO, M. (2011). Work and time use by gender: a new clustering of European welfare systems. *Feminist Economics*, Houston, TX, v. 17, n. 4, p. 125-157.
- GARCIA, B. e MARCONDES, G. (2022). As desigualdades da reprodução: homens e mulheres no trabalho doméstico não remunerado. *Revista Brasileira de Estudos de População* n. 39. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepop/a/YFcF3Nd3WFxGvmwhsByQqBH/?lang=pt> Acesso em: 18 set. 2022.
- GAINO, L. et al. (2018). O conceito de saúde mental para profissionais de saúde: um estudo transversal e qualitativo. *SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog. (Ed. port.)*, Ribeirão Preto, v. 14, n. 2, p. 108-116. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-69762018000200007&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 05 dez. 2022. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.1806-6976.smad.2018.149449>.
- HERRING, J. (2013). *Caring and the Law*. Londres: Bloomsbury Publishing.
- HIRATA, H. (2010). Teorias e práticas do care: estado sucinto da arte, dados de pesquisa e pontos em debate. In: FARIA, N. e MORENO, R. (Org.). *Cuidado, trabalho e autonomia das mulheres*. São Paulo: SOF.
- INSTITUTO TRICONTINENTAL. O trabalho de cuidado e o CoronaChoque. In: *Corona-Choque: CoronaChoque e Patriarcado*, n. 4., p. 39-52, nov. 2020. Disponível em: https://thetricontinental.org/wp-content/uploads/2020/11/20201104_Coronashock-e- Patriarcado_PT.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.
- KYMLICKA, W. (2006). *Filosofia Política Contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes.
- MARIA ARAÚJO, T. e DE SOUSA PINHO, P. (2012). Associação entre sobrecarga doméstica e transtornos mentais comuns em mulheres. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, [s.l.], v. 15, n. 3, p. 560-72.
- NIELSSON, J.; ZEIFERT, AP. e BARCELLOS, R. (2017). O acesso às condições básicas de saúde da mulher no cárcere: uma análise a partir da situação da presa na penitenciária modulada de Ijuí/rs. *Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná*. Foz do Iguaçu. Edição Especial. v. 1 (3): 29-46.
- OXFA. (2020). *Tempo de cuidar: O trabalho de cuidado não remunerado e mal pago e a crise global da desigualdade*. Reino Unido: Oxfam International, 2020.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*. 1 ed. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*. 1 ed. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OLIVEIRA, C. (2020). Maternidade, universidade e pandemia. *Mães que escrevem*, 28 ago. Disponível em: <https://maesqueescrevem.com.br/maternidade- universidade-e-pandemia/>. Acesso em: 01 maio 2022.
- PEREIRA, BC. (2016). Economia dos cuidados: marco teórico-conceitual. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea*.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Repercussão Geral no Agravo de Instrumento 761.908/SC. Rel. Min. Luiz Fux. DJe. 08 ago. 2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário n.1008166/SC. Rel. Plená-

rio. Rel. Min. Luiz Fux. DJe. 17 ago 2022a.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Pleno - Acesso a creches e pré-escolas (2/2) - 21/9/22. YouTube, 21 set. 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rZzWwhfIA8>. Acesso em: 18 dez. 2022.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Supremo decide que oferta de creche e pré-escola é obrigação do poder público. 22 ago. 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494613&ori=1> Acesso em: 24 nov. 2022.
- SIQUEIRA, A. (2009). Escola como parte da rede de apoio de adolescentes em reinserção familiar. *Vidya*, Santa Maria, v. 29, n. 2, p. 87-96, jul./dez.
- SILVA, J. et al. (2021). A feminização do cuidado e a sobrecarga da mulher-mãe na pandemia. *Revista Feminismos*, [S. l.], v. 8, n. 3. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/42114>. Acesso em: 30 maio. 2022.
- SCHNEIDER, S. e ACORSI, AC. (2018). *SAÚDE MENTAL MATERNA E DESEMPENHO ESCOLAR DOS FILHOS*. Trabalho de Conclusão de Curso. (Especialização em Ciências da Saúde) - Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Chepecó.
- SOUSA, L. e GUEDES, D. (2016). A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. *Estudos Avançados*, [S. l.], v. 30, n. 87, p. 123-139. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/119119>. Acesso em: 18 set. 2022.
- SENICATO, C.; AZEVEDO, R. e BARROS, M. (2018). Transtorno mental comum em mulheres adultas: identificando os segmentos mais vulneráveis. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 8, p. 2543-2554. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/rSxF9pjYHk5MwQ3xrvS5zcT/#>. Acesso em: 4 dez. 2022.
- SANTOS, L. e DINIZ, G. (2018). Saúde mental de mulheres donas de casa: um olhar feminista-fenomenológico-existencial. *Revista de Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, vol. 30, núm. 1, pp. 37-59. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/2910/291057851003/291057851003.pdf> Acesso em: 7 dez. 2022.
- TRONTO, J. (2021). Care démocratique et démocraties du care. In: MOLINIER, Pascal; LAUGIER, Sandra; PAPERMAN, Patrícia. *Qu'est-ce que le care?*. Paris: Payot & Rivage.
- TRONTO, J. (1993). *Moral boundaries: a political argument for an ethic of care*. Londres: Routledge.
- ZANELLO, V. (2018). *Saúde mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação*. Curitiba: Appris.
- ZANELLO, V. (2016). Dispositivo materno e processos de subjetivação: desafios para a psicologia. ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (Org.). *Aborto e (não) desejo de maternidade(s): questões para a psicologia*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, p. 103-122.
- ZANELLO, V. e SILVA, R. (2012). Saúde mental, gênero e violência estrutural. *Revista Bioética*, 20(2), p.267-279. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/745 Acesso em: 4 dez. 2022.
- ZANELLO, V. (2016). Dispositivo materno e processos de subjetivação: desafios para a Psicologia. In: ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (Orgs.). *Aborto e (Não) Desejo de Maternidade(s): questões para a Psicologia*. Brasília: CFP, p. 103-122.

Directivas Médicas Anticipadas. Consideraciones a nivel federal y en la provincia de Córdoba 10 años después de la reglamentación de la ley 26.529

Advance Healthcare Directives. Considerations at federal level and in the province of Córdoba 10 years after the regulation of Law 26.529

Carolina M. Ludueña¹ Andrés J. A. Casale²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)05)

Fecha de envío: 20.05.2023

Fecha de aceptación: 03.07.2023

RESUMEN:

Las Directivas Médicas Anticipadas son declaraciones con el fin de dejar establecidas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a la salud en momentos en los que no ya podrán ser exteriorizadas. Los derechos del paciente y las D.M.A. nunca estarán exentas de debates éticos, jurídicos y médicos. Se advierten dos aspectos problemáticos en el instituto analizado, uno vinculado a la sistematización de las historias clínicas y otro a los registros provinciales de D.M.A. Si bien la puesta en práctica de registros de D.M.A es un gran primer paso para una solución, la implementación de la historia clínica digital única abre un camino fundamental para el respeto de los derechos del paciente en general y el respeto de las D.M.A. en particular. La implementación del Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de Historias Clínicas a través de la ley 27.706 se enmarca en esa línea.

ABSTRACT

Advance Medical Directives are declarations of will in order to establish instructions related to decision-making about health issues at times when they can no longer be externalized. Patient Rights and A.M.D. will never be exempt from ethical, legal and medical debates. Two problematic aspects are noted in the analyzed institute, one linked to the systematization of

1 Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Derecho Empresario, Universidad Empresarial Siglo 21. Especialista en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Blas Pascal. Especialista en Derecho Público Global, Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España.

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0004-9017-2435>

2 Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Procesal de las Ejecuciones, Universidad Blas Pascal. Maestrando en Derecho de la Vejez, Universidad Nacional de Córdoba.

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0005-0245-8626>

Health Records, and the other linked to Interjurisdictional Registration of A.M.D. While the creation of A.M.D. Registrations is a great first step towards a solution, the implementation of a unique Electronic Health Record opens a fundamental path to patient rights respect in general and A.M.D. in particular. The implementation of the Single Federal Program for Computerization and Digitization of Medical Records through Law 27.706 its going on that way.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la Salud; Directivas Medicas Anticipadas; Historia Clínica Digital.

KEY WORDS: Health Law; Advance Healthcare Directives; Electronic Health Récord.

I. Introducción

Con el cambio de paradigma de la relación médico paciente que se ha producido en las últimas décadas la actitud paternalista del profesional, que tiene una historia de más de veinte siglos, ha llevado a tener en cuenta, ante la propuesta terapéutica, la decisión del enfermo, a fin de que se respete su voluntad de llevar adelante o no dicho tratamiento.

La figura de las Directivas Médicas Anticipadas, entendidas como declaraciones de voluntad mediante las cuales se manifiesta la intención de dejar expresas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud en momentos en los que no ya podrá exteriorizarlas, son reconocidas a partir de la sanción de la ley 26.529, luego modificada por ley 26.742 e incluidas posteriormente en el cuerpo del Código Civil y Comercial. Ellas complementan un cúmulo de normas referidas al derecho a la salud que desde fines del siglo pasado comenzaron a modificar la concepción clásica de la relación médico paciente.

La posibilidad de tomar decisiones relativas a la salud sobre el propio cuerpo pone en valor los derechos personalísimos reconocidos constitucionalmente derivados de la libertad y la autonomía. Con esa mira, y como contrapartida necesaria, el consentimiento informado es el acto por el cual un paciente presta conformidad, o no, a la propuesta médica, luego de recibir toda la información disponible, de manera clara y precisa acerca del diagnóstico que lo aqueja, el mejor tratamiento disponible, las alternativas terapéuticas, los beneficios, riesgos esperados y pronóstico.

El legislador, tomando nota de la posible afectación de esos derechos, ratificó expresamente la posibilidad de adoptar directivas anticipadas haciendo eco de su implementación en el derecho comparado y en la jurisprudencia local. Sin perjuicio de ello, el tiempo transcurrido desde su reconocimiento legal y reglamentación, nos obliga a preguntarnos si en la práctica su ejercicio es acorde con la intención originalmente tenida en cuenta. Este trabajo de investigación analiza el ordenamiento jurídico nacional e internacional sobre la materia, las posturas doctrinales que se han generado desde su entrada en vigor y, de modo crítico, evalúa si del modo en que ha sido instrumentado logra garantizar los derechos tutelados.

II.- Acerca de las directivas anticipadas.

Las directivas médicas anticipadas (en adelante y alternativamente D.M.A.) resultan ser manifestaciones de voluntad expresa, por la cual una persona en pleno uso de su capacidad de obrar puede anticipar directivas respecto a cuál sea su voluntad en orden al tratamiento de su salud en caso de enfermarse, o conferir mandato a una o más personas

determinadas, para que, en caso de incapacitarse, asuman su representación en orden a similar designio prestando el consentimiento informado en su nombre para una determinada práctica médica (Saux, 2015).

Por su lado, Aizenberg y Reyes (2014) entienden que son declaraciones de voluntad efectuadas por una persona mayor de edad, competente en términos bioéticos y capaz en términos jurídicos, de manera libre, mediante las cuales manifiesta anticipadamente la voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, sin necesidad de expresión de causa alguna, para que sean tenidas en cuenta en el momento en el que concurren circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad.

Las D.M.A. parten de la idea de que es el propio sujeto quien se encuentra en mejores posibilidades de decidir qué es lo que conviene. Imperioso resulta destacar que la toma de decisiones (en la vida, en general, y en cuestiones médicas, en particular) no es un proceso lineal, exclusivamente racional y razonable. Nuestras decisiones están impregnadas por nuestras consideraciones subjetivas, por nuestra cultura, nuestros miedos y temores, nuestras emociones y sentimientos. Por ello se considera que es el propio sujeto quien se encuentra en la mejor posición para decidir aquello que le conviene y respeta su concepción personal en relación al autocuidado de su salud (Ciruzzi, 2017).

En el ámbito local, desde la sanción de la ley 17.132 de “Ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas” en su artículo 19 inciso 3° se marca el camino para “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o delitos...”.

Más tarde, en 2009 fue sancionada la ley 26.529 de “Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado”, que regula los derechos de los pacientes en lo que atañe a su atención médica e incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las D.M.A.

III.- Regulación en el derecho argentino.

Como se adelantó, la mencionada ley 26.529 de Derechos del Paciente -con las modificaciones incluidas por ley 26.742- legisla en su art. 11 sobre las D.M.A. disponiendo que toda persona capaz, mayor de edad, puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Se regularon allí los derechos de los pacientes respecto a la autonomía de la voluntad, la información y documentación clínica, siendo indiferente si la vinculación contractual responde a un contrato con una empresa de medicina prepaga, por medio de una obra social, por un seguro de salud o cualquier medio de asistencia médica.

Dentro de esa nómina se incluyen una serie de derechos y principios que son relevantes a la hora de prestar servicios de medicina ya que las partes mantienen una vinculación de tipo contractual (Ramos, 2009).

El régimen prevé una serie de derechos del paciente como: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, información sanitaria y finalmente autonomía de la voluntad. Esto último se relaciona con la facultad que tiene el paciente de aceptar o rechazar determinadas terapias, procedimientos médicos o biológicos. Derecho que puede ejercer con o sin expresión de causa, e incluso revocar su voluntad en cualquier etapa del tratamiento médico. Se establece la facultad de los niños y adolescentes de tomar dichas decisiones en el ámbito de la ley 26.061 -de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes- respecto a las terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Asimismo, surge del decreto reglamentario N° 1089/12 que las directivas anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica y los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que esta implica desarrollar prácticas eutanasicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales directivas anticipadas. Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las directivas anticipadas, y es obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente (Calvo Costa, 2019). El autor citado destaca además del decreto en cuestión que, cuando el paciente rechace mediante directivas anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento, entendiendo por ello la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

Con posterioridad, en un proceso de constitucionalización del derecho privado, el Código Civil y Comercial recoge derechos ya reconocidos por ley 26.529, y ratifica el derecho del paciente a otorgar directivas médicas anticipadas.

El art. 60 del C.C.C establece que “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas”.

El C.C.C. reconoce dos situaciones diferentes. Por un lado, una persona puede manifestar su voluntad respecto a determinados tratamientos médicos o asuntos relativos a su salud para el momento de que, en caso de ocurrir una situación prevista, se accione conforme se lo indicara anticipadamente; o el otorgamiento de un mandato para que una persona designada decida por él sobre las mismas cuestiones de salud. Esta última posibilidad es consecuente con lo también normado por el art. 139 del código de fondo, que indica que toda persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.

Se advierte, por lo menos en este aspecto, mayor amplitud en la norma citada del C.C.C. que en lo anteriormente establecido para la materia por el art. 11 de la ley 26.529 y su reglamentación (decreto N° 1089/12). Esta última reconoce el derecho del paciente a “designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus

instrucciones” y de tal modo, el mandato conferido encuentra límites en las indicaciones previamente establecidas por el paciente, que pudo no haber previsto posibles desenlaces en su salud. Por otro lado, el derecho reconocido por el C.C.C. confiere la posibilidad de otorgar mandato respecto a la salud del paciente en general y en previsión de su propia incapacidad, pudiendo designar a las personas que expresaran el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

En palabras de Blanco (2017) fue sumamente útil extender el derecho previamente reconocido por la Ley del Paciente, ya que el sujeto al momento de redactar las directivas anticipadas sólo puede prever algunas de las situaciones en las que eventualmente pueda verse comprometido, en cambio, si designa una persona para que exprese el consentimiento, se abre un espectro de posibilidades, permitiendo que decida sobre la salud de la persona sobre la base del conocimiento real del incapaz, una relación de afecto y de acuerdo a las posibilidades de la ciencia médica al momento de la decisión.

Por otro lado, se advierte que se eliminan los requisitos de extrema formalidad que imponía en este punto la ley 26.529, contrariando la experiencia que muchas de nuestras más prestigiosas instituciones de salud ya habían trazado en orden al reconocimiento y validez de estos documentos. Su incorporación directa a la historia clínica, con pleno conocimiento del paciente y sus familiares, los dota de legitimidad y plena vigencia. No obstante ello, en el año 2016 sólo unos 30 cordobeses hicieron en un año la declaración anticipada para rechazar el encarnizamiento terapéutico. La mayoría son personas que tuvieron familiares en estado terminal³.

IV.- La forma.

Si bien el art. 60 del C.C.C. no contiene referencias a la forma requerida para tales actos jurídicos, el art. 11 de la ley 26.529 (t.o. 26.742) dispone que las directivas anticipadas deben “formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos”.

En cuanto a la formalización ante escribano, la doctrina notarial establece que el instrumento más adecuado es la escritura pública, en tanto provee al acto de fehaciencia, fecha cierta, matricidad y privacidad. Sumado a que asegura que la persona cuente con discernimiento, intención y libertad al momento del otorgamiento del acto. El requirente podrá recibir también el asesoramiento jurídico del notario junto con el de las demás personas y profesionales que considere adecuado, quienes podrán acreditar su participación firmando la escritura (Taiana de Brandi, 2009).

3 <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/pocos-declaran-cual-es-su-voluntad-frente-la-muerte/>

En la nota de La voz conforme enlace consignado de fecha 19 de julio de 2016 se lee “Sólo poco más de 30 personas concretaron hasta ahora en Córdoba la declaración de voluntad anticipada (DVA), es decir, la negativa formal a someterse a tratamientos o procedimientos médicos que apunten a prolongar la vida en forma artificial ante una enfermedad en etapa terminal o irreversible. Así lo informó Hugo Tangenti, el titular del Registro Único de Voluntades Anticipadas de la Provincia, que en estos días cumplió un año desde su creación en julio de 2015, en el marco de la ley provincial de muerte digna. El registro funciona en el Hospital Córdoba y de acuerdo con las normas locales vigentes, cualquier persona mayor de 18 años en uso de sus facultades puede suscribir una DVA. También puede hacerse a través de representantes en el caso de personas incapacitadas, con antecedentes y pruebas que funden el pedido. “Hasta ahora la mayoría de las declaraciones que se realizaron no son de pacientes con enfermedades graves sino de personas que han tenido familiares en situación terminal, que quieren evitarles a sus allegados pasar por ese dolor”, indicó Tangenti. “Pero también tuvimos algunos pocos casos de enfermos terminales”, dijo, a la vez que informó que hay muchísimas consultas que después no se concretan en una declaración. Como impacto positivo, Tangenti destacó que la nueva normativa y la DVA están siendo muy útiles en casos que antes planteaban importantes disyuntivas éticas a los profesionales médicos, por ejemplo ante la intubación de un paciente en situación aguda pero con mal pronóstico... Antes, si se intubaba a un enfermo, después no era posible legalmente retirar la asistencia respiratoria. Hoy, en cambio, sí se puede si la persona así lo dispuso, si el procedimiento no resultó en una mejoría real y la situación se torna irreversible”, finalizó....Un trabajo realizado por un equipo de la Universidad de Villa María determinó que el 68,7 por ciento de los médicos desconoce o tiene escasa información sobre la DVA.

Por otro lado, la norma también prevé que cualquier persona pueda concurrir ante el juzgado de primera instancia competente, también con dos testigos, a fin de dejar establecidas sus directivas médicas.

Así, se advierten dos posibles soluciones brindadas por el legislador, con características distintas pero que coinciden en darle legalidad, fecha cierta y fehaciencia. Quedará a disposición de cada persona, dentro de sus circunstancias, optar por cada una de las posibilidades, tomando en consideración la inmediatez, onerosidad y privacidad que cada una de ellas les puede aportar.

Originalmente, la ley 26.529 no establecía formalidad alguna para la emisión de una directiva médica anticipada, ni tampoco se refería a su revocabilidad. Era necesario realizar una mención en cuanto a la posibilidad de revocar dicha directiva en cualquier instancia posterior, así como también contemplar la modificación y/o sustitución de la declaración de conducta autorreferente en cualquier momento, a fin de preservar el respeto por el principio de autonomía personal. Asimismo, la declaración debe ser válida hasta tanto el paciente no la revoque expresamente o por cualquier modo fehaciente, sea su forma oral, escrita o por signos inequívocos de su voluntad.

Es dable remarcar que tanto la directiva realizada ante escribano público o en el juez de primera instancia competente y ante la presencia de dos testigos, deberá ser agregada a la historia clínica del paciente.

Como contrapartida, también es importante remarcar que, conforme la reglamentación del decreto N° 1089/2012 el paciente tiene la obligación arbitrar los recaudos para que sus directivas anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo, si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento y ellas deben documentar con su firma que consienten representarla.

Finalmente, las legislaciones locales, han creado también registros de directivas anticipadas en procura de facilitar la prueba de la autenticidad del documento.

V.- La legislación cordobesa.

La 10.058 de la provincia de Córdoba adhiere a la ley nacional 26.529, determina su ámbito de aplicación para aquellas personas con capacidad plena de obrar y plantea como limitaciones la eutanasia, la muerte por piedad y el acortamiento intencional de la vida. Crea el Registro Único de Voluntades Anticipadas a fin de garantizar, mediante su inscripción, el conocimiento de los sujetos llamados a intervenir, siendo obligación del declarante presentar su directiva para ser incorporada en su historia clínica. Prevé como funciones del Registro el asesoramiento a la comunidad y ser custodio de las DVA hasta cinco años después de la muerte de su otorgante en el ámbito del Ministerio de Salud de la provincia.

Garantiza los cuidados básicos y en su art. 5 propone definiciones bioéticas que esclarecen a médicos y pacientes (consentimiento informado, cuidados paliativos, declaración de voluntad anticipada, diagnóstico de enfermedad terminal, medidas desproporcionadas, medidas mínimas ordinarias). Plantea la posibilidad de formular una declaración de voluntad anticipada (DVA) “en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la

conurrencia de circunstancias clínicas que le impidan consentir o expresar su voluntad en ese momento” para que el médico o la institución se abstengan de someter al paciente a medidas desproporcionadas o de encarnizamiento terapéutico para prolongar artificialmente su agonía. En su artículo 8 prevé la revocación por el propio paciente de una DVA, ya que establece que prevalece su voluntad mientras conserve su “voluntad de actuación posibilidad de expresarse” por encima de una DVA anterior, aclarando que prevalece (art. 9) su última expresión de voluntad. La DVA se expresa por escrito y con un modelo de dos fojas, con alcance en la página web del Ministerio de Salud, si no puede ser confeccionada ante ese Registro donde puede ser entregada por el declarante, su representante, los directores médicos de los hospitales de la provincia, juez de paz o escribano público. Se garantiza la confidencialidad de la DVA, se prohíbe otorgarla a mujeres en estado de gestación y se autoriza a las personas enumeradas en el artículo 21 de la ley 24.193 a realizar una DVA.

VI.- Derecho comparado.

Podría decirse que la evolución de la ciencia médica y un consecuente aumento de la expectativa de vida de la población generaron inquietudes tanto en el territorio jurídico como en el bioético. En ese contexto empiezan a tomar protagonismo en el derecho comparado las denominadas D.M.A.

Como ejemplo de ello, en el año 1997, a través del Convenio de Oviedo el Consejo de Europa estableció de modo vinculante en el ámbito de la Comunidad Europea el derecho a la autonomía del paciente y reconoció sus deseos expresados con anticipación. Por su parte, Estados Unidos dictó, a lo largo de los últimos años y en sus diferentes Estados, regulaciones específicas sobre las denominadas Advance Directives. En la misma línea España sancionó en el año 2002 la “ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”. En Uruguay, por ley N° 18.473 del año 2009, también se reguló la “voluntad anticipada en tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen la vida en casos terminales”.

El advenimiento de las D.M.A. toma protagonismo a nivel mundial y local como una consecuencia necesaria para garantizar la autonomía del individuo en su rol de paciente, dándole visibilidad a una nueva forma de diálogo con el profesional tratante. En este sentido, se puede ver tanto en la normativa local como en el derecho comparado, que el legislador tuvo que darle expreso carácter vinculante a las directivas médicas anticipadas para que sean aceptadas por el equipo de salud.

Conforme lo demuestra la experiencia en el derecho comparado, en Francia y Canadá, el mandato preventivo con contenido bifronte patrimonial y extrapatrimonial, es una herramienta sumamente útil, práctica y accesible que permite realizar actos de administración ordinaria. De esta forma, se protegerían los intereses y los derechos de la persona sin necesidad de un proceso judicial de restricción de capacidad ni de la ingeniería jurídica de instrumentos tales como fideicomisos de administración, figura que los requirentes no suelen utilizar para resolver cuestiones cotidianas o de menor cuantía (Torres Campi, 2022).

VII.- Jurisprudencia.

De manera previa a la cita de la jurisprudencia nacional existente, no podemos soslayar que el fallo emblemático fue el dictado por la **Corte Suprema de Justicia de la Nación**

en autos "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", de fecha 07/07/2015, el que nos conduce a cuestionarnos si es necesaria la intervención judicial (y su autorización, claro está) para respetar una decisión anticipada por el paciente en los términos del art. 11 de la Ley de Derechos del Paciente y del art. 60 del Cód. Civ. y Com.

Sin perjuicio de dicho *leading case*, se transcriben a continuación los principales argumentos de las decisiones de tribunales inferiores en esta temática y que merecen ser destacados:

1. JCorrec. N° 4, Mar del Plata, "V., M. A. s/ autorización judicial", 06/11/2014: "Corresponde otorgar plena validez jurídica al instrumento de "directivas anticipadas" otorgado por la actora —en el caso, padece leucemia— pero las limitaciones de terapias consideradas invasivas por la solicitante, e incompatibles con su concepto de dignidad de la persona humana, en circunstancia alguna deben conducir a un abandono de persona, dado que siempre deber brindarse a la persona todos aquellos cuidados que permitan liberarla de sufrimientos evitables, sin incurrir en obstinación terapéutica" (cita online: AR/JUR/90149/2014)

2. JCorrec. N° 4, Mar del Plata, "B.I.N. causa 4033", 03/10/2014: "Las directivas anticipadas formuladas por una mujer de 84 años, expresando la elección del hogar geriátrico donde deseaba ser internada de resultar necesario, su deseo de no ser sometidas a prácticas médicas invasivas y la designación de personas para cumplir con sus voluntades, tienen plena validez dentro del sistema jurídico-constitucional, ello en virtud de su derecho inalienable de vivir y morir con dignidad, decisiones que implican una prolongación del derecho personalísimo de señorío sobre su propio cuerpo" (cita online: AR/JUR/90149/2014).

3. JCiv. y Com. 19ª Nom., Córdoba, "F., M. A. s/ amparo", 13/05/2014: "A la luz de lo dispuesto por el art. 19 de la CN, en cuanto protege los actos autorreferentes y otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar decisiones acerca de su persona, en tanto ellas no violen derechos de terceros, debe respetarse la voluntad del paciente mayor de edad, prestada previamente por escrito, en el sentido de no querer recibir transfusiones de sangre por ser contrarias a sus creencias religiosas, para priorizar su derecho inviolable a la autodeterminación, dichas creencias y su dignidad (...) El pedido efectuado por el progenitor de una persona mayor de edad para que se autorice la realización de una transfusión de sangre ante el grave estado de salud que presenta, debe ser rechazado al haber aquella manifestado su voluntad negativa mediante la suscripción de un documento en forma previa a recibir atención médica, ya que está en juego el derecho a la libertad religiosa, derecho natural inviolable de la persona, que autoriza la posibilidad de actuar conforme a su religión o convicciones morales y debe ser respetado (cita online: AR/JUR/13102/2014).

4. JCorrec. N° 4, Mar del Plata, "R. R. T.", 05/07/2012, "Las directivas anticipadas formuladas por un paciente terminal, expresando su firme deseo de no ser sometido a ninguna práctica médica que implicara sufrimiento e inútil prolongación de la vida, tienen plena validez dentro del sistema jurídico-constitucional y deben ser respetadas por la institución de salud en la que se trate su dolencia, ello en virtud de las pautas dadas por la ley 26.529 y de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Albarracini" (cita online: AR/JUR/35065/2012)

El fallo de la C.S. caratulado "**D., M. A.**" mencionado anteriormente, como se sostuvo

constituye quizás el pronunciamiento judicial de nuestro país más importante en materia de directivas anticipadas. En dicha sentencia se ha resuelto jurídicamente una de las cuestiones más delicadas y comprometidas, como es aquella que involucra tomar una decisión que involucra la vida (o la muerte) de una persona.

En el caso, las hermanas de un paciente (M. A. D.) que, a raíz de un accidente automovilístico, permaneció en estado vegetativo sin cambios clínicos por más de 20 años solicitaron la supresión de toda medida terapéutica de soporte vital, así como también la suspensión de su hidratación y alimentación enteral. La pretensión fue rechazada por los jueces de grado y de la Alzada. El Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén dejó sin efecto esa sentencia. El *curador ad litem* y el representante del Ministerio Público interpusieron recursos extraordinarios con fundamento en la arbitrariedad del fallo.

Al llegar el momento de dictar sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión apelada, con los fundamentos que pueden resumirse del siguiente modo:

A. La decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional —art. 19 de la Carta Magna— y así lo establece la ley 26.529 en su art. 11.

B. La petición efectuada por las hermanas y curadoras de un paciente que se encuentra en estado vegetativo permanente por más de 20 años, para que los profesionales de la salud se abstengan de proveerle a este todo tratamiento médico, se enmarca dentro de los supuestos previstos en la ley 26.529, al ser efectuada por los familiares legitimados, sin que se haya alegado o probado en la causa elemento alguno que permita sostener que esto implique desconocer la voluntad de aquel.

C. Los hermanos, conforme el art. 21 de la ley 24.193, son personas autorizadas a dar testimonio, bajo declaración jurada, de la voluntad del paciente impedido para expresar por sí y en forma plena la decisión de continuidad del tratamiento médico o el cese del soporte vital; estos hacen operativa la voluntad de aquel y resultan sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir, pero, por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a estas personas un poder incondicionado para disponer la suerte de una persona mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia.

D. Conforme el art. 21 de la ley 24.193, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente impedido para expresar, por sí y en forma plena, la decisión de continuidad del tratamiento médico o el cese del soporte vital no actúan a partir de sus convicciones propias, sino dando testimonio de la voluntad de aquel; no deciden ni "en el lugar" del paciente ni "por" el paciente, sino comunicando su voluntad; la decisión no puede ni debe responder a sentimientos de compasión ni al juicio que la persona designada por la ley se forme sobre la calidad de vida del paciente; tampoco puede basarse en criterios utilitaristas que desatiendan que toda persona es un fin en sí mismo; debe reflejarse la voluntad de quien se encuentra privado de conciencia y su modo personal de concebir para sí su personal e intransferible idea de dignidad humana, garantizando su autodeterminación.

E. La petición de retiro de medidas de soporte vital —hidratación y alimentación— realizada por las hermanas de una persona que se encuentra en un estado vegetativo

permanente a raíz de un accidente ocurrido hace más de 20 años, encuadra dentro de lo contemplado en los arts. 2º, inc. e), y 5º, inc. g) de la ley 26.529, pues, más allá de la especificidad de los procedimientos allí contenidos y de la expresa referencia que las normas contienen al respecto, existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que estas constituyen, en sí mismas, una forma de tratamiento médico.

F. En la medida en que las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión, no debe exigirse una autorización judicial previa para el ejercicio del derecho a la autodeterminación; esto se corrobora con los antecedentes parlamentarios que reflejan la manifestación de distintos legisladores de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes.

G. La modificación introducida a la Ley de Derechos del Paciente por la ley 26.742, de aplicación inmediata desde su vigencia, tuvo por principal objetivo atender a los casos de los pacientes aquejados por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, reconociendo a estas, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos, sin autorizar prácticas eutanásicas; tales previsiones no resultan incompatibles con las normas del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

H. Es necesario que las autoridades correspondientes contemplen mediante un protocolo las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente que se encuentre en la situación contemplada en los arts. 2º, inc. e, y 5º, inc. g de la ley 26.529; a tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere.

Es importante destacar que, al momento de iniciarse la petición judicial, no existía norma específica alguna, habiéndose sancionado durante el transcurso del proceso, la ley 26.529 de Derechos del Paciente, y luego su modificatoria ley 26.742. Pese a ello, la Corte Suprema —en los consid. 11 y 29— consiente la aplicación inmediata de dichas normas al caso, a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente en tales condiciones legales. Y, posteriormente, hace referencia a la necesidad o no de judicialización de las peticiones de este tipo, expresando en el consid. 31 que "el legislador no ha exigido que el ejercicio del derecho a aceptar o rechazar las prácticas médicas ya referidas, quede supeditado a una autorización judicial previa. Esta conclusión, basada en la lectura del texto de la norma que no formula ninguna referencia a esta cuestión, se ve corroborada al acudir a los antecedentes parlamentarios. De ellos surge que distintos legisladores manifestaron en forma contundente que la normativa introducida pretendía evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes", criterio similar al que también había adoptado el Máximo Tribunal en el fallo "Albarracini"⁴.

4 CS, 01/06/2012, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias", LA LEY 2012-D, 127, cita online: AR/JUR/21755/2012.

VIII.- Consideraciones finales.

La temática relativa a los derechos del paciente y directivas médicas nunca estarán exentas de ser motivos de debates éticos, jurídicos y médicos. No puede obviarse que, al dar garantías para el cumplimiento de esos derechos personalísimos del paciente, se puede afectar lo que hasta ese momento se consideraba como el normal ejercicio de la medicina. En concreto, esas directivas pueden influir en los criterios profesionales respecto al tratamiento que tenía el galeno involucrado, conforme a su formación, el juramento hipocrático y sus principios éticos y morales.

En cuando a la temática de este trabajo, entendemos que hay ciertos aspectos relativos a la efectivización de las D.M.A. que son tanto o más importante a nuestro parecer, que la formalidad misma que tenga el acto jurídico en sí.

De que valdría un documento fehaciente concretados con las formalidades legales estipuladas si llegada la oportunidad de hacerse efectivas las circunstancias que motivaron la voluntad del paciente no llegan a conocimiento del equipo médico.

Es aquí donde advertimos dos aspectos problemáticos vinculados a la sistematización de las historias clínicas por una parte y a los registros provinciales de D.M.A. por otra. En la práctica cotidiana, existen dificultades prácticas en cuanto a una circunstancia que puede configurarse respecto a un paciente que emitió una D.M. con todas las formalidades necesarias, la incluyó en su historia clínica, pero en oportunidad de hacerla efectiva, se encuentra hospitalizado en una institución sanitaria distinta de la que tiene registrada el elemento volitivo sobre su salud.

Consideramos que si bien la implementación de los Registros de D.M.A nos acercan a una posible solución, la realidad está distante de ello. Hasta que no se unifiquen las epicrisis de la población, en supuestos donde los pacientes privados de discernimiento o voluntad no poseen familiares que tengan conocimiento de que el enfermo en algún momento de su vida efectuó una DMA, el equipo médico no tiene posibilidad de acceder a ella si no se encuentra en la institución sanitaria que tiene registrado dicho instrumento. De manera consecuente, puede advertirse que situación similar sucede si no existe una comunicación interjurisdiccional entre los Registros Provinciales de D.M.A., si la intervención o tratamiento médico del enfermo se da en una provincia distinta a la que efectuó la directiva y fue registrada.

Creemos que la implementación de la historia clínica digital única abre un camino fundamental para el respeto de los derechos del paciente en general y el respeto de las DMA en particular. Recientemente con la implementación del Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de Historias Clínicas a través de la ley 27.706 se dio un gran paso al respecto. Si bien esta norma no hace referencia expresa a las DMA, la puesta en marcha de este plan progresivo de informatización abre las puertas para su inclusión a futuro en un sistema único de historias clínicas a nivel federal. Como detalle no menor, el consentimiento informado, contrapunto necesario de las directivas médicas anticipadas, sí se encuentra dentro del contenido obligatorio del mencionado programa.

En lo que respecta a la legislación cordobesa, no puede soslayarse que resulta ser la normativa de mayor desarrollo a nivel nacional con postulados interesantes a nivel de implementación de la voluntad anticipada y su modo de registro. No obstante, nos re-

sulta harto reprochable la regulación existente respecto a la prohibición de la mujer en gestación para participar de este derecho.

Finalmente, estamos convencidos que deberían realizarse campañas de difusión e información a la ciudadanía a efectos de que participe de este tipo de directivas la mayor cantidad de personas, puesto que resulta un instrumento útil y de avanzada en cuanto al respeto de los derechos humanos de los pacientes, su voluntad y dignidad en los momentos más difíciles de la vida, debiendo garantizarse mecanismos de accesos gratuitos a la emisión de la directiva anticipada.

Finalmente, concluimos este trabajo con una apreciación de la llevada a cabo por el Observatorio de Bioética de Barcelona (España) a cargo de la Dra. María Casado (2021) la que comparimos en su totalidad al decir que “es necesario promover y regular la creación de un registro general de DAS y a su vez fomentar la adopción de estas decisiones previas facilitando su otorgamiento a personas y centros, para lo cual es útil que haya modelos de documentos de DAS a disposición de quienes deseen acceder al derecho de otorgarlo y que, respetando siempre la multiplicidad de contenidos posibles, sirvan de esquema básico en el que inspirarse para la elaboración de un documento propio o bien para modificarlo a voluntad”.

Referencias Bibliográficas

- AIZENBERG, Marisa y REYES, Romina D. (2014), “El reconocimiento del derecho a la Auto-determinación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la ley 26.529”. 2/2/2014, cita: IJ-DCCCLXIII-927.
- BLANCO, Luis Guillermo (2017), “Directivas Anticipadas”. <https://salud.gob.ar/dels/entradas/directivas-anticipadas>. Febrero de 2017.
- CALVO COSTA, Carlos A. (2019). “Las directivas médicas anticipadas frente al derecho de la autodeterminación de las personas”; Publicado en: RCyS 2019-IX, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/2349/2019.
- CASADO, M. y ROYES, A. (2010) “Repercusión e impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre las voluntades anticipadas y sobre la eutanasia”, <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/104589>.
- CIRUZZI, María Susana, “El consentimiento informado en el CCyCN y en la ley 26.529 de derechos del paciente”, marzo de 2017, Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria (D.E.L.S); <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/81>.
- RAMOS, Santiago J. (2009). “Ley 26.529: Derechos del paciente en relación a los profesionales e instituciones médicas”, 15 de diciembre de 2009, www.saij.jus.gov.ar, Id SAIJ: DACF090096.
- SAUX, Edgardo (2015). “Comentario al art. 60”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. I, p. 312.
- TAIANA DE BRANDI, N. (2009), “El acto de autoprotección, la escritura pública y su registración”, en Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de CABA, N° 898 P. 109. XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Tema II: “El notario como garante de los derechos de las personas”, p. 23.
- TORRES CAMPI, Mariano y LIRIO CONTE, Melanie (2022), “Los derechos personalísimos y patrimoniales en los actos de autoprotección”. Cita: RC D 53/2022.

O anúncio médico nas redes sociais: entre a liberdade de expressão e a responsabilidade na comunicação social¹

Medical advertisement on social networks: between freedom of expression and liability in social communication

Alessandro Timbó Nilo²; Mônica Aguiar³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)06](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)06)

Fecha de envío: 07.06.2023

Fecha de aceptación: 23.06.2023

RESUMO:

O presente artigo discute a responsabilidade profissional médica nos anúncios médicos, sobretudo, nas redes sociais. Com o advento da pandemia da Covid-19, os médicos, assim como inúmeros outros profissionais, compulsoriamente afastados dos seus pacientes pelo distanciamento social imposto pelo vírus nos tratamentos eletivos e ambulatoriais, lançaram-se nas redes sociais trazendo a lume a discussão sobre quais limites normativos emolduram seus anúncios. Discute-se qual deve ser a natureza do anúncio médico, procedendo-se uma distinção entre propaganda e publicidade, espécies do gênero anúncio. E por fim discute-se o princípio da responsabilidade jonasiano como marco teórico para embasar as restrições já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que atualmente vêm sendo objeto de grandes questionamentos jurídicos e discussões doutrinárias por, em tese, reduzirem a liberdade de expressão médica.

RESUMEN:

Este artículo aborda la responsabilidad médica profesional en los anuncios médicos, especialmente en las redes sociales. Con la llegada de la pandemia de la Covid-19, los médicos, así como un sinnúmero de otros profesionales, obligados a alejarse de sus pacientes debido a la distancia social impuesta por el virus en los tratamientos electivos y ambulatorios, se lanzaron en las redes sociales sacando a la luz la discusión. sobre qué límites reglamentarios enmarcan sus anuncios. Se discute la naturaleza del anuncio médico, distinguiendo entre propaganda y publicidad, especies del género publicitario. Finalmente,

¹ Artigo associado ao Projeto de Pesquisa "A alteridade como mecanismo de efetivação do direito à saúde".

² Médico, Advogado, Especialista e Mestre em Direito Médico, Doutorando em Direito (Universidade Federal da Bahia). Professor da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), alessandronilo@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2105-8223>.

³ Advogada, Psicóloga, Acadêmica de Medicina, Mestre, Doutora em Direito, Professora Associada da UFBA (Universidade Federal da Bahia), monicaaguiarpsi@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4555-423X>.

se discute el principio jonasiano de responsabilidad como marco teórico para sustentar las restricciones existentes en el ordenamiento jurídico brasileño, que actualmente son objeto de importantes cuestionamientos jurídicos y discusiones doctrinales porque, en teoría, reducen la libertad de expresión médica

ABSTRACT

This article discusses professional medical liability about medical advertisements, especially on social networks. With the advent of the Covid-19 pandemic, doctors, as well as countless other professionals, compulsorily away from their patients due to the social distance imposed by the virus in elective and outpatient treatments, launched themselves on social networks, bringing to light the discussion about what limits regulations frame their advertisements. The nature of the medical advertisement is discussed, making a distinction between advertising and publicity, species of the advertisement genre. Finally, the jonasian principle of responsibility is discussed as a theoretical framework to support the existing restrictions in the Brazilian legal system, which are currently the subject of major legal questioning and doctrinal discussions because, in theory, they reduce the freedom of medical expression.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade médica; anúncios médicos; comunicação social médica.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad médica; anuncios médicos; medios médicos.

KEY WORDS: medical liability; medical advertisements; medical media.

1. Introdução

Vive-se, talvez, a maior mudança paradigmática social de todos os tempos com o advento da internet, dos smartphones⁴ e das redes sociais⁵. Neste cenário inovador foi concebido um grande poder de comunicação social jamais criado na história: a possibilidade de cada indivíduo se comunicar de forma gratuita com um número imenso de pessoas ao mesmo tempo, em qualquer lugar do mundo, a partir de um clique apenas.

Através de uma característica peculiar de sua linguagem, o *homo sapiens* consegue construir ficções que possibilitam reunir muitos estranhos em cooperação de maneira eficaz, acreditando em mitos comuns, em prol de um ideal único. Foi justamente esta capacidade de cooperar de maneira extremamente flexível através da linguagem, com um número incontável de estranhos, que trouxe a hegemonia da nossa espécie no planeta (Harari, 2019: 32 a 35)⁶. E esta capacidade de comunicação cooperativa, agora, com as redes sociais, ganhou uma força sem precedentes.

Ocorre que todo grande poder acarreta uma grande responsabilidade a reboque, como

4 No passado, um telefone celular, por exemplo, compreendia um número reduzido de tecnologias, essencialmente de hardware, vindas da eletrônica, e sua função era restrita à comunicação por voz. Hoje em dia, os celulares têm atributos que vão além dessa função, e os recentes desenvolvimentos os colocam como futura alternativa aos computadores portáteis (Neris et al, 2014: 397)

5 É, no início do séc. XX, que surge a ideia de rede social, a ideia de que as relações sociais compõem um tecido que condiciona a ação dos indivíduos nele inseridos. A metáfora de tecido ou rede foi inicialmente usada na sociologia, para associar o comportamento individual à estrutura a qual ele pertence e transformou-se em uma metodologia denominada sociometria, cujo instrumento de análise se apresenta na forma de um sociograma (Ferreira, 2011)

6 E este autor esclarece que foi justamente esta capacidade de criar ficções, uma “realidade imaginada”, diferente da “realidade física”, que não existiu nos neandertais, que levou a extinção destes pelos sapiens, mesmo estes sendo fisicamente seres inferiores.

refere Hans Jonas, este é “o dever do poder”⁷. E a humanidade, a partir desta hegemonia no planeta, vem interferindo sistematicamente na sobrevivência de outras espécies de seres vivos e na possibilidade de sobrevivência da própria humanidade (Potter, 1988).

Na esteira deste atual fenômeno social global de comunicação, os assuntos médicos e os próprios médicos em si, como qualquer outro ator social, também embarcaram nesta nova forma de comunicação. O anúncio médico, no sentido de comunicação médica para um público distante e indefinido de receptores não-médicos, que anteriormente só era possível a partir de um grande veículo de mídia tradicional, hoje tornou-se possível a partir do próprio telefone celular de cada médico.

Para catalisar ainda mais a problemática da responsabilidade médica na comunicação social, em 2020 surgiu a pandemia da Covid-19, e, conseqüentemente, este estado de necessidade coletivo causado pela crise sanitária mundial gerou imediatamente uma grande demanda adicional por informações médicas.

Corolário desta procura por informações para o enfrentamento de um inimigo desconhecido, múltiplas manifestações públicas sobre questões sanitárias tomaram conta das redes sociais, versando sobre assuntos como (i) possíveis medidas preventivas para se evitar o contágio da doença e achatar a curva de transmissão; (ii) alternativas e/ou aventuras terapêuticas; (iii) eficácia de uma eventual vacinação; (iv) eficácia de “tratamentos precoces” (seja no sentido de “preventivo” ou no sentido de “imediatamente quando surgirem os primeiros sintomas”); ou (v) até mesmo a promessa de cura para covid-19 (no sentido de “cura certa a partir de determinada terapêutica”).

Neste cenário de vulnerabilidade coletiva e incertezas geradas pela pandemia, apresentou-se de um lado o interesse social na informação médica sobre questões envolvendo essa doença tão particular e perigosa, e de outro lado a responsabilidade médica na divulgação destas informações, muitas ainda sem qualquer respaldo científico sobre uma doença errática, *suís generis* e ainda muito desconhecida.

E, no cerne desta problemática, essa quadra da história vem servindo para que se proceda um debate acalorado sobre qual deve ser o limite normativo a ser estabelecido, ou mantido, nos anúncios médicos nas redes sociais.

Assim, através de uma vertente jurídico-sociológica, que analisa o Direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e de efetividade das relações direito/sociedade (Gustin, 2010: 22), este trabalho se utiliza de metodologia qualitativa através pesquisa bibliográfica e documental, com raciocínio dedutivo, para tentar explicitar o conteúdo das premissas normativas que emolduram os anúncios médicos.

E como objetivo central, este artigo busca compreender os fundamentos bioéticos que podem embasar os atuais limites normativos brasileiros da comunicação social médica (anúncios médicos) à luz do direito médico⁸, da jurisprudência nacional, e, em especial,

⁷ Esta é uma outra noção de responsabilidade que não concerne ao cálculo do que foi feito *ex post facto*, ou seja, como ressarcimento ao eventual dano causado a outrem, mas a *determinação do que se tem a fazer*; uma noção em virtude da qual eu me sinto *responsável em primeiro lugar pelo objeto que reivindica o meu agir* (no caso aqui apresentado neste artigo, a *saúde* das pessoas), não por minha conduta e suas conseqüências (Jonas, 2006: 167).

⁸ Aqui a expressão “direito médico” encontra-se no sentido de ser o ramo do direito que estuda a *relação* paciente-médico num dado momento, o contrato de tratamento, seja um ato terapêutico ou diagnóstico (Nilo, 2020), não no sentido de ser o ramo que estuda a

a partir do princípio da responsabilidade (Jonas, 2006) para a mitigação de danos individuais e sociais.

II. Uma ampliação do dever de informação na atuação médica

A medicina, que tradicionalmente se dedica a aplacar a doença dos pacientes, teve sua prestação obrigacional ampliada nos últimos anos. O que antes se resumia apenas a um dever de cuidado (ou dever de segurança), no sentido de empreender todos os esforços possíveis na tentativa de cura ou de melhora do paciente, atualmente, soma-se também ao dever de informação (Dias, 2011: 285), decorrente do princípio do respeito à autonomia do paciente.

De maneira que ao médico é imposta a tarefa fundamental de informar ativamente o paciente sobre o seu estado de saúde (diagnóstico e prognóstico) para que este possa decidir qual tratamento poderá ser implementado, ou até mesmo se ocorrerá ou não qualquer tentativa de tratamento.

Este movimento de emancipação do paciente e melhoria do seu status informacional no contrato de tratamento tem origem relativamente recente, e se pauta, basicamente, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que na relação paciente-médico (Nilo e Aguiar, 2019) consubstancia-se no princípio do respeito à autonomia do paciente, que por sua vez tem com paradigma central o consentimento informado (Beauchamp e Childress, 2013).

O profissional médico, assim, além do dever de cuidado, passou a ter como dever correlato informar o paciente, sendo-lhe expressamente proibido deixar de esclarecer o paciente sobre todas as questões que envolvam a sua saúde e a sua eventual doença, incluindo as determinantes sociais, ambientais ou profissionais deste adoecer⁹. De maneira que esta informação ao paciente se tornou tão importante que se veda ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.¹⁰

A informação prestada diretamente ao paciente, em um contrato de tratamento, representa assim uma mitigação da medicina paternalista, de maneira que atualmente é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em situações de privilégio terapêutico.

Mas este dever do médico de informar refere-se à informação prestada diretamente ao paciente, individualmente considerado, quando da celebração de um contrato de tratamento no “silêncio do leito”. Sobre a necessidade desta comunicação específica, bem como acerca do consentimento informado, já temos vasta doutrina e uma orientação jurisprudencial no sentido da independência do dever de informação em relação ao dever de cuidado (Bergstein, 2012).

Ocorre que não se deve esquecer o conceito básico de que a medicina é uma atividade

“legislação atinente à profissão médica”, como defende França (2016).

9 Art. 13 do Código de Ética Médica, Resolução CFM 2.217/2018.

10 Art. 22 do Código de Ética Médica, Resolução CFM 2.217/2018.

tanto a serviço da saúde do indivíduo quanto das coletividades humanas¹¹. E durante a pandemia a importância da saúde em sua perspectiva coletiva ficou muito mais acentuada e evidente, mitigando até mesmo a própria autonomia do paciente individualmente considerado.

No entanto, para a comunicação realizada pelo médico em sua dimensão social, coletiva, na qual este se dirige publicamente em seus anúncios e manifestações para a sociedade como um todo e não para um paciente em específico, existe pouquíssima doutrina e jurisprudência a respeito, bem como quase nenhuma discussão bioética sobre a responsabilidade médica decorrente desta forma de comunicação ao público.

É neste horizonte de comunicação social médica exponencializada nos últimos anos que se tornou tão importante a discussão sobre os fundamentos bioéticos que sustentam as restrições normativas impostas aos anúncios médicos e às publicações médicas nas redes sociais.

III. Anúncios médicos: entre a propaganda e a publicidade, e o desserviço da jurisprudência ao mercantilizar juridicamente a relação paciente-médico.

Quando se trata de comunicação ao público, está-se sempre diante de um anúncio, que representa um gênero englobando duas espécies: propaganda e publicidade. Ambas as espécies de anúncios, a partir de perspectivas distintas, tentam influenciar no comportamento daquele que recebe a mensagem veiculada.

E a distinção básica é que enquanto a propaganda busca a difusão de uma ideia e/ou uma ideologia, a partir de um apelo moral e sem fim lucrativo; a publicidade propõe a difusão do que é vendável (um produto, um serviço ou uma marca), a partir da criação de um sentimento de necessidade/desejo no consumidor. Neste último caso, o anunciante visa o fim lucrativo, um retorno financeiro pessoal (Santos e Cândido, 2017: 10 e 11).

A despeito de que em todo anúncio de cunho venal (publicidade) há um pouco de informação útil (propaganda) a ser transmitida ao receptor da mensagem, bem como em toda propaganda pode haver alguma fração publicitária (que funcione como captação de clientela de forma mediata), a intenção básica subjacente ao anúncio deve ser identificável para que se possa estabelecer qual é o propósito predominante do anunciante. Pois, a depender daquilo que se pretende com o anúncio, uma conduta mais ou menos mercantil pode emergir daquilo que se anuncia.

Desta forma, as empresas fornecedoras de produtos ou serviços, normalmente, anunciam com um intuito mais publicitário do que propagandista, na medida em que o objetivo central da maior parte das empresas inseridas no mercado é a promoção de seus produtos ou serviços no intuito de criar no consumidor um desejo de obter o bem da vida oferecido pela empresa anunciante. A ideia central é favorecer a lucratividade da empresa através dos anúncios e ações promocionais (Kotler, 1999)¹².

Portanto, para fornecedores de produtos e serviços mercantis, os anúncios se prestam

11 Art. 2º, *caput*, da Lei 12.842/2013, refere que “o objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza” (grifou-se).

12 Nestas ações promocionais feitas pelos fornecedores comerciais estão, dentre outras: promoção de vendas, relações públicas, publicidade, mala direta, mailing list, clube de vantagens e de fidelidade, utilização de redes sociais etc.

para a movimentação de se “colocar clientes para dentro da loja” (seja ela uma loja física ou virtual), anunciando assim de forma a seduzir o consumidor para que ocorra aquisição o seu produto/serviço, mesmo que o consumidor não esteja efetivamente demandando por tais produtos/serviços. E para isso, o mercado ainda lança mão de outras inúmeras estratégias como obsolescência programa e obsolescência percebida (Santos *et al*, 2021).

Já os anúncios médicos devem ser no sentido de favorecer a movimentação oposta por parte dos pacientes. A ideia central de um anúncio em medicina deve ser informar a população para que se evite que as pessoas se dirijam aos hospitais, ou seja, para se evitar ao máximo que “os clientes” (pacientes) venham para as “lojas” (clínicas e hospitais). Tanto que a meta de uma internação hospitalar é dar alta para o paciente, afastando-o definitivamente do hospital, se possível, e não o manter no nosocômio “consumindo”.

Este direcionamento diametralmente oposto na comunicação da atividade médica, no que tange o convencimento do receptor da mensagem (paciente), ficou muito evidente na pandemia na medida em que o médico teve de fazer anúncios no sentido de esclarecer a população de como ela deveria agir para que se prevenisse da contaminação pelo vírus. E, caso uma pessoa fosse contaminada ou apresentasse sinais e sintomas sugestivos de Covid-19, oferecer as informações de como o paciente deveria proceder para que a sua recuperação fosse a melhor possível, evitando-se ao máximo o seu contato com o hospital ou uma possível internação.

Esta diferença básica no propósito dos anúncios médicos torna clara uma das grandes características da atividade médica, especificamente na relação paciente-médico, na medida em que o objetivo central na divulgação de um tema não deve ser o incentivo pelo consumo de um tratamento, em busca do potencial lucro decorrente deste tratamento. Ao contrário disso, deve-se buscar a ilustração da população sobre medidas preventivas que justamente podem evitar ou prevenir a necessidade de uma eventual intervenção médica¹³. O objetivo central é a promoção da saúde das pessoas.

Na hierarquia dos objetos, portanto, em primeiro lugar na comunicação médica vem a promoção da saúde dos pacientes e das coletividades, ao contrário de uma comunicação mercantil (publicidade) que em primeiro plano busca a lucratividade da empresa ao atrair o consumidor para dentro da loja.

A definição do propósito central, na hierarquia dos objetos, é fundamental, pois é a partir do propósito primeiro a ser alcançado que se determina a tomada de decisões¹⁴. Se o médico objetiva em primeiro lugar o lucro (por uma conduta/anúncio autopromocional, sensacionalista ou mercantilizador), sua tomada de decisões e o próprio propósito da atividade médica restará comprometida, ao colocar a saúde do paciente em um plano

13 Ou ainda ilustrar a população sobre medidas que, se corretamente tomadas, podem minorar um dano a ser experimentado pelo paciente. É neste sentido que se encontra a melhor exegese do §2º, do art. 1º do Decreto-Lei 4.113/1942, quando refere que “não se compreende nas proibições deste artigo anunciar o médico (...), pela imprensa ou pelo rádio, conselhos de higiene e assuntos de medicina ou de ordem doutrinária, sem caráter de terapêutica individual”.

14 Sobre a compreensão do propósito da atividade médica e consequente a tomada de decisão Caplan (2019) refere que “o comportamento do consumidor não é característico de nosso sistema de saúde porque, com toda franqueza, não é realmente um negócio orientado para o mercado. Nosso sistema de saúde não possui as informações e os pacientes não têm condições de fazer compras ou pesquisas que os levariam a agir como se fosse um mercado. Acho que eles são muito mais vulneráveis, mais dependentes; ficam mais frequentemente no escuro e geralmente não têm escolha. A sala de emergência em que você acaba não é algo que você comprou online. Eu realmente acho que devemos parar de falar sobre nossos pacientes como consumidores. (...)” (tradução livre).

inferior.¹⁵

É no cerne de toda esta fundamentação que os anúncios em medicina devem ser predominantemente propaganda e não publicidade. Justamente neste sentido, encontram-se os dispositivos normativos do Decreto-Lei 4.113/1942, a principal lei ordinária federal brasileira que estabelece limites para a comunicação social médica.

A longevidade do referido diploma normativo, com mais de oitenta anos de vigência, demonstra o acerto de suas restrições, bem como denota sua provável necessidade de atualização em face da recente modificação paradigmática que sofreu a comunicação médica com o advento das redes sociais.

Apesar de antigo, o referido Decreto-Lei, acertadamente, já esclarecia em sua ementa que seu propósito é a normatização da “propaganda” médica, demonstrando sua correta adequação semiótica no sentido de que aos médicos cabe apenas fazer anúncios de aconselhamento sanitário, e não utilizar sua comunicação social com intuito mercantil (publicidade). O viés da propaganda é reforçado textualmente quando o diploma refere que “não se compreende nas proibições deste artigo anunciar o médico (...), pela imprensa ou pelo rádio, *conselhos de higiene e assuntos de medicina ou de ordem doutrinária*, sem caráter de terapêutica individual” (grifou-se) (§2º, do art. 1º do Decreto-Lei 4.113/1942).

Segundo o referido diploma, ao médico (i) é vedado anunciar publicamente a cura de determinadas doenças, para as quais não haja tratamento próprio, segundo os atuais conhecimentos científicos¹⁶; (ii) é vedado anunciar especialidades ainda não admitidas pelo ensino médico, ou que não tenham tido a sanção das sociedades médicas¹⁷; (iii) bem como é vedado anunciar referências a métodos de tratamento e diagnóstico não consagrados na prática corrente ou que não tenham tido a sanção das sociedades médicas¹⁸.

O referido diploma ainda tem um dispositivo muito importante, que se amolda perfeitamente ao atual contexto de mídias sociais, ao vedar ao médico anunciar sistematicamente agradecimentos manifestados por clientes¹⁹. E mais ainda, pode funcionar como uma norma penal em branco, a ser complementada pelas restrições deontológicas, quando expressamente veda anúncios que atentem contra a ética médica²⁰.

Este dispositivo, pouco analisado pela doutrina e sem menção na jurisprudência nacional, tem uma importância fundamental na restrição dos anúncios médicos na medida em que confere à deontologia médica a tarefa de integração do direito, especificando o conteúdo do que pode ou não ser considerado como um anúncio médico ilegal.

E, caso o médico extrapole os limites das normas deontológicas, poderia estar incorren-

15 O Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018), em seu capítulo que disciplina a remuneração profissional, tenta coibir a mercantilização de forma expressa, a partir do seu Art. 58, que declara que “é vedado ao médico o exercício mercantilista da medicina”. Ocorre que infelizmente inúmeros médicos prescrevem tratamentos sem indicação para os pacientes, com o mero intuito de receber uma remuneração da farmácia de manipulação, ou de uma empresa que forneça equipamentos ou produtos médicos. Nestes casos, por objetivar o lucro e não a saúde do paciente em primeiro plano, os médicos podem gerar graves prejuízos à saúde do paciente.

16 Art. 1º, I, do Decreto-Lei 4.113/42

17 Art. 1º, V, do Decreto-Lei 4.113/42

18 Art. 1º, XI, do Decreto-Lei 4.113/42

19 Art. 1º, XI, do Decreto-Lei 4.113/42.

20 Art. 1º, XI, *in fine*, do Decreto-Lei 4.113/42.

do em exercício ilegal da medicina, pois estaria exercendo, ainda que a título gratuito, a profissão de médico excedendo os limites legais²¹, sujeitando-se a uma pena de detenção de seis meses a dois anos.

Todas estas restrições gravitam as ideias centrais de que (i) a medicina não deve ser anunciada de forma sensacionalista ou autopromocional, pois a ideia central não deve ser a captação de clientela, pois esta perspectiva mercantil-lucrativa subverte o próprio objeto central da atividade médica (promoção da saúde); bem como (ii) o médico deve apenas se manifestar publicamente divulgando um conhecimento científico minimamente seguro, afinal, propalar informações ainda sem efetiva comprovação pode ser um grande desserviço no potencial mal que se pode causar no público-alvo.

Um dos grandes problemas nesse tema é que, segundo a jurisprudência nacional e a partir de uma interpretação meramente literal, o médico enquadra-se juridicamente como um “fornecedor” de serviços inserido no mercado de consumo (Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990), o que termina por cancelar os anúncios médicos com o propósito de captação de clientela, na medida em que o médico seria um “mercador da saúde”, ainda que essa interpretação jurisprudencial esbarre em claras antinomias: (i) literal com a deontologia médica²²; (ii) lógico-sistemática com o próprio CDC²³; e (iii) teleológica com outras leis ordinárias²⁴.

Nesta opção interpretativa, não seria coerente enquadrar o médico como um fornecedor do mercado de consumo e, ao mesmo tempo, impedi-lo de exercer fazer publicidade, uma arma importante na acirrada disputa pelo lucrativo mercado da saúde.

Mais ainda, ao enquadrar o médico como um fornecedor mercantil, depois do advento da lei de liberdade econômica (Lei 13.874/2019), o Conselho Federal de Medicina e os Regionais estariam com sua competência normativa esvaziada no tema de anúncios médicos, pois, as garantias da livre iniciativa econômica abarcam, dentre outras, o dever da administração pública em evitar o abuso do poder regulatório de maneira a “indevidamente restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal”²⁵.

21 Esta é a literalidade do art. 282 do Código Penal Brasileiro, que estabelece que é vedado ao médico “exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites” (grifou-se).

22 O Princípio Fundamental nº IX do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018) assevera que “A medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”, e o Art. 58 do mesmo diploma veda ao médico “o exercício mercantilista da medicina”. Portanto, existem princípios e regras no CEM que são antinômicas com o enquadramento proposto pelo judiciário brasileiro.

23 Além do Código de Defesa do Consumidor não trazer as palavras “paciente” ou “médico” em todo o seu texto, apenas a título de exemplo, o diploma consumerista refere que (i) “é completamente nula a cláusula contratual que exclua ou mesmo atenua o dever de indenizar em caso de dano” (art. 51, I); que (ii) “é prática abusiva executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor” (art. 39, VI); que (iii) “é prática abusiva deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério” (art. 39, XII); que (iv) “é prática abusiva permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo” (art. 39, XIV), de maneira que nenhuma destas restrições pode ser atribuída à atividade médica, sobretudo em unidades de emergência e urgência, em função do bem jurídico envolvido, a saúde das pessoas. Mais ainda, caso o médico cumpra estas imposições do CDC, pode incorrer no crime do Art. 135-A do Código Penal Brasileiro. Para uma análise mais pormenorizada da inadequação do enquadramento da relação paciente-médico no Código de Defesa do Consumidor, endereça-se o leitor para Nilo e Aguiar (2018).

24 A título de exemplo, a Lei 12.842/2013, conhecida como “A Lei do Ato Médico” que dispõe sobre o exercício da medicina, esclarece que “o objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza” (Art. 2º, *caput*), de maneira que se o objeto central da atividade é a promoção da saúde, não pode ser ao mesmo tempo a obtenção de lucro, o que traz uma clara e básica distinção que permeia toda a atividade médica e sujeita os médicos a uma série de restrições em seu agir.

25 Art. 4º, VIII da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

Ou seja, o antigo e incompleto Decreto-Lei 4.113/42 seria a única barreira normativa para os excessos nos anúncios médicos, e as resoluções do Conselho Federal de Medicina e dos Regionais (que compõem a Autarquia reguladora do setor), não poderiam funcionar como delimitadores da publicidade médica, na medida em que a atividade médica é de consumo segundo entendimento da jurisprudência nacional.

Sobre este enquadramento, já existe doutrina contrária à mercantilização jurisprudencial da relação paciente-médico (Nilo e Aguiar, 2018) (Kfoury, 2013) (Souza, 2015). No entanto, esta doutrina crescente ainda não conseguiu modificar o entendimento do judiciário que, sob a ideia de proteção do paciente, míope neste caso, mais prejudica do que protege a relação paciente-médico ao adotar o atual entendimento de enquadrar o paciente como consumidor e o médico como fornecedor.

Certo é que o cenário de incertezas está posto, resta saber qual será o caminho adotado pelo judiciário, que, até o momento, em franca contradição, tem ao mesmo tempo preservado o poder normativo dos Conselhos em matéria de anúncios médicos, impedindo com que os médicos promovam sua publicidade livremente, e classificando o médico como um fornecedor inserido no mercado de consumo, em franca cilada hermenêutica com o advento da Lei de Liberdade Econômica.

IV. O arcabouço normativo brasileiro dos anúncios médicos.

O Decreto-Lei 4.113/42, que tem status de Lei Ordinária Federal, faz remissão direta à ética médica (como demonstrado acima, no art. 1º, VII), fazendo surgir todo um plexo de normas infra legais deontológicas nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que ampliam, complementam e especificam as restrições em anúncios médicos.

Vale destacar que a competência normativa do Conselho Federal e os Regionais de Medicina para “legislar” em assuntos médicos de maneira mais ampla sustenta-se ainda na Lei 3.268/57, que os transformou, em seu conjunto, numa autarquia federal com autonomia administrativa e financeira.

Uma Autarquia é uma pessoa jurídica de direito público, para qual há a outorga de um serviço, ou seja, é transferida tanto a execução quanto a titularidade de um serviço público à pessoa jurídica diversa do Estado, constituindo-se na chamada descentralização por serviço ou descentralização funcional, feita sempre mediante lei específica (Carvalho, 2019). Neste caso, transferiu-se a execução e a titularidade do poder normativo sobre a atividade médica para o CFM e os Regionais²⁶.

Em complemento à Lei 3.268/53, e reforçando a aqui defendida competência normativa e sancionadora do CFM e Regionais, a Lei do Ato Médico (Lei 12.842/2013) deixa claro que a competência fiscalizadora da autarquia abrange a fiscalização e o controle dos procedimentos experimentais em medicina, bem como “a aplicação das sanções pertinentes em caso de inobservância das normas determinadas pelo Conselho Federal” (Art. 7º, parágrafo único, *in fine*).

26 Art. 2º da Lei 3.268/57: “O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ÉTICO da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.”

E ao legislar sobre anúncios médicos, as normas deontológicas que disciplinam o tema buscam reforçar justamente os dois pontos supramencionados: (i) evitar-se a mercantilização da atividade médica para que não haja a subversão do objeto da medicina e (ii) contribuir para a preservação da segurança (saúde) do paciente e das coletividades receptores das mensagens, ao vedar a divulgação de informações sensacionalistas ainda sem o devido reconhecimento científico.²⁷

Esta análise da deontologia médica infralegal deve começar pelo próprio Código de Ética Médica, que nem sempre previu restrições aos anúncios médicos com estes dois propósitos principais aqui apresentados. Apenas em edições relativamente recentes, a partir do penúltimo Código promulgado (Resolução CFM nº 1.931/2009), os anúncios médicos ganharam tratamento em um capítulo específico.

Fazendo um breve panorama histórico (Monte, 2009), o primeiro Código de deontologia médica aprovado no Brasil, de cunho autoritarista, é de 1931 e completamente silente sobre o tema aqui abordado. Em 1945 surgiu um novo Código, mas manteve sua característica paternalista (lastreado na beneficência médica), e na década de 50, em 1953, surgiu um 3º Código, este da Associação Médica Brasileira, também sem grandes novidades.

Já em 1965, no primeiro Código após a promulgação da Lei 3.268/57 – diploma que instituiu o Conselho Federal de Medicina e os Regionais – surge pela primeira vez uma preocupação deontológica com os anúncios em medicina, no entanto, neste momento inicial, as regras eram restritas às “publicações de trabalhos científicos”, e não havia restrições aos anúncios médicos endereçados à população. E, apesar de ainda manter-se paternalista em essência, este código já trouxe um caráter mais humanitário.

No Código subsequente, de 1984 (Res. CFM 1.154/84), surgem pela primeira vez as restrições à “publicidade”²⁸ médica, associadas às restrições nas publicações de trabalhos científicos, entre os arts 68 a 79, encerrando o referido Código. No entanto, esta “evolução” normativa vem com um defeito semiótico, pois, como já demonstrado acima e com base na própria nomenclatura legal utilizada no Decreto-Lei 4.113/42, a melhorar palavra para os anúncios médicos seria “propaganda” e não “publicidade” como o CFM vem utilizando em seu Código de Ética Médica.

Já em 1988, na esteira da redemocratização do país, surge um novo Código de Ética Médica, sendo a primeira edição que coloca a deontologia em seus atuais termos, mais humanitarista e solidária, sendo que este foi um diploma que contou com ampla participação da sociedade civil em sua composição. Neste Código, foram mantidas no último capítulo as restrições para a “publicidade” e publicação de trabalhos científicos²⁹.

27 Este duplo objetivo fica claro na “Apresentação” da resolução CFM nº 1.974/2011, também de nominada “Manual de Publicidade Médica”, quando o então presidente do CFM, Dr. Roberto Luiz d’Ávila esclarece que “numa sociedade consumista, na qual valores, infelizmente, se diluem, a medicina deve atuar como guardião de princípios e valores, impedindo que os excessos do sensacionalismo, da autopromoção e da mercantilização do ato médico comprometam a própria existência daqueles que dele dependem”. Conselho Federal de Medicina (2011: 09).

28 Como explanado alhures, a melhor nomenclatura tendo em vista o telos da norma, bem como a própria nomenclatura utilizada no decreto-Lei 4.113/42 que já estava em vigor, seria “propaganda” médica. No entanto, este cuidado semiótico passou despercebido pelo “legislador” infra legal e mantém-se assim até o Código atual, com uma nomenclatura inadequada ao propósito das restrições impostas.

29 Resolução CFM nº 1.246/88, entre os arts. 131 a 140.

Apenas no penúltimo Código³⁰, em 2009, a “publicidade” médica foi isolada em um capítulo específico, apartada das restrições envolvendo trabalhos científicos, permanecendo no último capítulo do Código, entre os Arts. 111 a 118.

Esta topografia manteve-se no atual Código³¹, com a “publicidade” médica no último capítulo do diploma, mas com a diferença de que o atual Código de Ética Médica passou a fazer referência expressa à utilização das redes sociais, quando no §2º do art. 37 estabelece que “ao utilizar mídias sociais e instrumentos correlatos, o médico deve respeitar as normas elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina”.³²

V. O princípio da responsabilidade: uma análise bioética dos anúncios médicos na relação paciente-médico.

Usualmente o direito se preocupa com a responsabilidade dos profissionais de saúde como a possibilidade de se exigir uma “prestação de contas”, como uma imposição inteiramente formal de todo agir causal entre humanos. Por exemplo, se um médico causa um dano a um paciente, através de uma conduta culposa, aquele deve reparar o mal causado a este ressarcindo posteriormente os prejuízos comprovadamente causados.

Ocorre que há uma outra noção de responsabilidade que não se refere ao cálculo do que foi feito após a ocorrência do fato danoso, a qual não tem relação com “aquilo que *eu* fiz”, mas com o bem jurídico (reconhecimento do bem da vida intrínseco tutelado pelo direito, neste caso, a saúde das pessoas) que reivindica meu agir. Nesta perspectiva, os profissionais de saúde devem ser responsáveis pelo bem-estar biopsicossocial do paciente, não sendo algo autorreferente, mas endereçado ao próprio *outro* (Jonas, 2006: 167).

Como refere Hans Jonas em sua teorização sobre o tema “o ‘porque’ encontra-se *fora de mim*, mas na esfera de influência do meu poder, ou dele necessitando ou por ele ameaçado” (grifou-se). Aquele que é dependente (o paciente) dá ordens em seu *direito intrínseco* de ter sua saúde preservada e o poderoso (o médico) se torna sujeito à obrigação dado o seu *poder causal* (Jonas, 2006: 167).

Portanto, aqui há uma ideia não de correção ou compensação (de algo ocorrido no passado), mas de prevenção e cuidado prévio (para se evitar um mal futuro) a qual se constitui, perfeitamente, em fundamento das restrições aos anúncios públicos realizados por médicos, que, ao se pronunciarem, possuem grande responsabilidade naquilo que dizem em função (i) do status que possuem como detentores de um discurso de autoridade em seara médica e do (ii) do bem intrínseco envolvido.

Esta é uma ética da responsabilidade futura diferente daquela noção de “responsabilidade” formal e vazia de cada ator por seu ato” (Jonas, 2006: 167). E que existe em função da assimetria dos seres envolvidos que nunca podem ser absolutamente iguais. A despeito do atual entendimento de que a relação paciente-médico tem natureza contratual, a sua assimetria permanece, sobretudo em função justamente da distância informacional que as partes possuem (hipossuficiência técnica do paciente).

30 Resolução CFM nº 1.931/09.

31 Resolução CFM nº 2.217/18.

32 Esta remissão às redes sociais, na verdade, já havia sido incorporada à Resolução nº CFM 1.974/2011 pela Resolução nº CFM 2.126/2015, que alterou as alíneas “c” e “f” do art. 3º, o art. 13 e o anexo II da Resolução nº CFM nº 1.974/11, a qual deve ser lida de forma lógico-sistemática com o §2º do art. 37 do atual Código de Ética Médica, o qual prescreve que “ao utilizar mídias sociais e instrumentos correlatos, o médico deve respeitar as normas elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina”.

Quando há relações assimétricas, “a liberdade de cada um encontra-se, assim, enquadrada por limites que o mais vulnerável pode opor àquele que se beneficia de uma posição de poder predominante” (BYK, 2015: 362). Desta forma, é preciso que se entenda que, no sentido jonasiano, a responsabilidade além de se relacionar com o outro, surge em uma relação necessariamente não-recíproca, pois “não é evidente que possa haver responsabilidade, em sentido estrito, entre dois seres absolutamente iguais” (Jonas, 2006: 169). É neste cenário que a delimitação da “liberdade de expressão” do médico, em assuntos envolvendo terapias ou promessa de resultados em tratamentos, sobretudo em face da covid-19, ganhou um relevo ainda maior.

A responsabilidade no comunicar, que pode trazer graves consequências a um número indeterminado de pessoas, e em função do importante bem da vida envolvido no caso dos médicos, deve mitigar o direito do médico de se expressar livremente. “Enfim, quanto menos se age, menor é a nossa responsabilidade, e, na ausência de um dever positivo, evitar a ação pode constituir uma recomendação de prudência” (Jonas, 2006: 166).

Considerações finais

No presente artigo buscou-se fundamentar a importância das restrições nos anúncios médicos que tentam preservar a saúde dos pacientes e das coletividades, seja através de uma restrição à mercantilização da atividade médica, com a consequente utilização de serviços médicos de forma desnecessária, como se fosse um serviço de consumo qualquer, seja através da restrição às informações médicas que ainda não repousam numa mínima certeza científica.

Assim, nos anúncios médicos em geral, tanto em mídia aberta tradicional, quanto na atualmente predominante rede social do próprio médico, em nenhuma hipótese os galeanos deveriam divulgar, publicamente, qualquer informação de maneira sensacionalista, autopromocional ou sobre tratamento ainda não reconhecido por autoridade competente.

Reconhece-se que a legislação ordinária específica aplicável aos anúncios médicos precisa de atualização, mas a jurisprudência nacional, apesar de estar presa numa cilada hermenêutica ao enquadrar a relação paciente-médico na esfera consumerista, vem reconhecendo a competência normativa do Conselho Federal de Medicina e Regionais para promover legítimas restrições na liberdade de expressão dos médicos nas redes sociais.

Uma coisa é prescrever no silêncio do leito, caso-a-caso, uma medicação experimental ou *off label*³³ em uma aventura terapêutica devidamente consentida pelo paciente. Outra, completamente diferente, em função de sua responsabilidade profissional na comunicação social, é divulgar abertamente para o público leigo que determinada medicação ou tratamento, ainda sem comprovação científica, pode ser utilizado para uma doença, sobretudo em um contexto de pandemia.

33 O uso *off label* (OL) de um medicamento, ou seja, para uma indicação não descrita na bula, ocorre quando se usa uma medicação já aprovada para utilização em uma determinada doença (on label), mas ainda não para daquela na qual se utiliza no caso concreto (*Off label*). Este uso OL é feito por conta e risco do médico e do paciente, podendo gerar uma responsabilização contra o médico se não houver o devido consentimento informado, mas em parte das vezes trata-se de um uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado. Este uso pode até ser feito no silêncio do leito, mas nunca publicizado em mídia aberta, sobretudo em função da não autorização expressa pelas autoridades competentes.

Caso proceda-se este tipo de anúncio, que nesse contexto pode ser tanto sensacionalista, quanto autopromocional ou de conteúdo inverídico, a conduta médica encontra importante óbice na deontologia médica³⁴ e na legislação ordinária federal³⁵, sendo que estas barreiras, em função do princípio da responsabilidade, não podem ser mitigadas em nome da liberdade de expressão.

Assim, enquanto não houver a comprovação da eficácia, reconhecida por autoridade médica competente, de uma medicação ou tratamento anunciados em público, estes podem até ser utilizados pelo médico no silêncio do leito e no exercício de sua autonomia, desde que em sua avaliação fundamentada os potenciais benefícios superem os riscos para aquele determinado paciente em específico, e desde que o paciente esteja ciente de todos os riscos e benefícios envolvidos na “aventura terapêutica” através de um consentimento livre, esclarecido e expresso do paciente.

No entanto, na medida em que a ineficácia da medicação passa a ser reconhecida por autoridade competente, o médico nem mesmo mais poderá prescrevê-la, extrapolando os limites de sua autonomia profissional, podendo, neste caso, ser responsabilizado administrativa, civil e criminalmente caso haja eventual dano ao patrimônio moral ou material do paciente ou caso promova o anúncio público de tal tratamento.

Neste sentido, é muito pertinente o expediente de suspensão cautelar do exercício da medicina decorrente de publicidade ilícita em redes sociais, envolvendo anúncios de substâncias ou tratamentos ainda sem o devido reconhecimento científico, na medida que esta conduta põe em risco um número indeterminado de pacientes receptores da mensagem médica. O princípio da responsabilidade de Hans Jonas parece ser um excelente fundamento teórico para a manutenção destas limitações nos anúncios médicos.

O problema da comunicação social médica está posto. A responsabilidade médica, quanto ao dever de informação, não pode se restringir apenas à beira do leito, tendo de ser observada e cumprida também em sua dimensão social, pois, a depender do que seja anunciado, um dano coletivo enorme pode surgir a partir de uma “simples” mensagem.

Bibliografia

- Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2013). *Princípios de ética biomédica*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola.
- Bergstein, G. (2012). *Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova* [tese de doutorado]. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-144339/pt-br.php>.
- BYK, C. (2015). *Tratado de bioética: em prol de uma nova utopia civilizadora?* São Paulo: Paulus.

34 No mencionado Art. 113 da Resolução CFM 2.217/2018 (Código de Ética Médica).

35 Assim agindo o médico, como mencionado acima, estaria incorrendo no exercício ilegal da medicina por violação do Art. 1º, incisos I e IX do Decreto-Lei 4.113/42, os quais vedam, respectivamente, ao médico anunciar “cura de determinadas doenças, para as quais não haja tratamento próprio, segundo os atuais conhecimentos científico”, bem como fazer “referências a métodos de tratamento e diagnóstico não consagrados na prática corrente ou que não tenham”.

- Caplan, A. L. (2019). *No, Patients Are NOT Consumers, and MDs Are NOT Providers* – Medscape. Disponível em: <https://www.medscape.com/viewarticle/911562>.
- Carvalho, M. (2019). *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM.
- Conselho Federal de Medicina (2011). Manual de publicidade médica: Resolução CFM nº 1.974/11. Brasília. Disponível em:
- Decreto-Lei 4.113/42. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decrei/1940-1949/decreto-lei-4113-14-fevereiro-1942-414086-publicacaooriginal-1-pe.html>.
- Dias, J. de A. (2011). *Da Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris.
- Ferreira, G. C. (2011). Redes Sociais de Informação: uma história e um estudo de caso. In: *Perspectivas em Ciência da Informação*, 16, (3), 208-231. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pci/a/hX6dWhCGmVCqGCC6ZnhgSMw/?format=pdf&lang=pt>
- França, G. V. (2016). *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Forense.
- Gustin, M. B. de S. (2010). *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: DelRey.
- Harari, Y. N. (2019). *Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: L&PM.
- Jonas, H. (2006). *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio.
- Kfoury Neto, M. (2013). *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Kotler, P. (1999). *Princípios de marketing*. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC.
- Monte, F. Q. (2009). Ética médica: evolução histórica e conceitos. *Revista Bioética*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-versoes-anteriores/>.
- Neris C. Jr., Fucidji, J. R. e Gomes, R. (2014). Trajetórias tecnológicas da indústria de telefonia móvel: um exame prospectivo de tecnologias emergentes. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 2 (51), p. 395-431.
- Nilo, A. T. e Aguiar, M. (2018). Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 997, p. 105-134.
- Nilo, A. T. e Aguiar, M. (2019). A Relação paciente-médico: por uma nomenclatura bioética. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. Santo Ângelo, 19, (35), p. 79-107.
- Nilo, A. T. (2020). *Direito Médico – O Contrato de Tratamento no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá.
- Potter, V. R. (1988). *Global Bioethics – Building on the Leopold Legacy*. Michigan: Michigan State University Press.
- Santos, A. I. e Cândido, D. (2017). Por um conceito de Propaganda e Publicidade: divergências e convergências. *Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação* 40º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Curitiba - PR. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-1973-1.pdf>
- Santos, R. H. M., Guarnieri, P. e Streit, J. A. C. (2021). Obsolescência programada e percebida: um levantamento sobre a percepção do ciclo de vida com usuários de aparelhos celulares. *Revista gestão e Planejamento*, Salvador. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/rgb/article/view/5886>
- Souza, E. N. (2015). *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*. Rio de Janeiro: Renovar.

Registros médicos: implicancia legal y su transición a las nuevas tecnologías ¿por qué documentar en salud?

Medical records: legal implications and their transition to new technologies: why document in health?

José María Palacio¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)07)

Fecha de envío: 18.06.2023

Fecha de aceptación: 18.07.2023

RESUMEN:

El presente trabajo de investigación identifica en una primera instancia la relevancia que implica documentar en el sistema de salud y resalta sus funciones esenciales en el ecosistema sanitario, acto seguido se analizan los antecedentes normativos y evolutivos de la historia clínica en nuestro ordenamiento jurídico y coligado a ello se analiza el impacto de las tecnologías emergentes, en la transición del formato papel al formato digital enmarcados por la ley de firma digital. En segunda instancia se analizan los Principios de buena práctica médico legal en la confección de la documentación sanitaria de la HCE, vinculados a los principios rectores del daño analizado desde la fuente del código civil y comercial de la nación y su analogía con los principios de la bioética. Bajo un enfoque procesal se analiza el valor probatorio de la historia clínica electrónica o formato papel, y sus repercusiones legales en la esfera administrativa, clásicos civil y penal. Cerrando el documento; se mencionan los nuevos retos para el talento humano en salud en la importancia de la confección de la documentación sanitaria y su debido registro como buena práctica según el advenimiento tecnológico y los consecuentes retos que depara, no solo en el equipo de salud, si no en los operadores jurídicos quien deberán acompañar con el desarrollo de normativa especializada.

ABSTRACT

This research work first identifies the relevance of documenting in the health system and highlights its essential functions in the health ecosystem, then it analyzes the regulatory and evolutionary background of the medical record in our legal system and, linked to this, it

¹ Abogado. Profesor en Ciencias Jurídicas. Magister en Administración de los Servicios de Salud Universidad de Buenos Aires. Doctor de la Universidad de Buenos Aires-Facultad de Medicina. Especializado en Derecho médico, Salud digital y Derecho administrativo. Titular cátedra: Derecho Médico y de la Salud, Facultad de Derecho Universidad Católica de Córdoba.
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1663-250X>

analyzes the impact of emerging technologies in the transition from paper to digital format framed by the digital signature law. Secondly, we analyze the principles of good medical-legal practice in the preparation of the EHR, linked to the guiding principles of the damage analyzed from the source of the civil and commercial code of the nation and its analogy with the principles of bioethics. Under a procedural approach, the probative value of the electronic medical record or paper format is analyzed, as well as its legal repercussions in the administrative, civil and criminal spheres. Closing the document; the new challenges for the human talent in health are mentioned in the importance of the preparation of the sanitary documentation and its due registration as good practice according to the technological advent and the consequent challenges that this entails, not only in the health team, but also in the legal operators who will have to accompany with the development of specialized regulations.

PALABRAS CLAVE: registros médicos- tecnologías emergentes- historia clínica digital- consecuencias legales.

KEY WORDS: medical records - emerging technologies - digital medical records - legal implications.

I. Introducción

La judicialización de la medicina en la última década ha visibilizado el instituto de la responsabilidad del talento humano en salud en relación con el uso deficiente de la documentación sanitaria, la cual constituye un elemento esencial y probatorio de la buena práctica profesional.

El advenimiento de las tecnologías emergentes y, en particular, los desarrollos de la ciencia de datos han hecho que la información sanitaria sea hoy, más que nunca, un aspecto esencial en el manejo del cuidado de los pacientes. Sin embargo, a pesar de estos avances, no se han vislumbrado grandes adherencias de los profesionales a la cultura de los registros en la práctica médica.

II. Documentación sanitaria: funciones esenciales

El organismo rector de salud a nivel global, recientemente en su documento de posición, ha establecido cinco funciones que sustentan la buena práctica médica y responden al interrogante ¿porque documentar en salud? Y en este sentido, ha definido las categorías teóricas que lo sustentan: I) asistencialismo, II) docencia, III) investigación, IV) administrativa y V) legal. Tal vez la función asistencial constituya el principal repositorio de información que permite asegurar la continuidad del proceso de atención en el marco de la seguridad de los pacientes; ya que allí se registran todas las intervenciones que el equipo de salud realiza, cuando el usuario de los servicios de salud se encuentra hospitalizado. (OMS, 2021)

Desde la óptica de la docencia e investigación; sirve como fuente de información para el aprendizaje del recurso humano que se forma dentro de las instituciones, basado en casos clínicos constituyendo una fuente de datos para la elaboración de análisis y estudios de investigación en el marco de la ley N° 26.529 (2009).

La documentación sanitaria constituye, además, el apoyo para el manejo administrativo y la gestión económico-financiera de las instituciones de salud, sean estas de la esfera pública y/o privada en relación con las prestaciones sanitarias que se ofrecen para su posterior reintegro si correspondiere.

Desde el costado legal y de gran relevancia refleja la acción u omisión de prácticas médicos sociales, así como del cumplimiento de las normativas asociadas al ejercicio de su profesión englobadas en la Ley N° 17.132/1963 Ejercicio de la Medicina Odontología y actividades de Colaboración.

En mi opinión, y más allá de las recomendaciones internacionales asociadas a la buena práctica de la documentación sanitaria, existe en nuestro país un déficit bifrontal en la difusión, sensibilización de los aspectos legales del talento humano en salud, primero desde las ciencias médicas con articulación de las entidades universitarias, colegios profesionales, entidades nucleadoras que plantean seminario de profundización ético legal; más hoy en día donde la negligencia médica o falta de cuidados diligentes, hace repensar la reingeniería de estrategias y protocolos en post de la seguridad del paciente fundados en una cultura preventiva y no punitiva.

Por otro lado existe escasa doctrina nacional que aborde la cuestión planteada (Do Pico, et al, 2017 y Garay, O, 1999); sin perjuicio de las recomendaciones internacionales que los entes rectores descentralizan a la región.

III. Antecedentes normativos nacionales de la Historia clínica

Sin lugar a dudas, el primer precedente normativo relacionado a la historia clínica en nuestro país, estuvo contenidas en el art. 40 inc. i y m del decreto reglamentario N° 6216/1967 de la norma Ejercicio de la Medicina, odontología y actividades de colaboración, las cuales expresamente mencionan ..."i) Adoptar las medidas necesarias a fin de que el establecimiento bajo su dirección reúna los requisitos exigidos por las autoridades; m) Adoptar las medidas necesarias para una adecuada conservación y archivo de las Historias Clínicas y de que no se vulnere el secreto profesional.

Viendo la relevancia y el impacto ético-legal que implica el registro de las prestaciones médicas en el ecosistema sanitario, la cartera de Estado, en el año 2008 aprueba e incorpora la historia clínica perinatal (HCP), creada bajo Resolución N° 458 del 19 de mayo del 2008 al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica (PNGCAM).

Coligado al precedente mencionado, en el año 2009 se produce el hito jurídico más relevante en materia tuitiva de los derechos del paciente, al sancionarse la Ley N° 26.529, la cual en su artículo N° 12 expresamente menciona: "la historia clínica es el documento cronológico foliado y completo en el que consten todas las actuaciones realizadas al paciente por los profesionales y auxiliares de salud"; independientemente del soporte que se utilice; impone la necesidad de firmar, registrar la fecha, como así también el uso del sello que identifique su especialidad y matrícula habilitante. A su vez, el artículo N° 13 abre el anclaje a diferentes soportes de registros "... la Historia clínica puede plasmarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de la integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos en tiempo y forma".....A tal fin deberá adoptarse un sistema de acceso restringido (con claves de identificación), teniendo que emplearse medios de almacenamientos no descriptibles y un esquema de control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea que asegure la integridad.

Con la entrada en vigencia de la Ley de firma digital N° 25.506/2001, que equipara el requerimiento legal de la firma ológrafa, se establece que la obligatoriedad de la firma no procede de las leyes mencionadas, sino que subyace del principio general del código

civil y comercial en su artículo N° 288 el cual expresa: la firma prueba la autoría de la declaración de la voluntad expresada en el texto al cual corresponde, debiendo consignar el nombre del firmante o un signo, poniendo de manifiesto que, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza la firma digital, que asegure, indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.

Ahora deberíamos preguntarnos: ¿cuál es el anclaje del acto que se suscribe?

La firma en la historia clínica electrónica única del paciente, constituye un acto jurídico que se presume *iuris tantum* de autoría y autenticidad, por lo que posee mayor fuerza probatoria que el formato papel, ya que no se requiere el reconocimiento para atribuirle la autenticidad. Pero también es importante mencionar que la Historia clínica, no es un instrumento público ya que no intervienen oficiales públicos, ni existe procedimiento legal para celebrarlo, por lo cual no se puede redargüir de falsedad para impugnarlos y no poseen fecha cierta, todo ello hace pensar que la migración al sistema digital ofrece mayor seguridad jurídica, sin perjuicio de que no exista una garantía absoluta al resguardo de los datos personales y sensibles del paciente, por los ataques de sabotaje digital que pudiesen acaecer.

Así son las cosas que debido a las facultades constitucionales de concurrencia de nuestro sistema y subsistema de salud; (es decir Nación, Provincia y Ciudad autónoma de Buenos Aires) comenzaron a adherir a las normas de fondo, instrumentando las mismas en sus respectivas jurisdicciones; sin perjuicio de que algunas instituciones sanitarias aún conservan la historia clínica en formato papel.

A continuación, se ofrece un cuadro de triple entrada que relaciona los caracteres de la documentación sanitaria, en sus diferentes versiones: digital/electrónica, e Historia clínica formato papel.

Caracteres	Historia clínica electrónica	Historia clínica papel
disponibilidad	Permanente en Red institucional	Disponible en lugar físico, archivo con posibilidad de extravío y rotura por el paso del tiempo.
Contenido	Completa: sigue la continuidad de procesos interoperables	Fragmentada e incompleta por parte de los profesionales.
Autoría del documento firma	Siempre ya que poseen usuarios y contraseñas	Omisión en determinadas oportunidades.
datación	Siempre (fecha y hora que ingresa el usuario)	Modificable temporalmente los sucesos
información	Clara y precisa legible	Incompleta-ilegible
almacenamiento	Queda en la nube del software sanitario, poco espacio- virtual	Costos de almacenamiento y mayor espacio físico.

Elaboración propia en base a la fuente Zotto R. (2017) Historia clínica informática. <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/95>

El cuadro desarrollado, permite visualizar las categorías teóricas más relevantes de la documentación sanitaria; considerando los caracteres esenciales y relevantes de la historia clínica del paciente, sea esta con formato papel y/o electrónico informatizado (Rabinovich-Berkman, 2004). Si bien ambas conservan los requisitos de fondos que plantea la normativa vigente, y el espíritu de la buena práctica profesional, considero que el advenimiento tecnológico en este sentido está robusteciendo la construcción de un ecosistema digital, el cual pareciera que será nuestro norte a corto plazo.

Es dable mencionar, que esta transición instalada traída por las tecnologías emergentes, debe llevar necesariamente la capacitación del recurso humano en salud para clarificar cuestiones que muchas veces presenta dificultad de entendimiento y abordaje desde una concepción preventiva y no punitiva.

IV. Principios de buena práctica médico legal en la confección de la HCE

Los principios de integridad, inviolabilidad, privacidad y confidencialidad que deben considerarse en la confección de toda documentación sanitaria, para el resguardo de los datos personales y sensibles según normativa vigente, guardan una conexidad directa con los principios del daño establecidos en nuestro plexo normativo (ley 26.994,2014) a saber:

1) ***Alterum non laedere*** (art. 1716): bajo la máxima jurídica que significa “no dañar a otro” y propuesto por Ulpiano. Para el juristo citado “vivir honestamente” (honeste vivere) y “dar a cada uno lo suyo” (suum ius cuique tribuere) conforman el norte que fundamentan lo justo (Di Pietro, 2009), garantizando de esta manera los principios bioéticos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia (Beauchamp y Childress, 1994).

2) ***Prevención***: (arts. 1708,1710/1713) este principio deriva del anterior, y su importancia se ha ido incrementando con el correr de los tiempos y, como producto de ello, alcanzó la categoría de principio rector incorporado en el CCyCN a través de los arts. 1708 y 1710, 1711, 1712 y 1713, pero fundamentalmente en el art.1710 es el que consagra el “deber de prevención del daño”, vino a orientar la conducta de los individuos en el sentido justo, señala (Ubiría, 2015) y por tanto es esperable que constituya un estándar de exigibilidad para el cumplimiento del principio *alterum non laedere*.

3) ***Reparación integral o plena*** (art. 1740): principio derivado también del *alterum non laedere*; se manifiesta como un mandato de cumplimiento posterior (Ubiría, 2015, cap. 1 sección 4). Su relevancia se asienta en que, si el daño no pudo ser evitado y por tanto acontece, la indemnización a la víctima debe ser lo más completa posible, introduciendo de esta manera el instituto de responsabilidad civil al que define el maestro Pizarro como “la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro, en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico” (Pizarro Valespino, 2014).

V. Tiempos de prescripción liberatoria

En el marco de la ley de los derechos del paciente sancionado en el 2009 y ratificada por ley 26.742 en el año 2012, la prescripción liberatoria de responsabilidad contractual será de 10 años, plazo computado desde la última actuación registral por parte del equipo de salud, según lo establece el artículo 18 segundo párrafo de la norma de marras.

Con la entrada del nuevo código civil y comercial de la Nación en el año 2015, el libro II, sección III título XV Disposición en materia contractual trata el instituto bajo el artículo

2561, el cual establece que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres (3) años. En este sentido y más allá de la diferencia entre la ley del paciente y el código civil es recomendable que la documentación sanitaria sea registrada y custodiada por los medios establecidos por eventuales reclamos de los usuarios ante actos negligentes.

La historia clínica es un documento regulado por disposiciones de orden público sanitario garantizado por la Ley de derechos del paciente, en lo que se refiere a materia probatoria el CC y CN en su art. 319 menciona que el valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen. A su vez y en relación con las raspaduras, enmiendas o entrelíneas que afecten partes esenciales del acto instrumentado deben ser salvadas con la firma de las partes. De no hacerse así, el juez debe determinar en qué medida el defecto excluye o reduce la fuerza probatoria del instrumento.

El moderno proceso judicial se inclina por un dinamismo de la carga probatoria, es decir el talento humano en salud tiene mejores condiciones de probar por alguna imprudencia, negligencia o impericia de sus acciones subjetivas. Por ello responden por obligaciones de medio y no de resultados siendo concurrentes en la distribución de la prueba.

VI. Consecuencias jurídicas

Tal como se abordó en el desarrollo del manuscrito, todo accionar médico lleva implícito un potencial desarrollo del instituto de responsabilidad, que puede derivar, en función del daño sufrido en responsabilidad administrativa, civil o penal, en este sentido, es importante traer a colación que la ausencia de la historia clínica en los centros de salud, o la violación de su integridad pueden ser consideradas como indicio grave supuestos de "mala praxis" en perjuicio del paciente.

Dentro de la responsabilidad administrativa será el órgano contralor (ministerio de salud, colegios profesionales), los encargados de sancionar a los profesionales en escala de prelación; es decir en una primera fase se solicitará un descargo administrativo, apercibimiento, sumario y en última ratio suspensión transitoria de la matrícula o cancelación de la misma.

La responsabilidad civil tendrá lugar ante una lesión de los derechos del paciente, teniendo la obligación el autor material de resarcir el daño injustamente causado, y en muchas oportunidades la jurisprudencia se ha pronunciado por fallar solidariamente entre los acreedores del paciente.

En el ámbito penal, la violación del deber de confidencialidad recae en el artículo N° 156 del plexo normativo, el cual establece que será reprimido con multa e inhabilitación especial "el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte de un secreto cuya divulgación pueda causar un daño, lo revelare sin justa causa"; independientemente de la responsabilidad civil que sobrevenga sobre el autor o institución sanitaria previsto en el artículo N° 1768 de nuestro código civil y comercial.

En este mismo orden de ideas, toda falsificación o adulteración de la historia clínica pue-

de dar lugar a delitos previsto en código penal en su Artículo 292: “El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado [...]”. y coligado a ello en su artículo N° 294 “El que suprimiera o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos”.

Como nota de color, y enlazando los tres tipos de responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia, en la Cámara Nacional en lo Civil sala I - autos LLHO C/GCBA (1997) manifestó: “... las anotaciones que los profesionales de la salud hacen en la historia clínica, no son tareas administrativas sino de índole profesional, que como tales deben ser realizadas con rigor, precisión, y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento del paciente.... por ello un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y fatales...”.

VII. Nuevos retos para el talento humano en salud en la confección de documentación sanitaria

Los profesionales de la salud ofrecen prestaciones sanitarias -cuidados- a la persona humana en todo el curso de vida, por lo cual el deber de diligencia en su accionar constituye el norte de la buena práctica, el cual es considerado pieza clave para evitar cualquier tipo de responsabilidad que puede sobrevenir en las relaciones intersubjetivas que se establezcan en el ecosistema sanitario.

Los registros médicos constituyen la fase documental de prueba que refleja el trabajo del profesional en el marco de sus incumbencias y según la normativa vigente que avala su ejercicio profesional en la República Argentina hago referencia a la Ley N°17.132/63 y su decreto reglamentario 6216/1967.

El advenimiento de las tecnologías emergentes “inteligencia artificial” tiene impactos de múltiples alcances en la ciencia jurídica y por ende en el campo de la salud que se ve reflejado en la documentación sanitaria, y viene de la mano de la ley de firma digital, la protección de datos personales, expandiéndose de manera vertiginosa a las diferentes aplicaciones y uso.

El futuro de los sistemas y subsistemas de salud inevitablemente incluirá en su digitalización, nociones como e-salud, tecnologías emergentes, robótica, desarrollo de software sanitarios inteligentes que permitan la interoperabilidad de los datos, serán algunas funciones que ofrezcan nuevas oportunidades para la mejora continua de las prestaciones sanitarias (Aizemberg, M, 2022).

Bajo ese contexto, y en miras de crear una estrategia de salud digital, la Organización Panamericana de salud (OPS) recientemente ha establecido 8 principios que promueven el uso apropiado de las Tics. Dichos principios son:

- Asegurar la conectividad universal en el sector salud para el 2030.
- Co- crear bienes de salud pública digitales para un mundo más equitativo.
- Acelerar hacia una salud digital inclusiva con énfasis en los más vulnerables.
- Implementar sistemas de información y salud digital interoperables y sostenibles.
- Transversalizar los derechos humanos en todas las áreas de la transformación digital en salud.

- Participar en la cooperación mundial sobre inteligencia artificial y cualquier tecnología emergente.
- Establecer mecanismos de confianza y seguridad de la información y el entorno digital en salud pública.
- Diseñar la arquitectura de salud pública en la era de la interdependencia digital.

Seguramente el punto que tenga mayor conexidad con el impacto de las tecnologías emergentes en la protección del derecho a la salud y sus impactos jurídicos y éticos, sea el principio N° 6, dado que el sector sanitario es uno de los que mayores proyecciones presenta en la implementación de la IA, en tanto ha demostrado ser de gran utilidad científica y en la interrelación entre los profesionales de la salud y el paciente (Danesi C, 2022).

Seguramente este vertiginoso avance llevará indeclinablemente a que el aparato legislativo pueda dar respuesta a tales fines con el objeto de acompañar y ofrecer seguridad jurídica al campo de la medicina y su relación con las tecnologías emergentes. En este sentido y con el fin de ir constituyendo un esbozo normativo nacional, en el mes de marzo de este año se ha publicado en el Boletín Oficial la Ley 27.706 que crea el "Programa Federal único de informatización y digitalización de historias clínicas de la República Argentina y coligado a ello, la Jefatura de Gabinetes de Ministerios de Subsecretaria de tecnologías de la información bajo la disposición N° 2/2023, ha aprobado recientemente las Recomendaciones para una Inteligencia artificial Fiable; y los pasos procedimentales para las etapas de Proyectos que involucren IA en nuestro país; sin perjuicio de que en el plano internacional, la primera propuesta en regular la inteligencia artificial, viene de la mano de la Unión Europea bajo el reglamento europeo para la protección de datos personales (Reglamento UE 2016/679).

Referencias bibliográficas

- Cobo, Jorge E. (2004). Comentario a la ley 25.506 en BELLUSCIO, A. (Dir.) - ZANNONI, E. (Coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, T. 9, p. 1341. Buenos Aires Astrea.
- Do Pico, Juan C.; Do Pico Mai, Carlos L, Hutin, Romina A., La historia clínica informatizada. Apreciaciones sobre su viabilidad. Disponible en http://www.amamed.org.ar/publicaciones_revistas3.asp?id=114
- Flah, Lily (2002). Confidencialidad, uso y abuso de la historia clínica. En VV.AA., Sorokin, Patricia (Coordinadora). Bioética: entre utopías y desarraigos. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Garay, Oscar E. (1999). De la historia clínica tradicional a la historia clínica informatizada. En ZAMUDIO, Teodora - BLANCO, Luis G. (Dirs.), Cuadernos de Bioética, N° 4, p. 176. Buenos Aires: Ad Hoc.
- OMS (2021) Historias clínicas electrónicas y la importancia de cómo documentar. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54805/OPSEIHIS21022_spa.pdf?sequence=1
- Patitó, José A. (2000). Medicina Legal. Buenos Aires, Centro Norte. VV.AA., Historia Clínica del Adolescente y Formularios Complementarios.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. (2004). Actos jurídicos y documentos biomédicos, p. 236. Buenos Aires La Ley.
- Rodríguez Jordan, Marcelo (1999). Mala praxis médica. Responsabilidad penal, civil y

administrativa, pp. 69 y 70. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

• Danesi, Cecilia (2022) Inteligencia artificial, tecnologías emergentes y Derecho. Reflexiones interdisciplinarias Inteligencia artificial en salud. Editorial Hammurabi José Luis Depalma Editor.

Normativa

• Ley 17.132. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/texact.htm>.

• Ley 26.529 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

• Resolución N° 432 de fecha 27 de noviembre de 1992 de la entonces SECRETARIA DE SALUD actual MINISTERIO DE SALUD, Modificada por Resolución N° 856 de fecha 11 de julio de 2017.

Asistente personal y apoyos a personas con discapacidad. Un análisis del alcance de la cobertura por parte de Obras Sociales y el Estado en relación con la jurisprudencia argentina

Personal assistant and support for people with disabilities. An analysis of the coverage by health insurance and the State in relation to Argentine jurisprudence

María Florencia Blanco Pighi¹ Paula Gastaldi²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)08](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)08)

Fecha de envío: 30.06.2023

Fecha de aceptación: 30.08.2023

RESUMEN:

El presente artículo plantea el análisis de jurisprudencia argentina seleccionada en la que se trató el régimen de asistencia a personas con discapacidad y la obligatoriedad de las obras sociales en otorgar esta cobertura, entendiendo que la misma se encuentra garantizada por la normativa nacional y supranacional vigente en nuestro país. Además, se pretende identificar los argumentos que ofrecen las obras sociales para denegar cobertura, centrándonos en desvirtuar la falacia de “crack económico” en el que caerían las empresas si hicieran lugar a la cobertura de éste tipo de prestaciones.

ABSTRACT

This article presents the analysis of selected jurisprudence in which the therapeutic

1 Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas (UNC). Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC). Adscripta de la Cátedra “B” de Privado VII, carrera de Abogacía, Facultad de Derecho (UNC). Prof. Asistente de las materias Política y Derecho Educacional, Pedagogía General y de la opcional Derecho a la Educación de personas con discapacidad, 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: florblancopighi@gmail.com /Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9324-4036>

2 Abogada (UCC). Magister en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Magister en Bioética (FLACSO). Doctoranda en Derecho (UNC). Prof. Titular Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho (UCC). Prof. Asistente Filosofía y Ética de la Educación y Derecho a la Educación de Personas con discapacidad, Prof. en Cs. Jurídicas (UNC). Directora del Grupo de Investigación Reconocimiento y Participación política de personas con discapacidad (UBP). Correo electrónico: gastaldipau@hotmail.com Agradecemos enormemente la devolución efectuada por las personas - pares evaluadores - que han aportado en la mejora estructural y sustantiva de este artículo.

assistance regime for people with disabilities was addressed and the obligatory nature of healthcare system to grant this coverage, understanding that it is guaranteed by national and supranational regulations in force in our country. In addition, it is intended to identify the arguments offered by prepaid health insurance systems to deny coverage, focusing on distorting the fallacy of "economic crack" in which companies would fall if they gave rise to coverage of this type of benefits.

PALABRAS CLAVE: obra social- discapacidad- apoyos- cobertura- derechos humanos.

KEY WORDS: Healthcare system- disabilities- support- health coverage- human rights

I. Introducción

El objetivo del presente artículo es dilucidar el alcance de los derechos de personas con discapacidad, identificando los criterios que emanan de las resoluciones judiciales a partir de los conflictos que se presentan en los tribunales argentinos. Específicamente, nos centraremos en la discusión acerca de la cobertura de asistente personal y apoyos a personas con discapacidad. En primera medida, resulta necesario aclarar que, cuando nos referimos a "apoyos", no estamos hablando del sentido técnico de la palabra utilizada por el Código Civil y Comercial de la Nación, sino que dicho término debe interpretarse en un sentido amplio de tal manera que englobe la asistencia personal que sirve de soporte para la persona con discapacidad más allá del estricto entorno doméstico, es decir, a los fines de desenvolver su autonomía en las instituciones sociales.

Desde una mirada exclusivamente médica de la discapacidad- la cual intentaremos refutar- se cree que este tipo de medidas o prestaciones no deben ser cubiertas por las Obras Sociales o el Estado Nacional³.

Comenzaremos por presentar la legislación protectora hacia la discapacidad vigente en Argentina para, luego, analizar distintos razonamientos efectuados por los tribunales de nuestro país al momento de resolver conflictos jurídicos que se suscitan en torno a cómo debe hacerse valer dicha protección. Aquí utilizaremos el llamado método de la argumentación racional (Atienza, 2013) a fin de defender cierta aplicación de los principios morales de justicia que se consideran adecuados a los fines de dar cumplimiento a los derechos humanos que emergen de la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD).

Para lograr reconocer cómo la normativa es discutida y considerada en nuestros tribunales nacionales habrá que precisar las relaciones entre cuestiones epistemológicas, la filosofía moral y su relación con el plexo normativo vigente. El campo de estudio serán algunos fallos de segunda instancia, emanados de tribunales de la República Argentina, en los últimos cinco años. La selección de jurisprudencia efectuada ha sido realizada en virtud de la ratio decidendi del caso, esto es, hemos seleccionado sentencias donde se discute el costo de cobertura en relación a asistencia personal para las personas con discapacidad. Esas sentencias son ejemplificativas y no agotan el universo de casos en la materia. Específicamente, nos centraremos en las acciones de amparo, siendo la acción

³ Es necesario destacar que la normativa vigente obliga en primer lugar a las obras sociales y, subsidiariamente al Estado, a los fines del otorgamiento de cobertura de salud.

principal que dota de acceso a la justicia en estos casos. Cabe aclarar que la apelación a la jurisprudencia no es de tipo estadístico o cuantitativo, sino que requiere una selección de aquellas sentencias específicas que permitan realizar un análisis cualitativo de los argumentos y razonamientos judiciales a la hora de hacer valer la protección.

Por lo dicho, como hipótesis de trabajo sostenemos que la falta de precisión acerca de los modelos de trato de la discapacidad [modelo médico; modelo social], su concepción y su pertinencia teórica a la hora de hacer valer los principios morales que aseguran su cumplimiento, como ser el principio de autonomía, genera que la protección integral de las personas con discapacidad se ponga en jaque. Esta puesta en jaque se da a través de argumentos que ofrecen las Obras Sociales al momento de negar cobertura en los reclamos de asistencia: esto es el costo que estos derechos suponen.

Ahora bien, para dar cuenta de esta hipótesis de trabajo es necesario detenerse a mostrar qué distintos modelos de la discapacidad pueden plantearse. En este sentido, en la primera sección del presente abordaremos los diversos modelos de la discapacidad, anunciando, primero, dos cuestiones centrales al respecto:

- a) Aunque hay diversos modelos de la discapacidad, los cuales tienen una relación con las diversas concepciones que identifican rasgos relevantes del concepto, en este artículo nos centraremos a distinguir entre el modelo médico y el modelo social de la discapacidad. Eso, porque existe cierto peso que sigue teniendo que insiste en no dejar ir al modelo médico de la discapacidad;
- b) Aunque existirían consideraciones evaluativas que hacer respecto al modelo social de la discapacidad, en este artículo se intentará dilucidar el alcance de dicho modelo para justificar la cobertura de asistente personal a personas con discapacidad.

Podemos comenzar por resaltar la ya nombrada CDPD, aprobada por Argentina a través de la Ley 26.378 el 6 de junio de 2008, y dotada a nivel interno de jerarquía constitucional. Por su parte, y en cuanto a la legislación específicamente argentina, nos encontramos con la ley de Sistema de Protección Integral de personas con discapacidad (Ley 22.431), sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981. Por otra parte, también contamos con la Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad -Ley Nacional N° 24.901. Todas ellas, serán analizadas a la luz de las concepciones mencionadas, buscando concretar una crítica a la legislación a la hora de hacer valer un trato digno a la discapacidad.

Por su parte, aunque el modelo social es el plasmado (y defendido) por nuestra propia legislación y existe normativa “suficiente”⁴ para garantizar la protección integral a personas con discapacidad, en ciertas ocasiones nuestros tribunales entienden dicha normativa a contrapelo de su sentido y alcance. Como punto de partida de esta discusión, se puede mencionar el fallo “J.M. B. y o. c/ AMUR - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN”, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, en Sentencia de fecha 19 de marzo del año 2015, en un caso de una niña con discapacidad han decidido denegar el reembolso total de las erogaciones realizadas. El argumento que se planteó fue que “la pretensión esgrimida por los amparistas implicaría colocarlos en una **situación de privilegio**

4 La aclaración “suficiente” radica en que, oportunamente, encontramos ciertos defectos en la legislación que desentonan con el modelo social de discapacidad.

respecto al resto de los demás afiliados⁵; además, que la atención peticionada en los términos formulados podría generar el “crack económico” del ente.

Este caso ha despertado nuestro interés y mostrado la necesidad de elegir un universo de casos jurisprudenciales que, según el objeto de este artículo - específicamente, cobertura de apoyo y personal asistente - advierta de qué manera opera este argumento que ofrecen las obras sociales al negar cobertura, el cual llamaremos: el supuesto privilegio a personas con discapacidad.

Asimismo, hacia el final de este artículo, proponemos una *reconstrucción* del principio de autonomía en caso de personas con discapacidad y su estricta relación con la cobertura de apoyos y personal de asistencia.

II. Modelo social de la discapacidad

Existen diversas concepciones de *discapacidad*. Una concepción pretende indicar los rasgos distintivos y relevantes de un concepto. Como hemos mencionado, en este artículo abordaremos la distinción entre: a) la concepción “rehabilitadora” o médica y; b) la concepción social.

Para la primera, la discapacidad es comprendida como “enfermedad” y pregona la rehabilitación como alternativa o consecuencia deseable para su trato (Alemany, 2018). Tiene como rasgo conceptualmente relevante y distintivo la comprensión de la discapacidad como una enfermedad o patología que debe eliminarse o erradicarse según las probabilidades y posibilidades de la ciencia médica (Gastaldi, 2022b).

En cambio, la concepción social considera – entonces - que la discapacidad es una combinación entre factores médicos en interacción con el entorno. Es decir, no basta con hacer foco sólo en los factores médicos, sino que la discapacidad es un fenómeno social. Esta es la concepción plasmada en la CDPD, que indica :

Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan 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, CDPD).

El modelo social tiene como rasgo distintivo la *interacción*: pone foco en cuestiones biológicas de un cuerpo que interactúa con un entorno no apto para dicha diversidad. Aunque bastante habría para discutir en cómo el modelo social mantiene “cuestiones médicas para definir discapacidad” (Gastaldi, 2022), lo cierto es que el componente de interacción y cómo el entorno menoscaba a personas con discapacidad es central y supone un giro en cómo lo aborda el modelo médico, que desconoce dicho componente.

Veamos cómo está distinción entre concepciones- y sus consecuentes modelos de trato- se disputan en nuestros Tribunales.

5 El resaltado nos pertenece. En dicho caso se discutió la cobertura de tratamientos médicos específicos, por lo tanto no se analizará el caso con detalle. Por el contrario, se trae a colación dicho fallo por haber despertado la inquietud de esta investigación: ¿cómo opera el argumento de supuesto crack económico utilizado por las Obras sociales para negar cobertura? ¿Estamos ante un privilegio? Este argumento, ¿se agrava cuando lo que se solicita no son tratamientos médicos sino asistencia personal o apoyo?

III. Presentación de la jurisprudencia

En los fallos bajo análisis se discute la cobertura de ciertas prestaciones por parte de Obras Sociales. Así, se pone en discusión:

- A. Cuidados domiciliarios;
- B. Asistencia de tipo ambulatoria o de acompañamiento para realizar tareas fuera del hogar, como actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento.

En los fallos que se presentan a continuación, se pone de manifiesto cuál es la postura de las obras sociales y qué argumentan cuando deniegan la cobertura. A su vez, intentaremos señalar los argumentos brindados por las partes actoras y las coincidencias respecto al modo en que deben tener los derechos (algunos de ellos cristalizados como principios jurídicos) que el Estado argentino ha ratificado de la CDPC, la que goza de jerarquía constitucional.

1. Causa: "S., F. A. vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) s. Prestaciones médicas". Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata; Sentencia de fecha 16 de abril de 2015.

1.a. Plataforma fáctica

Se trata de un paciente de setenta y cinco años de edad que tiene antecedentes de Accidente Cerebrovascular isquémico con secuela espástica de Hemiparesia Braquiocrural Derecha y afasia mixta, EPOC severo, Adenocarcinoma de Próstata Infiltrante Gleason 6, Insuficiencia Renal Crónica, Hipertensión arterial, Dislipemia, Diabetes tipo 2 y Depresión Endógena, quien depende en su totalidad para las actividades de la vida diaria, de su esposa, única responsable de su cuidado, la que, a su vez, se encuentra bajo tratamiento oncológico. Se requiere cobertura de acompañante terapéutico o enfermera las 24 horas del día, la que fuera rechazada por la obra social.

1.b. Historia procesal

En primera instancia, se hace lugar a la acción de amparo promovida contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJYP - PAMI), ordenándose a éste a prestar la cobertura integral en un 100 % a su cargo de acompañante/enfermería las 24 horas, a favor del amparista, mientras la prescripción médica así lo indique, siendo el INSSJYP como principal obligado, el encargado de brindar la prestación poniendo a disposición personal idóneo, evaluando en forma exclusiva y excluyente su desempeño y desarrollo de la tarea, quedando a su cargo el contralor del cumplimiento efectivo de la presente medida por sus efectores.

Se toma en cuenta el informe de la médica tratante glosado en autos que establece que "ante la situación social en visita domiciliaria este paciente se encuentra dependiente en su totalidad de las actividades de la vida diaria, su esposa y única responsable de su cuidado presenta diagnóstico de tumor cerebral y está en tratamiento de quimioterapia, razón por la cual es recomendable enfermería y cuidados diarios en su domicilio, además porque sacarlo de su entorno familiar acarrearía agravamiento de su estado físico y psíquico".

Se establece que las prescripciones médicas son precisas en cuanto a la necesidad de la amparista de contar con asistencia requerida, así como la gravedad del cuadro que presenta.

Esta sentencia del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de Mar del Plata fue apelada por la demandada. En cuanto a los agravios en la apelación, es decir, los argumentos para negar la cobertura, la demandada comienza su exposición remarcando que se le ha condenado a responder a una prestación que se encuentra fuera del sistema. En base a ello, afirma que no ha existido acto arbitrario de su parte debido a que la amparista no realizó el trámite administrativo pertinente apartándose voluntariamente del sistema establecido por el instituto y que, además, no se le negó la prestación sino que se le está indicando la posibilidad otorgar un subsidio de un monto determinado para contratar el servicio de cuidador domiciliario.

A su vez, la recurrente aclara que el sistema para dar cobertura prestacional a sus beneficiarios es solidario, exponiendo que las obras sociales están facultadas para imputar sus recursos prorrateándose conforme el flujo de sus ingresos y sus egresos, y que si mediante decisiones judiciales se cubrieran discrecionalmente prestaciones a algunos afiliados en detrimento de lo que por derecho les corresponde a otros, los magistrados se volverían administradores de obras sociales. Además, se sostiene que receptar el criterio del a quo generaría el gravísimo precedente judicial de colocar en una situación inaceptable de privilegio al beneficiario de esta acción en violación al derecho a la igualdad respecto de quienes se encuentran en la misma situación y se encuentran sujetos a las modalidades cubiertas por el Instituto. Por otro lado, destaca que el sentenciante no debe poner en cabeza de la obra social obligaciones que atañen sólo a la familia.

1.c. La resolución del Tribunal

La Cámara Federal al resolver, manifestó que al tratarse de un amparo de salud, resulta imperioso remarcar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental" (doctrina de Fallos 323:3229, 325:292, entre otros). Así, el derecho a la vida -no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica- asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que se sustentan las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas.

Se sustenta el decisorio en el derecho cuya protección se pretende posee expresamente jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, con la incorporación de los Tratados Internacionales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). En la sentencia, se manifiesta que entenderse que la cobertura de la prestación implica costos excesivos para la obra social y que genera que el uso de los fondos por un solo beneficiario derivara en el impedimento de los otros a gozar de las prestaciones que

le son debidas por ley, se estaría priorizando a un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos humanos sagrados como lo son: el derecho a la vida; a la salud; derecho adquirido a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegidos, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos: art. 25, inc. 1 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

De igual manera, se hace hincapié en que sí bien la obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo, "le corresponde financiar un porcentaje tal que permita el acceso efectivo de todos los afiliados a las mismas prestaciones incluidas en la cobertura, y en caso de que, por razones presupuestarias, esa cobertura no pueda ser igual para todos, es decir el mismo porcentaje del costo final, entonces deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado, y si finalmente, estas son nulas, entonces deberá financiar el cien por ciento del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial".

En este sentido, se confirma la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta también la situación de vulnerabilidad del amparista, no solo por su avanzada edad y su enfermedad, sino también por la falta de recursos económicos para hacer frente a la cobertura requerida. No consideramos atendible este tipo de razonamientos, ya que plantea una discriminación en torno a los afiliados que puedan pagar la cobertura y quienes no puedan hacerlo, soslayando la obligación legal que pesa sobre las obras sociales y sobre el Estado argentino.

2. Causa "B.A.C. c/Obra social de Capitanes de Ultramar y Oficiales de la Marina Mercante y otro- Ley de Discapacidad" (Expte. N° 23302/2019). Cámara Federal de Córdoba, Sala A. Sentencia del 14 de noviembre de 2022.

2.a. Plataforma fáctica

El apoyo de A.B. interpuso acción de amparo a los fines de que la obra social OS-COMM y la prepaga OSDE cubrieran los honorarios de los acompañantes terapéuticos que necesita las 24 horas del día, los 365 días del año y que se respeten los acompañantes terapéuticos con los que ya vienen trabajando desde hace muchos años.

El principal fundamento del pedido se relaciona con que A.B. padece un cuadro de autismo severo con retraso mental, desde los dos años de edad. Toda la familia ha asistido de manera constante, ya que no puede estar solo, sufre de ataques de ansiedad, ira, impulsividad y agresividad, y que desde hace algunos años, su equipo de acompañantes terapéuticos ha logrado una mejora en su conducta y han podido contenerlo de manera adecuada. Se pone de manifiesto que los informes de los profesionales intervinientes recalcan que sería muy difícil cambiar o mejorar el dispositivo de acompañamiento existente en virtud de las graves dificultades por las que la familia ha pasado para lograr una rutina más saludable a la previa de años anteriores.

Sin perjuicio de ello, tanto la obra social como la empresa de medicina prepaga se niegan a cubrir este acompañamiento por encontrarlo excesivo y por no estar incluidos los profesionales requeridos en la cartilla de prestadores de cada una de ellas. Además exigen que el acompañamiento que se otorgue sea el de internación en un hogar de día, soslayando el hecho de que los hogares de día prestadores no reciben personas con la discapacidad que presenta A.B. y los que sí lo hacen, se han negado a recibirlo.

2.b. Historia procesal

En el marco de un proceso iniciado ante la justicia provincial se hizo lugar a una medida cautelar a los fines de la cobertura de las prestaciones requeridas. La que fue renovada en varias oportunidades, atento haberse declarado la competencia de la justicia federal.

Al remitirse la causa al Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, se dictó sentencia, con fecha 04 de mayo de 2022, haciendo lugar a lo requerido por la parte actora, en razón de que el derecho a la salud se encuentra, en este caso, íntimamente relacionado con el primigenio derecho a la vida. Se ordena la cobertura del 100% de los gastos de acompañamiento terapéutico las 24 horas del día durante 365 días del año.

La sentencia de primera instancia hace hincapié en que el acompañamiento terapéutico requerido es el mejor dispositivo que se ajusta a la realidad del joven, lo cual se encuentra avalado por numerosos informes acompañados a la causa, que justifican que es este un apoyo necesario para su vida y para la de su familia conviviente. También se trae a colación el informe elaborado por la perito médica oficial que expresa que el acompañamiento terapéutico permanente no solo funciona como estímulo continuo al desarrollo de sus posibilidades sino de manera preventiva, conteniendo las crisis de violencia, impulsividad, heteroagresividad que ponen en riesgo su integridad y la de terceros.

A lo largo de la sentencia se resalta la estructura positiva que ha significado el equipo de acompañantes terapéuticos de A.B. en su vida, por lo que desarrollan un rol fundamental como intermedio en la dinámica familiar y relacionamiento social. Finalmente, se establece que rechazar la demanda implicaría dejar de lado el reconocimiento al disfrute del más alto nivel posible de salud, garantizado por nuestra Carta Magna.

La resolución de primera instancia fue apelada por la demandada, OSCOMM.

En cuanto a los agravios en la apelación, la demandada entiende que el decisorio es arbitrario y contrario a derecho por no existir justificación jurídica alguna para garantizar el acompañamiento terapéutico 24 horas los 365 días del año. Además se adiciona que los profesionales cuyo acompañamiento se requiere, no forman parte de la cartilla de prestadores de la obra social y que desviar fondos no previstos en su estatuto sin la correspondiente contrapartida económica, es contrario a derecho, perjudicando a los restantes afiliados, lo que equivale a una violación de la legislación aplicable, la que de manera alguna admite que las obras sociales brinden a sus afiliados todo lo que requieran.

2.c. La resolución del Tribunal

La Cámara Federal entendió, al igual que el Juzgado de 1° Instancia, que cuando se encuentra en juego el derecho a la salud de una persona con discapacidad, lo que está en juego el derecho a la vida, garantizado por la Constitución Nacional, y reconocido en los Tratados Internacionales con rango constitucional. A lo largo de la sentencia, se desglosan las normas que se encuentran en juego, entre ellas, la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (Ley 26.378), la Ley 24.901 que establece un sistema de prestaciones básicas en habilitaciones y rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad, la Ley 26.657 de Protección de Salud Mental y la Ley 27.043 que establece la cobertura de salud de pacientes con Trastorno del Espectro Autista (TEA).

Se trae a colación el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que la Ley de Discapacidad instituyó un sistema de protección integral para las personas con discapacidad tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, estableciendo un régimen particular en relación a los derechos de las personas con discapacidad y las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado⁶.

Se pone de resalto que el objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos, sino prestaciones según necesidades que representan una igual posibilidad de gozar buena salud dentro de un sistema universal y solidario.

La Cámara desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de primera instancia, atento entender que no se logran rebatir los sólidos argumentos expuestos en la sentencia de grado, existiendo una mera discrepancia con el criterio del a quo. Se afirma que negar la cobertura requerida implicaría violar la naturaleza y finalidad de toda la normativa vigente en nuestro país.

Así las cosas, la cobertura de salud de las personas con discapacidad debe ser integral y se deben proporcionar los servicios de salud que específicamente necesiten las personas como consecuencia de su discapacidad de conformidad a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, más aún cuando, como en el caso bajo análisis, existe un riesgo en la salud de la persona.

3. Causa “Asociación Azul c/ IOMA y otro/a s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos” (n°24.150). Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata. Sentencia del 8 de junio de 2021.

3.a. Plataforma fáctica

La “Asociación Azul por la Vida Independiente de las Personas con Discapacidad” demandó a la Provincia de Buenos Aires, a través de IOMA, que reconozca la figura de Asistente Personal para todos sus afiliados con discapacidad. Dicho reclamo se asentó a la luz del modelo social y de Derechos Humanos sobre la discapacidad. El principal fundamento de esa petición fue el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad, que se encuentra previsto en el artículo 19 de la CDPD.

6 Fallos: 313:579

3.b. Historia procesal

En primera instancia, la jueza resolvió a favor de la Asociación Azul. En este sentido, reconoció el derecho a toda persona con discapacidad afiliada a IOMA a acceder a la Asistencia Personal. A su vez, ordenó a IOMA crear la prestación de Asistencia Personal y determinó cómo hacerlo. También aconsejó al Poder Legislativo a que vuelva a tratar el proyecto de ley sobre Asistencia Personal.

Por su parte, IOMA apeló la decisión de la jueza. Sus fundamentos fueron: 1. Que la jueza se ha extralimitado en su competencia. La demandada argumentó que el Poder Judicial no puede crear y regular una nueva prestación del IOMA, siendo que dicha tarea corresponde a los poderes Legislativo y Ejecutivo; 2. Las prestaciones que ofrece IOMA (esto es, acompañante terapéutico, cuidador y enfermería) cumplen la misma función que el Asistente Personal. Según la demandada, el sistema que ofrece IOMA permite una buena formación y control de las personas que asisten; 3. Por último, IOMA aseguró que la sentencia de primera instancia crea un privilegio en el pago de los Asistentes Personales, perjudicando económicamente al sistema de prestaciones.

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo fue la encargada de decidir si IOMA tiene razón en su apelación o no. Finalmente, la Cámara decidió, por voto mayoritario (dos votos de los tres jueces que componen el tribunal), que no le asistía la razón a IOMA y coincidió con la decisión de primera instancia.

3.c Resolución del Tribunal

La Cámara entendió que la jueza no excedió sus funciones en su pronunciamiento. Partió de la base de los derechos reconocidos en la Constitución y en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene jerarquía constitucional, y en la obligación que imponen a los Estados de protegerlos. El caso debe ser tratado por los/las juezas, en tanto la materia que se trata consiste en la protección de los derechos humanos. Las juezas y jueces pueden exigir a los poderes ejecutivo y legislativo que tomen medidas positivas para que cumplan con lo dispuesto en los tratados internacionales, sobre todo cuando se trata de personas con discapacidad, ello según lo dispuesto en los artículos 75 inc. 23 de la Constitución Nacional -y art. 36 incs. 5 y 6 de nuestra Constitución provincial- (como también por lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Explícitamente, el primer voto de Cámara resalta que el mandato constitucional referido expresa el deber de promover “medidas de acción positiva” que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales, en resguardo de un grupo de extrema vulnerabilidad. A su vez, resalta que el control judicial de la actividad administrativa, la cual se posa en el principio de legalidad, habilita al juez para actuar en la concreción de dichas medidas. Ante ciertas “omisiones ilegítimas” de la administración, el voto resalta que la judicatura debe actuar y suplir dichas omisiones. En este sentido, subraya que es el posicionamiento adoptado en la última reforma constitucional, la cual indica una apertura al derecho internacional de los derechos humanos- y el que fue reafirmado por la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en su art. 1 y 2. Esto, por cuanto, que en la redacción de dichos artículos se resalta que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos

según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte..." (art. 1) y "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta ... las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos..." (art. 2 CCCN). La constitucionalización del derecho exige, entonces, - en palabras del vocal - un giro hacia el activismo judicial que garantice la efectividad de esos derechos.

A tenor de una lectura constitucional de los derechos en juego, las prestaciones que ofrece actualmente IOMA no son suficientes para garantizar el derecho a una vida independiente e inclusión en la comunidad. Numerosos instrumentos internacionales y específicamente la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, reconocen el Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19). También tuvo en cuenta la Observación General N° 5/17 -sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad-, que resaltó la importancia de que las personas con discapacidad cuenten con la posibilidad de tomar opciones y ejercer el control de manera personal e individual en todas las esferas de su vida, mediante la creación de formas de apoyo que potencien el pleno ejercicio de sus derechos, como la asistencia personal.

En 2017 el Comité de la CDPD de Naciones Unidas lanza su Observación General Número 5 (OG 5) dedicada a este Artículo 19. Allí se especifica que "La asistencia personal se refiere al apoyo humano dirigido por el interesado o el 'usuario' que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente ...". Luego, indica que la asistencia puede variar según cada persona en singular, aunque se pueden rescatar algunos elementos precisos que lo diferencian de otros tipos de ayuda personal. Entre otros, estos son:

- A.** La financiación de la asistencia personal debe proporcionarse sobre la base de criterios personalizados y tener en cuenta las normas de derechos humanos para un empleo digno. Debe estar controlada por la persona con discapacidad y serle asignada a ella para que pague cualquier asistencia que necesite.
- B.** El servicio está controlado por la persona con discapacidad;
- C.** Este tipo de asistencia es una relación personal. Los asistentes personales deben ser contratados, capacitados y supervisados por las personas que reciban la asistencia, y no deben ser "compartidos" sin el consentimiento pleno y libre de cada una de estas personas.
- D.** La autogestión de la prestación de los servicios. Las personas con discapacidad que requieran asistencia personal pueden elegir libremente el grado de control personal a ejercer sobre la prestación del servicio en función de sus circunstancias vitales y sus preferencias.

Asimismo, valoró lo que mandan las leyes internacionales, de Argentina y de la Provincia de Buenos Aires, referidas a los derechos de las personas con discapacidad y a las medidas que hay que tomar para que esos derechos sean efectivos. Con fundamento en esas normas y también en numerosa jurisprudencia, el Tribunal consideró que es necesario implementar la figura del Asistente Personal. Las opciones

que ofrece el IOMA (enfermería, cuidador y acompañante) no cumplen las mismas funciones, siendo que no tienen como foco la pretensión de asegurar una vida independiente ni la plena participación en la comunidad de las personas con discapacidad. Es decir, manifiesta la Cámara que dichas opciones no priorizan la voluntad de las personas con discapacidad. Si se reconoce la figura del Asistente Personal, las personas con discapacidad podrán acceder al ejercicio de otros derechos propios del despliegue de autonomía [educación, trabajo, etc].

Sin embargo, ese fue el voto de la mayoría de la Cámara. El voto en disidencia del Dr. De Santis sostuvo que el diseño de esas políticas activas les compete, en la medida que proponen actos de mérito en la respuesta al interés público subyacente, pero que “escapan a toda especie justiciable, mientras no se concreten en fórmulas exigibles”. Traza que el sistema republicano de división de poderes exige que, si bien plausible y suficiente para suscitar la intervención de la actividad legislativa que instituye la relación jurídica y así la exigibilidad por todos quienes resulten destinatarios, escapa a la actividad judicial hasta tanto no lo haga el poder legislativo.

IV. Análisis de la jurisprudencia seleccionada.

IV. A. El supuesto privilegio a personas con discapacidad

Los casos analizados demuestran la barrera que deben atravesar las personas con discapacidad para hacer efectivo su derecho a una protección integral. Un razonamiento judicial que dé lugar a creer que la cobertura resultaría un privilegio para ciertas personas indica, según intentaremos demostrar, no articula un alcance adecuado para las leyes protectorias del derecho de personas con discapacidad, cuando de lo que se trata es, por caso, de brindar este tipo de tratamientos. Se violaría abiertamente la normativa vigente tanto constitucional como supranacional, lo que deviene inaceptable. En esta línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos “Furlan, Sebastián y Familiares c. Argentina” del 31/8/2012, sostuvo que... “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial...”. Ahora bien, ¿qué implica dicha protección especial? ¿Qué emerge del modelo social de la discapacidad que surge de la CDPC?

Lo primero, sería descartar argumentos que reducen los compromisos asumidos por el Estado [el cual, con la normativa inferior ha optado por indicar que - en principio - son las obras sociales (y prepagas) las que deben cubrir dichas prestaciones] a compromisos de índole médico: medicamentos, rehabilitación, intervenciones quirúrgicas, etc. Al hablar de un componente interactivo de la discapacidad se le ha otorgado al entorno un peso de abordaje. El entorno debe ser modificado (Poner rampas para usuarios y usuarias de silla ruedas, por ejemplo) y, a su vez, asumir prestaciones [o dispositivos] para llevar adelante una vida doméstica y una vida que se proyecta hacia lo no doméstico, es decir, proyectos de vida tales como estudiar, trabajar, transitar la ciudad- transporte- entre otros. En este sentido, la protección especial- al menos en lo que aquí discutimos - está ligada a la cobertura de gastos que implican ciertas *funcionalidades* en la vida de una persona con discapacidad. Así, debemos rechazar recortes que indiquen que este tipo de prestaciones, como son en estos casos la asistencia personal o apoyo, no deben estar cubiertas, utilizando argumentos de carácter médico que implican que *sólo* las prestaciones médicas deberían estar cubiertas.

Por su parte, consideramos necesario descartar - también- los razonamientos que intentan indicar que son las familias las que deben cubrir este tipo de gastos de prestaciones. Los argumentos que podemos ofrecer son de tipo filosóficos políticos: al momento de dotar de jerarquía constitucional a la CDPD, el Estado argentino se comprometió con ciertos presupuestos de *teoría de la justicia* de carácter distributivo. Aunque este artículo excede las posibilidades de explicitar las discusiones alrededor de qué argumentos sostienen la *necesidad* de distribución - en relación a riquezas, oportunidades, etc - diferenciada a personas con discapacidad en relación a la desventaja social inmerecida en razón a la percepción equivocada que tiene parte de la sociedad respecto a la discapacidad. Sin embargo, podríamos remitirnos al alcance rawlsiano de distribución de bienes (Gastaldi, 2020a) y, al menos desde una teoría liberal igualitaria, asumir que, en caso que se pretenda tener una sociedad justa, debemos reconocer un mínimo de bienes a todos los individuos y, a su vez, una consciencia de "aventajar a las personas menos aventajadas". Esto es, si admitimos - tal como Rawls (1995) indicaría - que las desigualdades naturales son inmerecidas, debemos centrarnos en distribuir bienes primarios sociales bajo un criterio diferencial.

Si aceptamos que el Estado ha asumido el compromiso de redistribución, cualquier razonamiento que pone la obligación de cobertura en cabeza de la propia persona con discapacidad o su familia, resulta equivocado. Pero, sobre todo, más allá de la corrección o incorrección de ese razonamiento, lo importante es destacar que la consecuencia de un razonamiento tal como "sus familiares deben cubrir los costos" hace depender a personas con discapacidad de su entorno inmediato: la familia o entorno familiar. Podríamos aquí advertir que los y las familiares no deberían estar obligados al cuidado, ni a cubrir los gastos de cuidado.

En relación a la Ley de Discapacidad N° 24.901, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que se instituyó un sistema de protección integral para las personas con discapacidad tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con los derechos de las personas con discapacidad, y las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado. Y ha expresado que "El objetivo de la ley se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encontraran en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan - en lo posible - neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca"⁷.

Ahora bien, asumido que las obras sociales deben cubrir este tipo de prestaciones, podemos ahora indagar qué ocurre con la posición alegada por estas cuando advierten que caerían en un crack económico si cubren lo peticionado.

La alegación de riesgo de crack económico para el ente mutual, sin mayor prueba que su afirmación, es caer en una falacia de pendiente resbaladiza. A su vez, el argumento utilizado por las obras sociales parte de una errónea interpretación del valor de la igualdad.

Comenzaremos por dismantelar la falacia. La falacia de pendiente resbaladiza consiste en presentar un argumento que, a simple vista parece persuasivo, pero consiste en generar una encadenación de eventos supuestamente inevitables que culminan en una situación de crisis o colapso, que nadie [en un sano juicio] podría asumir. Por tanto, el

⁷ Fallos: 313:579

primer evento - o premisa - debería quedar descartado. Funciona de la siguiente manera: si a, entonces b; si b entonces c; y c entonces d; d es indeseable. En el argumento esbozado por las obras sociales según el cual si a) les cubren las prestaciones a afiliados con discapacidad que exigen cobertura costosa, entonces b) C) no se va a poder cubrir las prestaciones de otras personas afiliadas [incluidas personas sin discapacidad]; d) entonces, la obra social caerá en un colapso. Pero, ¿qué pruebas ofrecen de c) y de d)?

Cabe resaltar que suele presentarse como falacia toda vez que no se encuentra acreditado que si la demandada afrontara el gasto correspondiente a las prestaciones demandadas, se produciría con ello un grave entorpecimiento en los servicios de salud que deben brindarse al resto de los afiliados. En concreto, no se probó ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier otro elemento probatorio la posibilidad de un desequilibrio económico, ni se acreditó la imposibilidad financiera para hacer frente a la prestación reclamada por la actora.

A su vez, si se asume que "habrá crack económico" se estaría priorizando a un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos humanos fundamentales como lo son: el derecho a la vida; a la salud; derecho adquirido a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegidos, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por otro lado, sobre la insistencia del argumento de la necesidad que quien ampara y sea "beneficiado/a" con la cobertura cuente con carencia económica, se sostiene que, de no hacerlo, implicaría concentrar la ayuda que brinda el agente de salud en el sector de beneficiarios con capacidad económica bastante para soportar el porcentaje del costo sanitario no alcanzado por la cobertura, pero no llegaría a los sectores cuya posibilidad de acceder a dicha asistencia depende completamente del financiamiento de la obra social⁸. No consideramos atendible este argumento, ya que la mentada cobertura tiene un sustento en la solidaridad del sistema y la protección de la dignidad humana de personas con discapacidad, por lo cual, no sería aceptable este trato discriminatorio entre aquellos quienes personalmente o con el aporte familiar puedan solventar por sí a cobertura, y quienes no puedan hacerlo. Este pensamiento se sustenta en una idea mercantilista que plantea que el agente de salud concentrará financiamiento en los beneficiarios con cierta capacidad económica propia y abandonará a los que carecen de ella..

Ahora bien, en relación al principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución de la Nación Argentina (C.N.), reza: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas". Dicho principio puede ser interpretado de dos maneras:

O bien impone que sólo se considere igual aquello que es considerado como tal por el legislador a partir de su idéntico tratamiento legal;

O bien impone que se evalúe la razonabilidad de las distinciones efectuadas por el legislador sobre la base del material jurídico preexistente.

⁸ "S., F. A. vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) s. Prestaciones médicas". Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata; Sentencia de fecha 16 de abril de 2015.

Lo primero se limita a indagar qué distinciones ha ofrecido el legislador. El segundo admite que existen razones por las que el legislador ha consagrado una protección integral a las personas con discapacidad con una lógica distinta a la protección de la salud de los habitantes argentinos en general.

Aunque ambas interpretaciones del principio de Igualdad ante la ley desestimarían el argumento de privilegio de las personas con discapacidad, nos detendremos a analizarlos.

En cuanto a la primera interpretación del principio, se justifica que los pronunciamientos judiciales actuales deben mantener con las decisiones institucionales del pasado -sean éstas legislativas o judiciales- y la coherencia o compatibilidad que debe surgir entre las decisiones pasadas y las presentes. Impone la exigencia de mirar al pasado (Barbará, 2006) y propone evitar que se trate un caso actual de manera diferente a la manera en que fueron tratados casos similares en el pasado. Atienza (2003) muestra que este sentido de principio de igualdad pretende que se satisfagan los requisitos de consistencia y de coherencia. Ello trae aparejada seguridad jurídica.

En cuanto a la segunda interpretación posible en torno al principio indicado, podemos precisar que el principio de igualdad prescribe que cada uno de esos casos que presentan entre sí semejanzas o diferencias deontológicamente relevantes, deben ser resueltos siempre de manera igual -si son relevantemente semejantes- o siempre de manera diferente -si son relevantemente diferentes-. A grandes rasgos, podría afirmarse que esos supuestos que acabamos de enunciar constituyen aquello que debe aceptarse para que el principio de igualdad ante la ley no resulte reducido al principio de legalidad y para que podamos admitir como correcta y relevante la formulación del mismo que nos habla de que "los casos iguales deben ser tratados de igual manera y los casos diferentes de manera diferente en proporción a sus diferencias".

Cuando las obras sociales pretenden argüir que estamos ante un privilegio, pretenden entender "como igual aquello" que el legislador entendió como desigual. Cuando el legislador ha tratado a las personas con discapacidad de manera "desigual", ello implicó tener en cuenta a aquellos que se encuentran situados de manera diferente y tomar las medidas apropiadas a fin de llevar a cabo el ideal de igualdad de manera real y no ilusoria.

La jurisprudencia ha dicho que "son estos casos puntuales, donde las obligaciones de las autoridades públicas y de las obras sociales deben generar acciones positivas a favor del derecho a la salud y del derecho a la plenitud de la vida. Ello es así por cuanto el objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos, sino prestaciones según necesidades que representen una igual posibilidad de gozar de buena salud dentro de un sistema universal y solidario"⁹. Así las cosas, nuestro derecho ha considerado una teoría de los derechos humanos hacia personas con discapacidad, sosteniendo como un imperativo legal que toda persona es merecedora de tener los medios necesarios para desarrollar su vida. Y, si asumimos el modelo social, no podemos limitar la noción de "medios" a prestaciones únicamente médicas, sino que deben englobarse asistencia y apoyos. Dicha protección integral es la que logra una igualdad real. Las normas jurídicas que rodean a la materia tienen como objetivo el logro de la inclusión de las personas con discapacidad.

9 Causa "B.A.C. c/Obra social de Capitanes de Ultramar y Oficiales de la Marina Mercante y otro- Ley de Discapacidad" (Expte. N° 23302/2019). Cámara Federal de Córdoba, Sala A. Sentencia del 14 de noviembre de 2022.

En este punto, en la jurisprudencia analizada¹⁰ se ha entendido que fallar en contrario de la pretensión de la actora implicaría un reconocimiento en abstracto de derechos fundamentales pero sin operatividad, sin vigencia real, sin posibilidad de ser exigidos en las situaciones concretas por los habitantes del país, quienes al fin y al cabo resultan ser titulares de los referidos derechos. En términos concretos, implicaría dejar de lado este reconocimiento al disfrute al más alto nivel posible de independencia y calidad de vida.

V. Autonomía de personas con discapacidad. Conclusiones.

Cabe destacar ese móvil en juego: la *autonomía de personas con discapacidad*. El principio de autonomía ha sido declarado como una pretensión política de la CDPD. Mucho podríamos discutir en relación a qué se entiende por autonomía (autonomía personal; moral; relacional, etc.) pero, sin entrar en distinciones de alcance y sentido del principio, en este artículo nos conformamos con describir cómo, al momento de condenar a las obras sociales a la cobertura de este tipo de prestaciones, se traía a colación la pretensión de autonomía de personas con discapacidad.

Así, cuando se requieren los servicios de un acompañante terapéutico, este profesional interviene acompañando, cuidando, estimulando e integrando socialmente a aquellas personas que se encuentran imposibilitadas de desarrollarse de manera autónoma. Esta prestación está concebida para desarrollar acciones que auxilien y complementen el tratamiento que el paciente recibe por parte del profesional, para así alcanzar el objetivo de continuar con un tratamiento sin aislar al paciente de su entorno social y familiar. En este marco fáctico legal, se torna esencial buscar una solución coherente con el fin tuitivo de la normativa aplicable, otorgando una cobertura tal que se ajuste a las necesidades y requerimientos de la persona con discapacidad¹¹.

En conclusión, a los fines de promover la autonomía e independencia de las personas con discapacidad -y la emancipación de estos hacia sus entornos inmediatos- consideramos central dilucidar el alcance y sentido del principio de igualdad en estricta relación con el principio de autonomía. Para ello, resulta vital la prestación de una cobertura completa e integral por parte de las obras sociales y del propio Estado, que no cuenten con un criterio "médico" de la discapacidad que desconozca la necesidad de eliminar barreras sociales y materializar la oportunidad de una inclusión social a la hora de garantizar los derechos en juego.

Referencias bibliográficas

- Alemany, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.º (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp. 201-222.
- Atienza, M. (2013) *Curso de argumentación jurídica*. Ed. Trotta. Madrid.
- Barbará, J. A. (2007) "Principio de Igualdad. Opciones que plantea la solución de casos" en *Diez Años*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. pág. 108.

¹⁰ "S., F. A. vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) s. Prestaciones médicas". Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata; Sentencia de fecha 16 de abril de 2015.

¹¹ "B.A.C. c/Obra social de Capitanes de Ultramar y Oficiales de la Marina Mercante y otro- Ley de Discapacidad" (Expte. N° 23302/2019). Cámara Federal de Córdoba, Sala A. Sentencia del 14 de noviembre de 2022.

- Blanco Pighi, María Florencia. El cambio de paradigma en torno a la capacidad en Argentina. *Revista Derecho y Salud*. UBP. Vol. 6. N° 7. Diciembre 2022. ISSN (Ver. impresa): 2591-3468.
- Gastaldi, P. (2022a) Un abordaje rawlsiano al sistema de apoyos a personas con discapacidad. *Revista de Estudios Jurídicos y Sociales* - Número 6 - Diciembre 2022. Extraído de <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=56a223166fdb06e8f86ed31500da432>
- Gastaldi, P. (2022b). El consentimiento informado de personas con discapacidad (Colección ETHOS). Córdoba, Argentina: Editorial UCC.
- Palacios, A (2000) Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva - REVISTA QUORUM - REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MAR DEL PLATA. Recuperado en <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>
- Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. Madrid: Cinca.
- Palacios, A. y Romañach J. (2006). El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Madrid: Diversitás.
- Palacios A. y Romañach J. (2008) El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad). *Revista Intersticios – Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*- VOL. 2 – Madrid. Recuperado en Web: <http://www.scholarlyexchange.org/ojs/index.php/InterSoc/article/viewFile/2712>
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México DF, México: Fondo de Cultura Económica.

O fortalecimento das organizações diante da inclusão de pessoas com deficiência: um olhar a partir das experiências da Cotripal Agropecuária Cooperativa

The strengthening of organizations in the face of the inclusion of people with disabilities: a look from the experiences of the Cotripal Agricultural Cooperative

Luana Carolina Bonfada¹; Sérgio Luís Allebrandt²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)09)

Fecha de envío: 30.06.2021

Fecha de aceptación: 18.09.2023

RESUMO:

O presente artigo visa averiguar se com o advento da Lei 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – cidadãos com incapacidade física ou intelectual passaram a integrar de maneira mais equânime e significativa o mercado de trabalho das organizações brasileiras. Inicialmente, faz-se uma análise do conceito de Pessoa com Deficiência, além da sua integração à legislação brasileira. A fim de evidenciar, ainda que minimamente, a realidade brasileira e, senão regional, realizou-se um breve estudo da Cotripal Agropecuária Cooperativa quanto à ocupação de cotas destinadas às pessoas com deficiência, através de pesquisa exploratória qualitativa, bem como o engrandecimento que isso tem proporcionado à organização desde a sua aderência. E, a partir da experiência da Cooperativa se pode verificar que ela serve de inspiração para outras organizações.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo averiguar si, con el advenimiento de la Ley 13.146/2015 – Ley Brasileña para la Inclusión de Personas con Discapacidad – los ciudadanos con discapacidad física o intelectual pasaron a integrarse de manera más equitativa y sig-

1 Mestranda em Desenvolvimento Regional no PPGDR/UNIJUÍ (Turma 2022). Bolsista Prosuc/Capes. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ; especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1195-6177>.

2 Professor Titular Sênior do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (PPGDR/UNIJUÍ). Bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq. Doutor em Desenvolvimento Regional pelo PPGDR/UNISC (2010). Mestre em Gestão Empresarial pela Ebape/FGV (2001). Líder do Grupo Interdisciplinar de Estudos em Gestão e Políticas Públicas, Comunicação, Desenvolvimento e Cidadania (GPDeC). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2590-6226>.

nificativa al mercado laboral brasileño. organizaciones Inicialmente, se hace un análisis del concepto de Persona con Discapacidad, además de su integración en la legislación brasileña. Para resaltar, aunque sea mínimamente, la realidad brasileña y, si no regional, se realizó un breve estudio de Cotripal Agropecuária Cooperativa sobre la ocupación de cuotas destinadas a personas con discapacidad, a través de una investigación exploratoria cualitativa, así como el engrandecimiento que esto ha proporcionado a la organización desde que se unió. Y, en base a la experiencia de la Cooperativa, se puede ver que sirve de inspiración para otras organizaciones.

ABSTRACT

This article aims to find out if, with the advent of Law 13.146/2015 – Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities – citizens with physical or intellectual disabilities began to integrate in a more equitable and meaningful way the labor market of Brazilian organizations. Initially, an analysis of the concept of Person with Disabilities is made, in addition to its integration into Brazilian legislation. In order to highlight, even if minimally, the Brazilian and, if not regional, reality, a brief study of Cotripal Agropecuária Cooperativa was carried out regarding the occupation of quotas destined to people with disabilities, through qualitative exploratory research, as well as the aggrandizement that this has provided to the organization since joining. And, based on the Cooperative's experience, it can be seen that it serves as an inspiration for other organizations.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência; Direito ao trabalho da Pessoa com Deficiência; Mudanças Organizacionais.

PALABRAS CLAVE: Estatuto de las Personas con Discapacidad; Derecho al trabajo de las Personas con Discapacidad; Cambios en la organización.

KEY WORDS: Statute of Persons with Disabilities; Right to work for Persons with Disabilities; Organizational Changes.

1. Introdução

A inclusão de pessoas com deficiência e/ ou de diferentes gêneros, etnias ou religiões é um problema histórico e que nas sociedades contemporâneas assume contornos e proporções globais, dada a sua abrangência e impactos junto a diversas culturas. Desse modo, frente à crescente necessidade de inclusão de diferentes grupos e minorias que a legislação mundial passou a prever os direitos desses cidadãos; elencando não apenas suas particularidades, mas principalmente a urgente observação quanto as suas necessidades.

Inicialmente, acima de qualquer previsão legislativa, pondera-se que no rol de direitos fundamentais do homem, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), todos são iguais perante a lei; sem distinção de qualquer natureza (Brasil, 1988). Corrobora o preceito constitucional, a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que inovou a gramática dos Direitos Humanos, ao introduzir a concepção contemporânea dos direitos humanos, cujas marcas principais são a universalidade e a indivisibilidade desses direitos; exigindo, para a sua fruição, tão somente o fato de ser humano (Ribeiro, 2019).

No mesmo sentido, acrescenta Figueira (2021), quando aduz que ainda na década de 90 um novo conceito relacionado aos direitos das pessoas com deficiência surgiu: inclusão social. A partir da Resolução n. 45/91, da Assembleia Geral das Nações Unidas, tal termo começou a chamar mais atenção no Brasil, justamente por tratar de regras bem definidas de uma sociedade para todos, a partir da diversidade da raça humana, estruturada para atender às necessidades de cada cidadão, das maiorias às minorias, dos privilegiados aos marginalizados.

É dessa forma que, segundo Figueira (2021), incluem-se crianças, jovens e adultos com deficiência, os quais serão naturalmente incorporados à sociedade inclusiva, e todas trabalharão juntas, com papéis diferenciados, dividindo iguais responsabilidades por mudanças desejadas para atingir o bem comum. Já no sentido de esclarecer quais fatores contribuíram para com a estigmatização da pessoa com deficiência, Piccolo (2022); destaca a ignorância a aspectos de sua produção material e espiritual, sendo que toda a atenção se volta, historicamente, aos aspectos performativos da categoria. Tal percepção encontra respaldo, inclusive, em Murphy (1988: 140), quando apregoa que “a estigmatização é menos um subproduto da deficiência do que a sua substância”.

O que se verifica, portanto, é que, apesar de os estudos e as previsões legais acerca dos direitos das pessoas com deficiência se encontrarem em evolução, eles ainda carecem de aplicabilidade plena. Assim sendo, o presente estudo visa, inicialmente, à exposição da legislação que tange à proteção, aos direitos e deveres das pessoas com deficiência nos planos nacional e internacional – ainda que brevemente – bem como as formas de implementação de tais normativas no Brasil. No mesmo sentido, busca-se a especificação das referidas leis no que diz respeito ao direito ao trabalho das pessoas com deficiência, além dos parâmetros que norteiam a sua inclusão no mercado de trabalho das organizações brasileiras.

Assim, verifica-se que, a partir de breve análise de grandes marcas brasileiras e até mesmo das suas organizações, é significativo e engrandecedor o resultado da inclusão de pessoas com deficiência em seus respectivos mercados de trabalho. Bem como, pode-se observar que tais efeitos se concretizam com o passar dos anos, na medida em que cursos de formação e humanística vão sendo propiciados a todos os funcionários. O que se verifica é maior dificuldade no que tange à mudança de visão das demais pessoas, tornando a inclusão uma busca constante das organizações.

Dessa forma, verifica-se que a inclusão de pessoas com deficiência nos mercados de trabalho tem evoluído, de modo que o seu labor é reconhecido de forma satisfatória, além de atrair olhares de admiração a essas organizações. E, a fim de possibilitar melhor visualização dessa conquista social, trazem-se algumas das experiências da Cotripal Agropecuária Cooperativa, por meio de pesquisa exploratório-qualitativa, descrevendo como essa organização encontra-se hoje com diversas pessoas com deficiência em seu quadro de funcionários, desenvolvendo as mais diversas atividades, sejam elas de natureza física ou intelectual.

Por fim, o estudo pretende mostrar as contribuições que esses funcionários trouxeram à empresa ao longo dos anos; fazendo, inclusive, com que a Cooperativa servisse de exemplo a outros estabelecimentos locais e regionais. O que se pode perceber, portanto, é que o advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) proporcionou

significativas melhoras no trato com essas pessoas, especialmente no que diz respeito à forma de sua inclusão em todos os meios de convivência do ser humano.

Ademais, é perceptível que as previsões legislativas internacionais foram capazes de embasar, significativamente, tais direitos no Brasil. Em que pese o advento da LBI tenha ocorrido apenas no ano de 2015, sabe-se que a igualdade de todos, sem qualquer distinção, encontra-se prevista na Constituição Federal desde a sua promulgação, em 1988. Assim, com o presente estudo, busca-se evidenciar os pontos anteriormente elencados, ressaltando, sobretudo, a relevância da inclusão de todas as pessoas que convivem nos meios sociais, sem qualquer diferenciação, sob pena de retrocesso em relação ao reconhecimento e aplicabilidade de direitos fundamentais do ser humano.

II. Metodologia

A fim de possibilitar uma análise concreta dos dados, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e estatística. A pesquisa bibliográfica nada constitui-se a partir da leitura e processamento de material impresso, tais como obras já publicadas, sejam elas livros, capítulos ou artigos, e que permitiram conhecer e analisar o tema problema da pesquisa. Segundo Gil (2002), a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir que investigador tenha acesso a uma gama de fenômenos muito mais ampla que aquela que poderia pesquisar diretamente. Já a pesquisa legislativa configura-se como processo e prática de análise de leis e fundamentos legais, neste caso, nacionais e internacionais, capazes de dar sustentação à fundamentação a ser elaborada. Ainda, a pesquisa jurisprudencial refere-se ao entendimento dos Tribunais Superiores, neste caso, os brasileiros, em relação à temática a ser estudada e, da mesma forma, capazes de engrandecer o estudo. Por fim, a coleta de dados se deu a partir da realização de pesquisa semiestruturada qualitativa, via diálogo estabelecido virtualmente com a coordenadora do Departamento de Recursos Humanos da Cotripal Agropecuária Cooperativa.

A escolha da referida cooperativa decorreu do fato de a pesquisadora principal ser filha de colaborador que atua há mais de 35 (trinta e cinco) anos na empresa. Ao longo desse tempo, teve contato com a significativa evolução da cooperativa no que tange aos aspectos sociais, éticos e humanitários pelas experiências e vivências, os quais eram relatados diariamente pelo seu genitor. A atual coordenadora do Departamento de Recursos Humanos foi quem contribuiu para com esta pesquisa, já que há anos está diretamente ligada à contratação de pessoas.

Quanto aos aspectos éticos, em que pese a pesquisa ter se declinado sobre o quadro pessoal da empresa, esta se deu de maneira genérica; ou seja, apenas em números estatísticos, sem qualquer identificação de pessoas e funcionários. Não se verifica, portanto, qualquer risco à empresa diante dos dados informados, até mesmo pela constatação de sua experiência positiva quanto à temática. E, apesar de o referido estudo não ter sido submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), uma vez que se tratou, inicialmente, de pesquisa realizada para matéria acadêmica; esta pesquisadora esclareceu que a informante era dotada de total liberdade para não responder a qualquer questionamento, caso entendesse pertinente, o que não ocorreu em nenhum momento.

III. Histórico e evolução do conceito e da legislação referente à pessoa com deficiência e ao acesso do mercado de trabalho

1. A evolução da nomenclatura “pessoa com deficiência”

Inicialmente, faz-se necessário destacar os detalhamentos acerca do conceito de “pessoa com deficiência”, já que, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, não houve, desde o princípio, uma preocupação da Constituição Federal em fazê-lo. Ao longo dos anos, diante das mudanças legislativas que passaram a reger o tema, especialmente no Brasil, verificou-se uma evolução quanto à terminologia. Por conseguinte, verificou-se, a partir da Convenção da ONU, em 1948, que se passou a utilizar a denominação “pessoa com deficiência”, e não mais “pessoa portadora de deficiência”; dando-se ênfase à palavra “pessoa”. Assim, o que se percebe, de modo flagrante, é o evidente progresso na nomenclatura.

Conforme Ribeiro (2019), o conceito de pessoa com deficiência surgiu na legislação brasileira em um primeiro momento, com o Decreto 3.289/1999, que regulamentou a Lei 7.853/1989 e trouxe, no artigo 3º, a definição de deficiência, de deficiência permanente e de incapacidade. Ainda segundo o autor:

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), da mesma forma conhecida como Convenção de Nova Iorque, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Legislativo nº 186/2008 e do Decreto Presidencial nº 6.949/2009, com equivalência de emenda constitucional (art. 5º, parágrafo 3º, da CF/88), conceitua pessoa com deficiência no artigo 1º, redação que foi levemente alterada, e seguida na Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência- Estatuto da Pessoa com Deficiência- com entrada em vigor a nível nacional no dia 02 de janeiro de 2016 (Ribeiro, 2019: 483).

A partir de então, direcionando-se à análise do previsto na legislação em vigor, o conceito de pessoa com deficiência passou a ser definido como o relativo àquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Dessa forma, o modelo médico para aferição foi abandonado, passando-se a adotar o modelo social que, concebido conforme o paradigma da inclusão instituído pela nova sistemática avaliatória da Organização Mundial de Saúde (OMS), criada em maio de 2001; que leva em consideração o ambiente, ou seja, o meio social em que a pessoa está inserida.

Oportunamente, destaca-se que a evolução da nomenclatura revela aguda observação e valorização de maneira mais significativa do “ser humano”, da “pessoa”, o que se configura como ação digna de aplausos. Isso posto, conforme aduz Figueira (2021), desde os primórdios indígenas, os aleijados e deformados fisicamente eram severamente rejeitados, quando não oferecidos em sacrifício a fim de purgação social baseada em rituais de purificação. Evidencia-se, portanto, que o olhar humanitário às pessoas com deficiência, iniciando-se pela sua nomenclatura, encontra-se lastreado do conjunto de transformações sociopolíticas do século XXI e no processo de evolução do conjunto de políticas públicas que o permeia.

Verifica-se, portanto, que a condição de deficiência de qualquer pessoa deixou de ser atribuição tão somente sua, passando a ser compartilhada com as condições dos meios em que se encontra e em que vive. Em outras palavras, as barreiras encontradas nesses locais contribuem, direta ou indiretamente, para que as suas dificuldades sejam ameni-

zadas ou acentuadas. A exemplo clássico, tem-se o caso do deficiente físico que utiliza cadeira de rodas: caso haja, nos locais em que se desloca e circula, rampas de acesso, é possível presumir que suas dificuldades sejam amenizadas. Caso tal item de acessibilidade não seja observado, é possível que sua locomoção e mobilidade sejam sensivelmente prejudicadas, quando não impedidas.

2. A relevância da legislação internacional

É importante ressaltar, igualmente, o quão relevante é a legislação internacional de proteção às pessoas com deficiência para o ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, é preciso manter não apenas o “diálogo das fontes”, mas, também, o “diálogo das Cortes” (Ramos, apud Ribeiro, 2019: 504). É preciso, pois, referir-se à necessidade de uso da jurisprudência internacional como referencial na tomada de decisões das Cortes brasileiras, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF). Além disso, a própria LBI prevê que a Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência deverá servir sempre como parâmetro ao intérprete, sem prejuízo da harmonização com a Constituição Federal de 1988 e em relação às demais leis pertinentes que não tenham sido revogadas (Ribeiro, 2019).

Nesse sentido, é fundamental o questionamento acerca da importância da Convenção da ONU, bem como de sua relevância, para o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, conforme o autor supracitado, notabiliza-se o documento internacional como referencial legal, uma vez que, a partir da concepção contemporânea criada pela Convenção,

a universalização dos direitos humanos permitiu o surgimento de um sistema internacional de proteção, integrado por tratados internacionais mais amplos (denominado “sistema ONU” ou “onusiano”) como, por exemplo, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e ao lado dele surgiram sistemas regionais de proteção integrados por documentos internacionais de alcance especial, que buscam internacionalizar os direitos humanos [...] (Ribeiro, 2019: 493).

Nota-se, assim, que havendo a interligação desses mecanismos protetivos, de modo que sejam observados em nível mundial, tem-se proteção e inclusão mais efetivas das pessoas com deficiência. E ainda que pese haver a necessidade de normas que prevejam os direitos desses cidadãos, como, por exemplo, o direito ao trabalho, deve-se louvar a existência de tais normativas, inclusive em âmbito internacional, já que, certamente, caso não se lograsse contar com a existência de tais leis, o acesso e o desfrute dos respectivos direitos seria ainda mais precário, ou mesmo inexistente.

Torna-se, pois, evidente que a legislação internacional, especialmente a Convenção da ONU que trata dos Direitos da Pessoa com Deficiência, serviu e ainda serve de embasamento ao ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, mais do que servir de fundamento, ela foi incorporada àquele com equivalência de Emenda Constitucional (art. 5º, parágrafo 3º da CF/88). O que, porém, isso significa? Basicamente, que ela integra o bloco de constitucionalidade³, modificando o sistema do direito interno e, assim, não poderá ser denunciada (desistir de fazer parte dela) por iniciativa presidencial nem mesmo me-

3 Bloco de constitucionalidade, segundo Alberto do Amaral Jr., a partir das lições de Celso Lafer, “é um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais ainda que estejam fora do texto da Constituição.” (Amaral Jr., 2008: 487).

diante Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional. Caso o Presidente da República descumpra essa regra, ele poderá ser responsabilizado, uma vez que a equivalência à Emenda Constitucional é cláusula pétrea⁴ do texto constitucional.

Em vista disso, é indubitável a relevância que as normativas internacionais possuem no âmbito interno brasileiro. Ademais, o que se percebe é que estas foram políticas públicas pioneiras a tratarem do tema, de modo que, conseqüentemente, se robustecem com o passar do tempo e diante da sobrevivência de novos anseios. A partir do conhecimento da importância de tais legislações, especialmente porque servem de embasamento e foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro; é que se torna digno o destaque a detalhes da LBI, ainda que infimamente.

3. A contribuição à legislação brasileira

Como já referido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) entrou em vigor apenas em 02 de janeiro de 2016. E, apesar da relevância da incorporação da Convenção da ONU à legislação brasileira, aquele trouxe várias inovações ao rol de direitos e garantias das pessoas com deficiência. Dentre elas, destaca-se, excepcionalmente, a alteração do modelo de capacidade civil do Código Civil brasileiro, que passou a prever, como única causa de absoluta incapacidade, a idade inferior a 16 anos.

Anteriormente às alterações promovidas pelo Código Civil e incorporadas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que se tinha era a consideração de que as pessoas, por enfermidade ou deficiência intelectual, ou ainda que não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; mesmo os que por causa transitória não pudessem exprimir a sua vontade, eram totalmente incapazes. Percebe-se, assim, uma considerável mudança de paradigma ao prever que as pessoas com deficiência são relativamente incapazes; e que, além disso, caso desejem, para determinados atos poderão contar com a “tomada de decisão apoiada”, que nada mais é que:

O direito de o beneficiário (denominado “pessoa apoiada”) conservar sua capacidade de fato e em alguns casos definidos contar com a participação e colaboração de “apoiadores” por ela eleitos, sendo que a decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos perante terceiros, sem restrição, quando inserida nos limites do apoio acordado (art. 1.783-A, Código Civil brasileiro) (Ribeiro, 2019: 523).

O que se verifica, por conseguinte, é que com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a previsibilidade de tais direitos e garantias no Brasil tomou outra proporção. E, assim sendo, é indiscutível que o exercício dos direitos humanos no Brasil engrandeceu; uma vez que a inclusão de tais cidadãos e a possibilidade de não serem considerados totalmente incapazes, e que mesmo sendo vistos como relativamente incapazes, em momento algum deixam de ser cidadãos de direito, é de suma relevância para que se atinja ao máximo o exercício da cidadania.

4. Direito ao trabalho das pessoas com deficiência

É nesse íterim que o estudo se aprofunda e é direcionado à previsão do direito ao trabalho das pessoas com deficiência. A Constituição Federal de 1988, acima de qualquer lei, pre-

⁴ Cláusula pétrea, segundo Ribeiro (2019: 499), “proíbe qualquer norma posterior que reduza o conteúdo dos direitos e garantias nela constantes (art. 60, parágrafo 4º, da CF/88)”.

vê que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento dos valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV, da CF/88), que também serve de base para a ordem social (art. 193 da CF/88). (Ribeiro, 2019: 546). Assim sendo, o exercício do direito ao trabalho pelo indivíduo com deficiência é estruturado com base em princípios, como o da dignidade humana e o de igualdade de condições de acesso e oportunidades ao trabalho.

Arquitetado com base em tais princípios, o direito ao trabalho da pessoa com deficiência presume a admissão sem qualquer conduta discriminatória, além de equidade salarial. Destaca-se que a previsão de discriminação contra a pessoa com deficiência e a equiparação de oportunidades são dois princípios importantes consagrados pela Convenção de Nova Iorque (art. 27, LBI) e estruturantes para as demais garantias previstas (Ribeiro, 2019). Entretanto, é de extrema relevância ao prever o direito ao trabalho da pessoa com deficiência é a previsão de que o exercício ocorra de maneira competitiva.

O mesmo caráter competitivo do acesso às oportunidades de emprego por pessoas com deficiência demonstra a equidade de condições. O texto legal, em um momento inicial, denota estranheza e surpresa quanto ao caráter competitivo; contudo, após analisar o dispositivo, verifica-se que a intenção do legislador foi justamente a de proporcionar direitos iguais a todos, independentemente de qualquer distinção. Nesse sentido, inclusive, aduz Ribeiro (2019: 547) que

Um modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho é a colocação competitiva, em igualdade de condições com os demais e que deve atender toda legislação trabalhista e previdenciária [...], lembrando que a recusa em realizar essa adaptação razoável e o fornecimento de tecnologia assistiva significam discriminar por motivo de deficiência (art. 4º, parágrafo 1º, parte final da LBI), o que pode caracterizar o crime previsto no art. 88 da LBI.

Além disso, é relevante ponderar que a própria Carta Magna prevê que a administração pública, direta e indiretamente decorrente de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A lei reserva, ainda, o percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e define os critérios para o processo de sua admissão. Além, portanto, da previsão constitucional acerca de vagas destinadas às pessoas com deficiência à frente de seus órgãos, tem-se, da mesma forma, o percentual destinado à sua ocupação nas organizações privadas.

O que se busca, elencando este aparato de previsões legislativas, é evidenciar que, seja no setor público, por meio de concursos públicos, ou no setor privado, pela observância de porcentagens a serem ocupadas, a pessoa com deficiência possui direito ao trabalho amplamente assegurado de maneira competitiva. Ao analisar a LBI, especificamente no que tange ao direito ao trabalho, verifica-se que a atividade deve se dar em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de modo que, inclusive, a pessoa com deficiência possa exprimir a sua livre escolha e aceitação, deixando claro, então, o caráter competitivo.

Para que o caráter competitivo seja efetivo, deve-se atentar às diretrizes da colocação competitiva, que se encontram previstas nos artigos 37 da LBI, e 22 da Resolução 230/16, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, segundo Lopez (2020: 161), são:

- I. Prioridade no atendimento à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho;
- II. previsão de suportes individualizados que atendam às necessidades específicas da pessoa com deficiência, inclusive a disponibilização de recursos de tecnologia assistiva, de agente facilitador e de apoio no ambiente de trabalho;
- III. respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada;
- IV. oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais;
- V. realização de avaliações periódicas;
- VI. articulação intersetorial das políticas públicas; e
- VII. possibilidade de participação de organizações da sociedade civil.

Uma análise minuciosa das referidas diretrizes, permite-nos observar que o intuito é o de determinar que a pessoa com deficiência tenha acesso ao trabalho de maneira igualitária às demais e que, inclusive, isso se dê por intermédio dos meios utilizados, por exemplo, com a eliminação de barreiras. Sob outro aspecto, também refere Lopez (2020), que o artigo 8º da Lei Federal 7.853/1989 – que dispõe acerca do apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social – preveja a constituição de crime, punível com reclusão de dois a cinco anos, além de multa: impedir, ou mesmo, inviabilizar, inscrição em concurso público, assim como acesso de alguém a cargo ou emprego público, em decorrência de sua condição ou deficiência, bem como negar ou impedir a contratação, o emprego, trabalho ou promoção a qualquer indivíduo tendo como referência sua deficiência.

Ademais, no próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência tem-se que da mesma forma se constitui crime a prática de induzir ou incitar discriminação da pessoa em razão de sua deficiência. Além disso, o Estatuto promoveu a alteração da Lei 7.853/1989, inovando e trazendo a previsão de crime ao ato de obstar o acesso a emprego ou cargo público a alguém em razão de sua deficiência. Verifica-se, portanto, que a legislação é primordial por trazer a previsão de conduta criminosa dos atos que dificultem ou inibam o acesso ao trabalho a qualquer pessoa em razão de deficiência, já que o trabalho é direito assegurado, acima de tudo, constitucionalmente, e em igualdade de condições.

Tendo em vista que o direito ao trabalho é constitucionalmente assegurado e que deve ser proporcionado a todos, sem qualquer distinção, independentemente, inclusive, de condição especial, é necessário destacar que o acesso ao emprego deve se dar de maneira igualitária, tanto no setor público quanto no privado. Em razão desses ordenamentos, foram criadas as cotas de ocupação para pessoas com deficiência, a serem observadas pelas empresas do setor privado. O que se tem em vigor hoje, então, de acordo com o Decreto nº 3.298/1999 e a Lei nº 8.213/1991 é a previsão de que:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I. até 200 empregados.....2%;
- II. de 201 a 500.....3%;
- III. de 501 a 1.000.....4%;
- I. de 1.001 em diante.5%;
- II. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015). (Brasil, 1991).

Dessa forma, o que se percebe é a necessidade, a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de as empresas do setor privado também se adequarem, propiciando maior inclusão e acesso ao trabalho às pessoas com deficiência. Dessa forma, a necessidade de previsão de cotas evidencia que antes dessa determinação, muito provavelmente, o direito da pessoa com deficiência passava despercebido, até porque, certamente, a provisão desse direito, demanda inúmeros esforços, além de mudanças, tanto financeiras quanto pessoais, de seu funcionalismo. No entanto, apesar da exigência legal, sabe-se que até os dias de hoje as empresas caminham em busca de adequações e que, possivelmente, este será um trabalho constante de todos os setores; já que se trata, propriamente, de uma espécie de quebra de barreiras e paradigmas, tendente a evoluir com o passar do tempo.

É frente a esses desafios e demandas que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem se firmado no sentido de que, caso as empresas se esforcem para que a ocupação das cotas seja atingida com efetividade, não haja a incidência de multas ou penalidades diante de motivos alheios à sua vontade:

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Acórdão Recorrido publicado após a vigência da Lei nº 13.467/2017. Preenchimento de vagas destinadas a pessoas com deficiência ou reabilitadas – artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 – descumprimento do percentual por motivos alheios à vontade da empresa – impossibilidade de aplicação de multa – desconstituição do auto de infração. Transcendência da causa não evidenciada. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei nº 13.467/2017 exige que a causa apresente transcendência com relação aos aspectos de natureza econômica, política, social ou jurídica (artigo 896-A da CLT). Sucede que, pelo prisma da transcendência, o recurso de revista não atende a nenhum dos requisitos referidos. No tocante, especificamente, à transcendência política, cumpre ressaltar que não restou demonstrada contrariedade à súmula, orientação jurisprudencial, precedentes de observância obrigatória e jurisprudência atual, iterativa e notória do TST. Também não trata de matéria em que haja divergência atual entre as Turmas do TST, a recomendar o controle da decisão recorrida. Destaque-se que a jurisprudência desta Corte Superior se orienta no sentido de que não é possível a condenação da empresa pelo não preenchimento das vagas destinadas, pela Lei nº 8.213/91, a pessoas com deficiência ou reabilitados quando restar demonstrado que tal empresa empreendeu todos os esforços possíveis para a ocupação das vagas, deixando de cumprir por motivos alheios a sua vontade, hipótese dos autos (precedentes). Efetivamente, o quadro fático delineado no acórdão regional revela que a empresa agiu de maneira proativa para alcançar o preenchimento das vagas destinadas a pessoas com deficiência ou reabilitadas, de modo que o preenchimento da cota só não foi cumprido por motivos alheios à sua vontade. Deste modo, estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência desta corte, descabido o processamento do recurso de revista, ante os termos do artigo 896, § 7º, da CLT, e da Súmula nº 333, do TST, inclusive com base em dissenso pretoriano. Agravo de instrumento desprovido (Grifo nosso). (TST. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-297-40.2020.5.12.0036, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 03/06/2022).

A legislação, portanto, é incisiva ao prever o percentual de cotas destinado às pessoas

com deficiência. Trata-se de uma dádiva para o efetivo alcance dos direitos do homem, já que anteriormente ao advento da Lei Brasileira de Inclusão (LBI) eram raras as organizações que cumpriam o seu papel, estando de acordo com a difícil realidade em se efetivar tais direitos.

Por conseguinte, de maneira a engrandecer ainda mais o aparato legal acerca do direito ao trabalho da pessoa com deficiência, faz-se necessário ponderar que grandes nomes brasileiros, excepcionalmente da arte, trazem pessoas com deficiência. A exemplo, tem-se o ilustre Antônio Francisco Lisboa, conhecido por "Aleijadinho" que foi um dos escultores brasileiros mais significativos. Ainda que apresentasse deformidades decorrentes de uma artrite reumatoide e que lhe acometiam suas ações, foi capaz de concluir obras históricas para o aparato brasileiro, figurando entre um dos maiores escultores brasileiros e um dos nomes mais expressivos do Barroco latino-americano (Figueira, 2021).

Ou seja, ao longo deste estudo é perceptível que, além de incontestável que o Estatuto da Pessoa com Deficiência contribuiu e agregou sobremaneira ao processo de efetivação do exercício dos Direitos Humanos no Brasil, é possível que as pessoas com deficiência sejam destaques das áreas que passem a atuar. E, apesar de o progresso quanto a este reconhecimento ser lento, cabe enaltecer as grandiosas conquistas alcançadas por meio da legislação, uma vez que diversas pessoas com deficiência que servem de inspiração. Nesse sentido, e tendo em vista a relevância de demonstrar como essa mudança de visão vem ocorrendo no dia a dia, especialmente em meio às organizações, ilustra-se, ainda que brevemente, as experiências da Cotripal Agropecuária Cooperativa – empresa com sede e filiais situadas, principalmente, na região noroeste do estado do Rio Grande do Sul – e que, desde o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, busca alcançar com totalidade o exigido pela legislação no que tange ao preenchimento das cotas destinadas a pessoas com deficiência.

IV. Análise dos resultados

O que se pode verificar nitidamente e que merece ser destacado de maneira preliminar é que a referida organização é verdadeiro exemplo às outras empresas no que tange à inclusão de pessoas com deficiência em seu quadro de funcionários. Tal destaque se justifica pelo fato de que, mesmo antes do advento da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), ainda em 2012, a Cooperativa já iniciava seus projetos de inclusão a partir do convite ao auditor do Ministério do Trabalho que fiscalizava as atividades da empresa na época. Desde então, houve a regulamentação educativa e, a partir disso, a inclusão das pessoas com deficiência foi acontecendo progressivamente. E se em 2012 a Cooperativa contava com apenas seis funcionários com deficiência, atualmente o número desses trabalhadores é de 116 pessoas.

No que diz respeito ao reconhecimento que a inclusão das pessoas com deficiência pela Cotripal recebe da sociedade em que se encontra inserida, deve-se destacar que o Programa de Inclusão da Cooperativa foi premiado como Case de Sucesso das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAES), em evento sediado na cidade de Santa Cruz do Sul/RS, por seu exponencial programa inclusivo.

No que tange à capacitação e formação dos funcionários como um todo para atuarem com colegas com deficiência, percebeu-se, com o passar do tempo, que a Cotripal não possuía equipe apta para acolher e interagir junto a esse público. Dessa forma, a organi-

zação tem buscado a formação, excepcionalmente humanizada, dos gestores que estão à frente de cada setor; além da definição de um funcionário monitor para cada área que possibilite o conhecimento das reais necessidades e desafios lá encontrados. Somente assim a inclusão poderá se dar de maneira efetiva e engrandecedora, tanto para os demais funcionários quanto para aquele que possui alguma deficiência. É perceptível, portanto, que quando não satisfeita com os resultados, a Cotripal permanece aprimorando e ofertando possibilidades para os seus colaboradores, de maneira que a inclusão social seja cada vez mais efetiva e significativa.

Quanto à inclusão da pessoa com deficiência na Cooperativa, destaca-se que esse processo se inicia antes mesmo da sua jornada laborativa, ou seja, seus primeiros passos ocorrem ainda durante a etapa de seleção. Isto é, a Cooperativa não realiza chamamento de pessoas com deficiência, mas permite que, após a sua indicação/primeiro contato, e conhecendo a organização, ela possa optar pelo setor onde melhor se adeque. Além disso, ressaltou-se que a progressão da inclusão também se deu pelo fato de a empresa estar sempre de acordo com as previsões legais, uma vez que a fiscalização do Ministério do Trabalho é intensiva e constante.

Desse modo, é perceptível, em todo esse processo, outro princípio norteador da inclusão da pessoa com deficiência, uma vez que a Cotripal prioriza a palavra e o desejo da pessoa a ser incluída. Ou seja, seus interesses, enquanto organização, não se sobrepõem àqueles da pessoa que iniciará seu labor, por mais que seja pessoa com deficiência. Dessa maneira, pode-se afirmar que a Cooperativa em comento realmente tem percepção do que se trata a inclusão social.

Quanto à efetividade da fiscalização por parte de órgãos superiores, houve menção de que ela ocorre com frequência, e que o fato de a empresa estar à frente de diversos programas de inclusão da sociedade panambiense, e até mesmo ser integrante da diretoria da APAE de Panambi, facilita o seu trabalho na Cooperativa. Destacou-se também que a empresa sofreu uma única vez uma pequena penalidade pecuniária, em um período em que não logrou êxito em captar essas pessoas e, concomitantemente, houve muitas demissões. Ressaltou-se ainda que a demissão em última instância e que todo o trabalho do RH é auxiliado por Assistente Social, que tenta sempre averiguar os motivos pelos quais não se verifica a adaptação do funcionário, de maneira a proporcionar até mesmo a sua realocação para outros setores.

No que diz respeito à participação dos demais colegas no processo de inclusão das pessoas com deficiência, a entrevistada revelou-nos que esse é um processo desafiador, já que, se por motivos diversos o funcionário monitor desista de ocupar tal posição, o que faz com que a organização esteja sempre preparando pessoas novas para tal função a fim de que nenhum setor fique desassistido. Adicionou que a Cooperativa sempre teve programas para proporcionar formação aos funcionários no que tange à inclusão, a exemplo do Auxílio Inclusão – suspenso durante a pandemia da Covid-19 – além do curso de Libras, palestras e formação de gestores. Ademais, finalizou aduzindo que, atualmente, a Cotripal conta com mais funcionários com deficiência intelectual do que física, e citou o exemplo da filial de Ijuí, que conta com 18 profissionais com deficiência, enquanto a exigência legal seria de apenas 11 trabalhadores.

Dessa maneira, igualmente, pode-se concluir que a Cotripal dá ensejo a ser exemplo

para demais organizações. Não apenas pelo fato de que em uma de suas filiais o número de trabalhadores com deficiência supera o exigido por lei, mas justamente porque propicia às pessoas com deficiência e aos demais funcionários, condições e políticas organizacionais que propiciam e efetivam processos para que a inclusão social ocorra de maneira permanente e empática.

Por conseguinte, a entrevistada destacou que “[...] há um diálogo constante entre as empresas, especialmente aquelas localizadas em Panambi, para com a Cotripal”. Finalizou sua participação, citando uma fala do auditor do Ministério do Trabalho que fiscaliza a Cooperativa: “Se você quiser saber de um Programa de Inclusão que funciona, converse com a Cris do RH da Cotripal”.

Percebe-se, por conseguinte, que a Cotripal Agropecuária Cooperativa, antes mesmo do advento da Lei Brasileira de Inclusão (LBI) desenvolvia programas que visavam à formação dos funcionários em relação ao processo de inclusão de pessoas com deficiência. Nota-se, da mesma forma, que a inclusão é uma constante dentre os objetivos da organização. Isso é constatado na ocupação de praticamente a totalidade do número de vagas destinadas às cotas de pessoas com deficiência – hoje há nos quadros 116 funcionários, além de três aprendizes – que não são incluídos como cota de “Pessoa com Deficiência” (PCD) – sendo que a exigência atual é de que haja 119 funcionários com deficiência.

Outro fator corroborante de tal aspecto é que, além de promover a inclusão da pessoa com deficiência, a Cotripal prioriza que esse processo ocorra de maneira empática e com auxílio de profissionais capacitados para tanto. Ou seja, a disponibilidade de Assistente Social e Psicólogo junto ao setor de Recursos Humanos e a formação dos demais funcionários para a atuação com pessoas com deficiência, possibilita que o acolhimento ocorra de maneira qualificada, pautada pelo respeito e reconhecimento. Dessa forma, para além de ser benéfica à própria Cooperativa, a imagem produzida pela maneira com que se promove a inclusão social na /pela organização, notabiliza sua importância para a sociedade como um todo enquanto espelho de empresa comprometida e valorizadora da diversidade humana.

V. Considerações finais

Tendo em vista que o objetivo precípua da presente pesquisa era averiguar como se deu o processo de inclusão das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal 13.146/15), evidencia-se que o estudo logrou êxito, uma vez que, a partir da coleta de dados realizada junto a Cotripal Cooperativa Agropecuária, pôde-se concluir que muito antes da sobrevinda do referido Estatuto, a empresa já desenvolvia programas de inclusão social. Em que pese o estudo dedicar-se à análise de apenas uma cooperativa regional, pondera-se que a Cotripal conta com diversas filiais espalhadas pela região noroeste do estado do Rio Grande do Sul, o que torna seus dados relevantes.

A pesquisa evidenciou, de forma clara, que o Brasil conta, atualmente, com vasto arcabouço jurídico de proteção aos direitos da pessoa com deficiência. É visível, da mesma forma, a significativa contribuição que a legislação internacional forneceu para que esse avanço legislativo fosse possível, principalmente por estar integrada à legislação brasileira – a exemplo da Convenção da ONU acerca dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Assim, a previsão legal de tais direitos e garantias repercute desde a Constituição Federal

de 1988 até a legislação infraconstitucional em que se encontra o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Além disso, não obstante o entendimento de ser uma lástima a necessidade de previsão legislativa para que tais direitos e garantias sejam realmente assegurados, ressalta-se a relevância de se usufruir, hoje, de um sistema detalhista acerca da temática. O Estatuto da Pessoa com Deficiência trata desde os princípios que devem ser observados quando das relações com estes cidadãos; até a previsão dos crimes quando condutas, comissivas ou omissivas, violam os direitos e garantias das pessoas com deficiência.

Relevantes aspectos legais, outrossim, beneficiaram as pessoas com deficiência, especialmente a partir da vigência da Lei Brasileira de Inclusão (LBI). Por conseguinte, conforme já ponderado, destaca-se a alteração promovida no Código Civil brasileiro, que passou a prever que pessoas com deficiência são consideradas “relativamente” incapazes, e não mais “totalmente”. Além disso, o acréscimo da previsão de tomada de decisão apoiada, que nada mais é do que a opção de a pessoa com deficiência contar com auxílio de terceiros, por ela escolhidos, para o auxílio de determinadas atividades; demonstra a possibilidade de dar ao próprio titular da deficiência o direito de agir autonomamente. Desse modo, pondera-se, ainda, que o acesso ao trabalho por indivíduos com deficiência sem qualquer distinção e de maneira competitiva, acresceu significativamente na inclusão de tais pessoas. Certamente, o aspecto da competitividade, excepcionalmente, é um marco para o exercício de tal direito/garantia. A visualização da possibilidade desse exercício do trabalho é, da mesma forma, um progresso do legislador que entende ser exequível, na prática, o referido direito.

A partir da coleta de dados realizada com base nas experiências da Cotripal Agropecuária Cooperativa, verificou-se que a efetivação dos direitos da pessoa com deficiência no âmbito das organizações vem sendo buscada ao longo dos anos. Em que pesem as dificuldades – especialmente as que dizem respeito à mudança de visão dos demais colegas – encontradas pela Cooperativa, a busca é uma constante, já que assim como sua direção e funcionários, os próprios associados entendem a necessidade da efetivação de tais direitos de maneira igualitária a todo ser humano.

Contudo, torna-se fundamental ponderar que a coleta de dados se deu com base em apenas uma entrevista, realizada com a atual coordenadora do departamento de Recursos Humanos da Cooperativa. Entende-se, portanto, que este foi um fator limitador do presente estudo e que, por consequência, ensejará a continuidade da pesquisa em futuros deslindes. Por ora, entende-se que o objetivo principal, que era justamente analisar tais aspectos sob a perspectiva da Cotripal Cooperativa, foi atingido.

Outrossim, mister ponderar que a pertinência do estudo também se demonstrou, uma vez que é possível, de forma mais sólida a partir do presente estudo, que outras cooperativas e organizações utilizem dos ideais e das experiências já vividas pela Cotripal com a inclusão de pessoas com deficiência em seus quadros e façam o mesmo. Certamente a notoriedade da organização ou da cooperativa se engrandece quando ela é capaz de proporcionar o trabalho, direito fundamental amplamente assegurado, a todos os cidadãos, sem qualquer distinção. Para além, o exemplo da cooperativa não serve tão somente para empresas do mesmo ramo ou organizações empresárias, mas sim para todo o setor empregatício e até mesmo educacional.

Assim sendo, ainda que lentamente, percebe-se que tanto as previsões da Constituição Federal de 1988, quanto da legislação infraconstitucional, vêm se aperfeiçoando. Nada obstante, como já ressaltado, entender-se lamentável a necessidade de legislação para que o acesso a tais direitos se viabilize. Por outro lado, é engrandecedor o fato de tais pessoas estarem usufruindo de tais garantias de maneira mais igualitária. Seguramente, caso assim permaneça, pode-se cogitar, para um futuro próximo, maior reconhecimento de organizações que ainda passam despercebidas, caso optem por aderir à regulamentação, conforme a legislação e entendimento dos Tribunais Superiores.

Bibliografia

- Amaral Jr., A. (2008). *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas.
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html.
- Brasil. (1991). *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm.
- Figueira, E. (2021). *As pessoas com deficiência na história do Brasil: uma trajetória de silêncios e gritos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Wak Editora.
- Gil, A. C. (2002). *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Editora Atlas.
- Lopez, G. de A. (2020). *Direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Juspodivm.
- Murphy, R. F., Scheer, J., Murphy, Y & Mack, R. (1988). Physical disability and social liminality: a study in the rituals of adversity. *Social Science and Medicine*, 26 (2), 235-242. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0277-9536\(88\)90244-4](https://doi.org/10.1016/0277-9536(88)90244-4).
- Piccolo, G. M. (2022). *O lugar da pessoa com deficiência na história: uma narrativa ao avesso da lógica ordinária*. 1. ed. Curitiba: Appris.
- Ribeiro, L. (2019). Direitos da pessoa com deficiência. In: A. Andrade, C. Masson, L. Andrade (Coords.). *Interesses difusos e coletivos*. (pp. 483-562). São Paulo: Método.
- TST. Tribunal Superior do Trabalho. (2022). *AI RR-297-40.2020.5.12.0036*. 7ª Turma. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva. DEJT 03/06/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>.

La aplicación del dictamen médico en el seguro obligatorio de siniestros laborales: el caso peruano

The application of the medical opinion in the obligatory insurance of labor claims: the peruvian case

Frank García Ascencios¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)10](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)10)

Fecha de envío: 30.06.2023

Fecha de aceptación: 20.09.2023

RESUMEN:

Mediante la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, se regula el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) en el sistema peruano, un seguro de carácter obligatorio a cargo del empleador en beneficio de los trabajadores que realizan labores de alto riesgo, a fin de dar cobertura a siniestros laborales como accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. No obstante, una de las problemáticas es el dictamen, informe o examen médico que sirve de sustento para determinar el beneficio económico a favor del asegurado una vez suscitado el siniestro, debido a que en el mismo procedimiento pueden presentarse innumerables dictámenes, informes o exámenes médicos con o sin menoscabos, lo que generan incertidumbre sobre su real condición de invalidez. En tal sentido, se reflexiona sobre el SCTR en el sistema peruano y desarrolla los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el valor probatorio de los dictámenes, informes o exámenes médicos.

ABSTRACT

Through the Modernization of Social Security in Health Law, Law No. 26790, the Complementary Occupational Risk Insurance (SCTR, the name in capital letters in Spanish) is regulated in the Peruvian legal system. It is a mandatory insurance provided by the employer to his employees engaged in high-risk activities, to cover work-related accidents in the workplace and occupational diseases. However, one of the most common issues is the medical opinion, which serves as the basis for determining the economic benefit in favor

¹ Abogado y Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima (Perú). LL.M in Laws at University of Hawai'i at Manoa (Estados Unidos). Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos por la Universidad Pontificia de Salamanca (España). Árbitro. Ex Secretario General y Jefe de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud - SUSALUD. Profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad de Lima. frankgarciaascencios@gmail.com
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7117-5727>.

of the insured once the accident occurs. This is because the same procedure can involve numerous medical examinations, with or without impairments, which create uncertainty about the person's disability status. In this regard, the article reflects on the SCTR in the Peruvian system and discusses the pronouncements of the Constitutional Court regarding the probative value of the medical opinion.

PALABRAS CLAVE: Accidente de trabajo; Constitución; Enfermedad profesional; SCTR; Seguros; Susalud.

KEY WORDS: Occupational Risk Insurance; Constitution; Occupational disease; SCTR; Insurance; SUSALUD

I. Introducción

¿Cuál es el dictamen médico dirimente? ¿Cuál es el dictamen que configura la condición de invalidez del asegurado? Son las interrogantes clásicas cuando se demanda la cobertura por enfermedad profesional o accidente de trabajo, dentro del marco del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) en el Perú, en caso la aseguradora no haya reconocido directamente el siniestro al asegurado, por lo que, se acude a un proceso judicial o arbitral para este reconocimiento. Sin embargo, la interrogante no es sencilla de responder, debido a que en un proceso existe más de un dictamen, certificado o informe médico, que arroja incluso resultados contradictorios respecto al estado de salud del asegurado.

Resulta una compleja labor acreditar la condición de merecedor de la cobertura económica (pensión de invalidez o indemnización) luego del siniestro a favor del asegurado. Sobre todo, cuando existe varias instituciones que evalúan y califican enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, lo que genera distintos dictámenes, certificados o informes médicos, con resultados contradictorios, lo cual refleja un sistema carente de predictibilidad en el caso peruano.

Lo paradójico es que se presenta esta problemática a pesar de tener un sistema legal que regula el procedimiento y exámenes a realizarse para acceder a esta cobertura. Sin embargo, éste ha sido modificado por el Tribunal Constitucional peruano (TC) mediante sus precedentes vinculantes, que expande las competencias de las comisiones médicas para emitir dictámenes dirimientes dentro del SCTR, considerándose así que el TC ha regulado un nuevo sistema sobre el dictamen, certificado o informe médico, para acreditar la condición de invalidez del asegurado.

A partir de la revisión de la normativa peruana, el texto aborda la figura del SCTR como seguro obligatorio de siniestros laborales, para posteriormente involucrase en la problemática de los dictámenes, certificados o informes médicos que son los que certifican o acreditan la existencia, o no, de la condición de invalidez del asegurado, lo que sirve finalmente para acceder a una prestación económica dentro del marco legal.

II. El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)

1. Evolución

El SCTR forma parte de la evolución del aseguramiento de los riesgos en el trabajo. Sin

embargo, antes de su vigencia, en el año 1911 se emitió la Ley N° 1378, Ley de Accidentes de Trabajo en el Perú. Así, el patrón al generar el riesgo fue el que financiaba un seguro social a favor de los trabajadores que padecían de accidentes de naturaleza laboral. La lógica es que el empresario es la persona que ponía en riesgo al trabajador, y, asimismo, quien debía aportar a un fondo de seguro, el cual cubría la indemnización en caso ocurra un accidente de trabajo. Esta norma tuvo múltiples problemas, ya que no se incorporó a las enfermedades profesionales. Es recién en el año 1935 que con la Ley N° 7975 se acoge a la neumoconiosis como enfermedad profesional.

La norma que lograría la protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el Perú es el Decreto Ley N° 18846 del 2 de junio de 1971, dispositivo legal que reguló el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales para los trabajadores obreros. Fue un novedoso cambio para el sistema normativo peruano, ya que impuso el proteccionismo por parte del Estado a favor de los trabajadores obreros, siendo el mismo Estado quien brindaba las prestaciones a favor del trabajador.

Posteriormente, en los años noventa, debido al cambio del sistema económico, donde el Estado peruano de ser un ente intervencionista en la economía pasa a ser un observador del mercado, mediante la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, se crea el SCTR; seguro de carácter obligatorio a cargo de los empleadores en beneficio de todos los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo; dicho seguro brinda la cobertura económica y sanitaria en caso se suscite enfermedades profesionales y accidentes de trabajo.

Con la creación del SCTR, en la actualidad, los casos cobaturados responden a una responsabilidad objetiva, no siendo relevante si la aseguradora o la empleadora actúa correctamente con medidas de prevención frente al accidente de trabajo, sino, basta con probarse la existencia de la enfermedad profesional o del accidente de trabajo para que el SCTR brinde la prestación correspondiente, salvo las exclusiones establecidas en la normativa².

2. Noción

El SCTR es un contrato por el cual se brinda cobertura con prestaciones de salud y económicas en beneficio de los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo. Estas actividades se encuentran enumeradas en el anexo 5 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Decreto Supremo N° 009-97-SA (Reglamento de la Ley de Modernización).

2. Decreto Supremo N° 003-98-SA: 2.3 No constituye accidente de trabajo:

- a) El que se produce en el trayecto de ida y retorno a centro de trabajo, aunque el transporte sea realizado por cuenta de la Entidad Empleadora en vehículos propios contratados para el efecto;
- b) El provocado intencionalmente por el propio trabajador o por su participación en riñas o peleas u otra acción ilegal;
- c) El que se produzca como consecuencia del incumplimiento del trabajador de una orden escrita específica impartida por el empleador;
- d) El que se produzca con ocasión de actividades recreativas, deportivas o culturales, aunque se produzcan dentro de la jornada laboral o en el centro de trabajo;
- e) El que sobrevenga durante los permisos, licencias, vacaciones o cualquier otra forma de suspensión del contrato de trabajo;
- f) Los que se produzcan como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes por parte de EL ASEGURADO;
- g) Los que se produzcan en caso de guerra civil o internacional, declarada o no, dentro o fuera del Perú; motín conmoción contra el orden público o terrorismo;
- h) Los que se produzcan por efecto de terremoto, maremoto, erupción volcánica o cualquier otra convulsión de la naturaleza;
- i) Los que se produzcan como consecuencia de fusión o fisión nuclear por efecto de la combustión de cualquier combustible nuclear, salvo cobertura especial expresa.

En la doctrina, Bernuy³ define al SCTR como: “un sistema especializado del seguro social de salud que otorga cobertura adicional a los afiliados regulares que laboran en actividades de alto riesgo, brindando prestaciones de salud, pensión de invalidez temporal o permanente, pensión de sobrevivencia y gastos de sepelio derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no cubiertos por el régimen de pensiones a cargo de la ONP y/o AFP”.

Asimismo, Ospina⁴ expresa que: “el SCTR otorga prestaciones de salud o médico asistenciales y las económicas o de pensiones. Las Prestaciones de salud son otorgadas por EsSalud o por una EPS, mientras que las prestaciones económicas serán contratadas por la entidad empleadora, a su libre elección, con una Compañía de Seguros o con la ONP”.

Adicionalmente, Fernández⁵ refiere que: “a través de la normativa que regula el SCTR, se manifiesta la preocupación social del Estado por la creación de seguros que establezcan una cobertura de protección ante los riesgos laborales de acuerdo con el puesto de trabajo”.

Las empleadoras tienen la obligación de contratar el SCTR a favor de sus trabajadores que ejercen las actividades de alto riesgo indicadas en el anexo 5 del Reglamento de la Ley de Modernización. En caso no asegurarlos, a pesar que por ley están obligadas a hacerlo, serán responsables administrativamente, además de asumir responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, e, incluso, ser responsables penalmente.

Todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo tienen por ley el derecho de contar con el SCTR a su favor, que les permita gozar de atenciones médicas, como del pago de prestaciones económicas, en caso se cumpla con los requisitos fijados en el Decreto Supremo N° 003-98-SA (Normas Técnicas del SCTR). El SCTR cobertura al trabajador en caso sufra un accidente de trabajo, o padezca una enfermedad de carácter profesional. El Estado ha buscado brindar protección a las personas que laboran en actividades de alto riesgo.

La doctrina⁶ ha definido a las actividades de alto riesgo como “aquellas que generan una disminución de la expectativa de vida saludable a los trabajadores”. Por ende, a todo trabajador que labore en actividades de alto riesgo es altamente probable que se le generará una afectación a su salud, por lo que, debe contar obligatoriamente con un SCTR a su favor.

Ahora bien, para que el trabajador cuente con este beneficio, no es relevante analizar cuál es la naturaleza contractual del vínculo entre el trabajador y la empleadora, ya que el SCTR es obligatorio para toda persona que realice actividades de alto riesgo, actividades que se encuentran contenidas en el anexo 5 del Reglamento de la Ley de Modernización. En ese sentido, el SCTR cobertura a los trabajadores dependientes, independientes, a los que tienen contrato bajo modalidad, los destacados por empresas de intermediación; es decir, para conceder este beneficio no es importante analizar el vínculo contractual, lo relevante es si realiza actividades de alto riesgo.

3 Bernuy Álvarez, O. (2012). Manual de Seguridad Social en Salud: Seguros y Subsidios en el Trabajo. 1 Edición. Pacífico. p. 507.

4 Ospina Salinas, E. (2010). El Aseguramiento de los Riesgos del Trabajo en el Perú. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo: Avances y Limitaciones. Instituto Laboral Andino. p. 30.

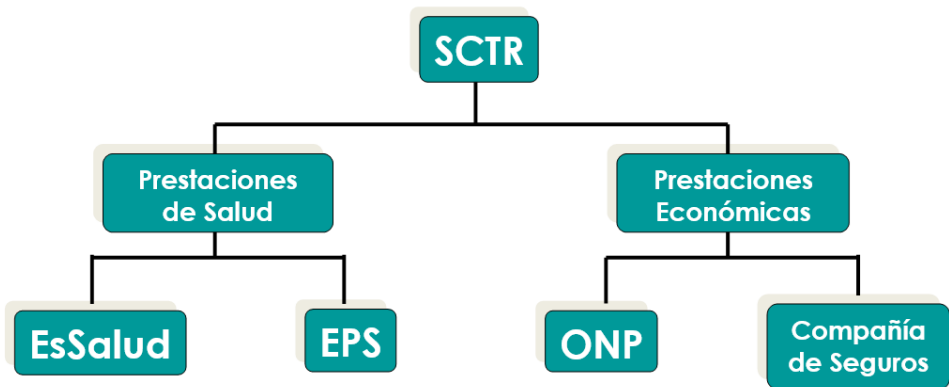
5 Fernández Huayta, C. (2017). El Seguro Complementario de Trabajo y de Riesgo y los accidentes in itinere en la protección al derecho a la seguridad social en el Perú. Revista Universidad Externado de Colombia. p. 177.

6 Fernández, A. (2015). Lo que hay que saber del régimen pensional especial de los trabajadores de actividades de alto riesgo. Revista Actualidad Laboral. p. 31.

3. Contratos en el SCTR y prestaciones

La legislación obliga a celebrar dos contratos de SCTR, uno de salud y otro de pensión. El SCTR- Salud otorga cobertura de salud (tratamiento médico) en caso el trabajador sufra un accidente de trabajo o enfermedad profesional. El SCTR- Pensión otorga coberturas económicas, es decir concede pensiones de invalidez en caso el trabajador esté inválido conforme a los menoscabos que regula las Normas Técnicas del SCTR.

En efecto, el SCTR brinda una doble protección: a) Prestaciones de salud; y, b) Prestaciones económicas.



Fuente: Superintendencia Nacional de Salud

3.1. Prestaciones de salud

El SCTR brinda atenciones médicas a favor de los trabajadores, ello con el fin que cuenten con prestaciones médicas suficientes para mejorar su estado de salud, pues éstos pueden sufrir accidentes de trabajo, como también contraer enfermedades de naturaleza profesional, como por ejemplo neumoconiosis, silicosis, hipoacusia u otras enfermedades.

Para que se brinden las atenciones médicas, el accidente debe ser de naturaleza laboral, asimismo las enfermedades deben ser de origen ocupacional; de lo contrario, las atenciones médicas no deberían ser brindadas en el marco del SCTR.

El SCTR brinda cobertura en salud, lo cual concede desde la asistencia preventiva promocional en salud ocupacional, atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, rehabilitación, readaptación laboral, hasta aparatos de prótesis y ortopédicos. La cobertura es integral, igual para todos, no siendo relevante el nivel remunerativo del trabajador, todos gozan de las mismas prestaciones de salud.

Las empleadoras son las que celebran el contrato de SCTR- Salud a favor de sus trabajadores, pudiendo celebrarlo con el Seguro Social de Salud (EsSalud) o con una Entidad Prestadora de Salud (EPS), quienes brindarán atenciones médicas a sus afiliados.

3.2. Prestaciones económicas

Aparte de las prestaciones de salud con que gozan los trabajadores beneficiarios del

SCTR, éstos también tienen la posibilidad de acceder a las siguientes prestaciones mínimas: pensión de sobrevivencia, pensión de invalidez y gastos de sepelio. Estas prestaciones económicas corresponderán a los beneficiarios si cumplen con ciertos requisitos regulados en las Normas Técnicas del SCTR.

Con relación a la temática desarrollada sobre el dictamen médico que determina si existe, o no, un grado de invalidez del asegurado para que acceda a prestaciones económicas, esto se presenta respecto a la pensión de invalidez.

La pensión de invalidez será a beneficio exclusivo del trabajador, ello en función que se configure un determinado porcentaje de menoscabo a su salud en el dictamen, certificado o informe médico respectivo. Si tiene una invalidez parcial permanente inferior a 50% de menoscabo, entonces le corresponderá un pago por única vez, es decir, únicamente una indemnización.

En cambio, si la invalidez es parcial permanente con un menoscabo de 50% a 66.6%, entonces corresponderá una pensión vitalicia equivalente al 50% de la remuneración mensual. Ahora, si el menoscabo es mayor a 66.6% el trabajador deberá percibir una pensión vitalicia del 70% de su remuneración mensual. Finalmente, si el trabajador queda definitivamente incapacitado para trabajar y requiera el auxilio de otra persona para sus funciones esenciales para la vida, entonces la pensión vitalicia será como mínimo el 100% de la remuneración mensual, conforme a las Normas Técnicas del SCTR⁷.

Si la invalidez es de carácter temporal, entonces el trabajador percibirá lo indicado en el párrafo anterior, pero solo hasta el mes que se encuentre incapacitado temporalmente.

En este caso la remuneración mensual será calculada sobre la base de las doce últimas remuneraciones anteriores al siniestro, con el límite máximo fijado por ley.

7 Decreto Supremo N° 003-98-SA:

18.2.1 Invalidez Parcial Permanente:

"LA ASEGURADORA" pagará, como mínimo, una pensión vitalicia mensual equivalente al 50% de la "Remuneración Mensual" al "ASEGURADO" que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedara disminuido en su capacidad de trabajo en forma permanente en una proporción igual o superior al 50% pero menor a los dos tercios.

18.2.2 Invalidez Total Permanente:

"LA ASEGURADORA" pagará, como mínimo, una pensión vitalicia mensual equivalente al 70% de su "Remuneración Mensual", al "ASEGURADO" que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional amparado por este seguro, quedara disminuido en su capacidad de trabajo en forma permanente en una proporción igual o superior a los dos tercios.

La pensión será, como mínimo, del 100% de la "Remuneración Mensual", si como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional amparado por este seguro, EL ASEGURADO calificado en condición de Invalidez Total Permanente, quedara definitivamente incapacitado para realizar cualquier clase de trabajo remunerado y, además, requiriera indispensablemente del auxilio de otra persona para movilizarse o para realizar las funciones esenciales para la vida. En este caso la pensión resultante no podrá ser inferior a la Remuneración mínima legal para los trabajadores en actividad.

18.2.3 Invalidez Temporal:

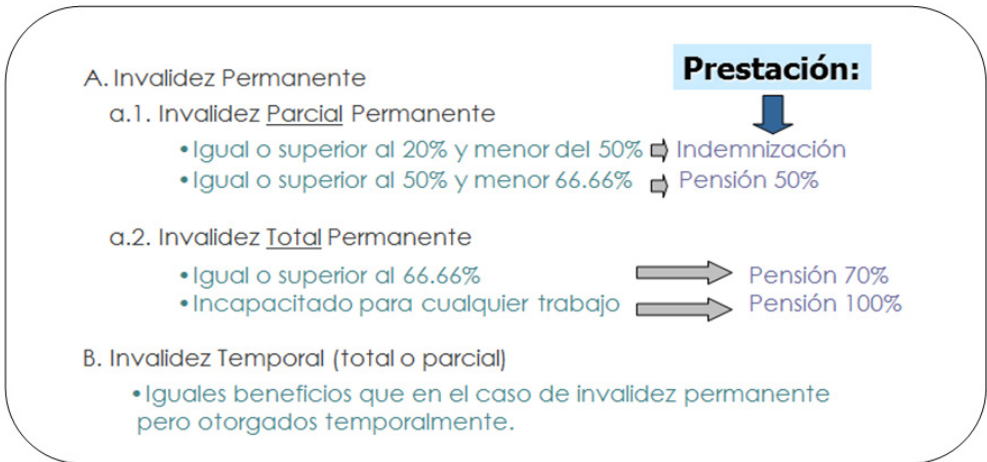
En caso de Invalidez temporal, "LA ASEGURADORA" pagará al "ASEGURADO" la pensión mensual que corresponda, según el grado total o parcial de la invalidez a que se refieren los Artículos 18.2.1 y 18.2.2, hasta el mes en que se produzca su recuperación.

El carácter temporal o permanente de la invalidez, se determina en función al grado de recuperabilidad que puede tener una persona al sucederle un siniestro que reputa tal condición.

18.2.4 Invalidez Parcial Permanente Inferior al 50%:

En caso que las lesiones sufridas por EL ASEGURADO dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20%; LA ASEGURADORA pagará por una única vez al ASEGURADO inválido, el equivalente a 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una Invalidez Permanente Total.

En estos casos, la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez.



Fuente: Superintendencia Nacional de Salud

Cabe precisarse que las empleadoras pueden contratar seguros que brinden una mayor protección a favor de sus trabajadores, siendo que lo que se regula en las Normas Técnicas del SCTR es la mínima cobertura a los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo.

La cobertura de prestaciones económicas nace del contrato de SCTR-Pensión, que las empleadoras celebran con compañías de seguros o con la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Cabe precisar que como señala Toyama y Ángeles⁸: “se ha establecido un reparto funcional para la atención de estas contingencias. Así, las prestaciones de salud, pueden ser brindadas a elección del empleador por la EPS o ESSALUD; en cambio, las prestaciones de invalidez, sobrevivencia y sepelio, son brindadas por las compañías privadas de seguros o la ONP”.

Por consiguiente, en caso se busque el otorgamiento de una pensión de invalidez (sea pensión o indemnización), resulta esencial determinar primero el grado de menoscabo de la afectación física del trabajador. Para ello resulta importante contar con un dictamen, certificado o informe médico que diagnostique la enfermedad y el menoscabo, o el menoscabo causado por el accidente de trabajo. Con dicho menoscabo se determina la pensión de invalidez que corresponde, previo análisis del nexo causal, según corresponda al caso en concreto.

A continuación, se desarrolla el procedimiento legal para contar con este dictamen médico, además, de los pronunciamientos sobre el particular del TC.

III. Procedimiento legal regulado en el Decreto Supremo N° 003-98-SA para acceder a la pensión de invalidez

El Decreto Supremo N° 003-98-SA⁹, Normas Técnicas del SCTR, regula el procedimiento

8 Toyama, J y Ángeles, K. (2004). Seguridad Social Peruana: sistemas y perspectivas. Themis Revista de Derecho. p. 207.

9 Decreto Supremo N° 003-98-SA:

25.5.3 Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del BENEFICIARIO, en su caso, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.

25.5.4 En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la

legal para acceder a la cobertura de pensión de invalidez, donde se detalla las evaluaciones médicas a realizarse al trabajador. Primero, la evaluación debe realizarla directamente la compañía aseguradora o la ONP, dependiendo a quien se le solicita el otorgamiento de la prestación. Segundo, solo en caso exista discrepancia sobre dicho resultado, el Instituto Nacional de Rehabilitación (INR) resuelve en única instancia administrativa. Tercero, de presentarse alguna disconformidad con el dictamen del INR, entonces cualquiera de las partes podrá iniciar el arbitraje ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de SUSALUD (CECONAR).

Procedimiento para acceder a pensión



La normativa peruana adoptó que ante todo litigio sobre el resultado del dictamen, certificado o informe médico del INR, la controversia debería resolverse en un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos como el arbitraje. Sobre el particular, el TC interpretó la normativa y concluyó que iniciar el arbitraje resulta voluntario para el trabajador o asegurado, no pudiendo ser obligado a resolver la controversia en arbitraje.

Así, el TC en la sentencia N° 02513-2007-PA/TC¹⁰ estableció como precedente vinculante que el trabajador decida si acude al arbitraje o la vía judicial, por lo que en caso se iniciase la vía arbitral, y, el trabajador o beneficiario se opone desde su emplazamiento, el arbitraje debe ser archivado.

Por consiguiente, a la luz de la interpretación del TC, el sistema peruano reguló un primer dictamen médico por parte de la aseguradora. No obstante, en caso existir discrepancia, estableció que el trabajador deba ser evaluado por una entidad pública como el INR (segundo dictamen). En caso continuar la discrepancia, entonces deberá dilucidarse la contingencia en la vía judicial, sea un proceso constitucional de amparo, o en la vía la-

Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

25.5.5 Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

10 **Sentencia N° 02513-2007-PA/TC:**

37. 1. (...) en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

- a. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
- b. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- c. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
- d. Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

boral ordinaria. Caso contrario, si existe voluntad del asegurado de someterse a esta vía alternativa, entonces la contingencia se dilucidará mediante arbitraje.

Cabe precisar que la controversia del SCTR se podrá resolver en un proceso de amparo, proceso laboral ordinario y en un arbitraje. En el primero, no existe etapa probatoria. En cambio, en el segundo y tercero, sí, por lo que, es altamente probable que el juez ordinario y/o el árbitro ordene la actuación de un peritaje médico, que arrojará otro dictamen, certificado o informe médico.

Normativamente, el panorama debiera estar despejado. Sin embargo, el TC peruano ha establecido un nuevo procedimiento, brindando mayor certeza a dictámenes, certificados o informes de comisiones médicas del MINSA y ESSALUD; pronunciamiento que si bien solo debiera aplicarse a los procesos constitucionales de amparo, ha generado una indebida aplicación de estos precedentes por la judicatura nacional, considerando incluso que los dictámenes, certificados o informes de dichas comisiones médicas gozan de mayor valor probatorio que exámenes periciales ordenados en un proceso ordinario y/o arbitral, desnaturalizando la prerrogativa de ordenar pruebas de oficio ante dictámenes médicos contradictorios, además, de considerar la judicatura que habría una prueba tasada debiendo aplicarse los exámenes de comisión médica del MINSA y ESSALUD, para resolver estos casos¹¹.

IV. Procedimiento regulado por el Tribunal Constitucional

Los pronunciamientos del TC cambiaron la forma de interpretar los alcances de la legislación sobre el SCTR. Si bien se cuenta con un procedimiento legal preestablecido en el Decreto Supremo N° 003-98-SA, la práctica ha sido ajena a lo legislado, debido a que se presentaron diversos documentos como fichas médicas, exámenes de instituciones privadas y públicas, para buscar acceder a una pensión en el marco del SCTR; exámenes que sirvieron para otorgar o negar pensiones, sin mayor justificación que un diagnóstico insertado en un certificado, sin poner atención en el procedimiento llevado a cabo para llegar a dicho resultado.

El TC, al observar este desorden en el sistema de dictámenes, certificados o exámenes médicos para acreditar la condición y menoscabo de invalidez, ejecuta el primer cambio al sistema legal de evaluaciones médicas. Así, mediante sentencias N° 02798-2005-PA/TC, 05846-2006-PA/TC, entre otras, se fija que solo genera convicción los exámenes médicos emitidos por entidades públicas competentes. Por consiguiente, se cierra la puerta a los exámenes médicos de entidades privadas, que emitían resultados médicos de escasa credibilidad.

Esto no soluciona la problemática sobre la cantidad de exámenes médicos que existen para acreditar la enfermedad profesional. En ese contexto, el segundo cambio se fija en el precedente recaído en la sentencia N° 10063-2006-PA-TC, e incorporada en la sentencia N° 02513-2007-PA-TC, donde se establece que los exámenes que acreditan la enfermedad profesional en el proceso de amparo son los emitidos por las Comisiones Médicas del MINSA, de ESSALUD y de las EPS (COMEPS).

11 El caso más curioso e -incluso- hasta penoso se presentó en el expediente arbitral N° 039-2010-ARB-SCTR, donde el Poder Judicial declaró tres (3) veces la nulidad del laudo arbitral por no interpretarse que el examen de comisión médica es el que generaba convicción sobre configuración de la enfermedad profesional.

Con estos pronunciamientos, el TC buscó que el acceso a la pensión del SCTR se asemejara al sistema de Comisiones Médicas del Sistema Nacional de Pensiones, regulado por el Decreto Ley N° 19990, en el que se establece que: “El asegurado del Sistema Nacional de Pensiones que solicite pensión de invalidez presentará junto con su solicitud de pensión, un Certificado Médico de Invalidez emitido por el Instituto Peruano de Seguridad Social, establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud (...)”.

En otras palabras, el TC crea un nuevo sistema para acreditar el menoscabo y el accidente de trabajo en el SCTR, ya no el regulado legalmente y que cuenta con la evaluación final del INR en última instancia administrativa, sino que amplía las competencias de las comisiones médicas de otras entidades públicas y privadas facultándolas a dictaminar –también– en los casos de siniestros laborales en el marco del SCTR.

4.1. ¿En la práctica cómo funcionó este sistema?

En lo que respecta a la vía arbitral, los árbitros están facultados a recabar pericias dentro de las actuaciones arbitrales a su cargo; de modo que la práctica ha llevado a que frente a dictámenes, informes o exámenes médicos contradictorios (incluidos los de comisiones médicas) en la vía arbitral del CECONAR, se ordene pericias médicas dirimientes que, finalmente valoradas por los árbitros, serán las que determinarán si el trabajador accede a una pensión o indemnización.

Pese a la fortaleza del arbitraje en la valoración de pruebas y actuación de pericias médicas, no ha sido extraño que mediante procesos de anulación de laudo, en la vía jurisdiccional –como se comentó– se hayan anulado laudos arbitrales, por no preferir en los procesos arbitrales a los exámenes de comisión médica del MINSA, ESSALUD y EPS; es decir, la judicatura ha interpretado que los mencionados pronunciamientos del TC, no solo son aplicables al proceso de amparo, sino también a la vía arbitral y laboral, lo que genera problemas, puesto que de ser así se estaría importando la aplicación de una prueba tasada –requerida en procesos como el amparo, en los que no existe etapa probatoria– a un medio alternativo de solución de controversias como es el arbitraje, establecido por mandato constitucional, desarrollado reglamentariamente y en donde existe actividad probatoria, a cargo de un árbitro, dotado de atribuciones para recabar pericias médicas que ilustrarán y darán soporte al fundamento de sus decisiones, y con cuyo laudo se da por concluida una controversia de modo inapelable.

En lo que respecta al proceso ordinario laboral, también se han presentado problemas, debido a que, tras la existencia de certificados médicos contradictorios, los jueces eligieron seguir literalmente lo fijado por el TC en los procesos de amparo y preferir los certificados del MINSA y ESSALUD, a pesar de contar con la atribución de realizar actividad probatoria. Frente a este panorama, las aseguradoras empezaron a derivar los casos a la Comisión Médica Evaluadora de EPS (COMEPS), con el propósito de obtener una prueba distinta, cuyos contenidos terminaban por oponerse a los resultados que pudieran recabarse de la comisión médica del MINSA o de ESSALUD.

Producto de esta contradicción entre exámenes de diversas comisiones médicas evaluadoras, los jueces laborales empezaron a ordenar pericias médicas, previo a su decisión.

En la vía constitucional igualmente hubo contingencias, debido a que al ser una vía donde no hay actividad probatoria no se pudo resolver la controversia –léase incertidumbre– derivada de pruebas contradictorias entre comisiones médicas, por lo que se declararon improcedentes diversas demandas en instancia judicial. Sin embargo, al llegar los casos al TC, de la revisión de sus sentencias se observó que, en su mayoría han venido generando mayor convicción los resultados del examen de las comisiones médicas del MINSA y ESSALUD; restándosele valor al examen de la EPS, debido fundamentalmente a que ésta únicamente califica y no evalúa, es decir, solo califica documentos, y no realiza una evaluación presencial del trabajador presuntamente afectado por una enfermedad profesional o accidente de trabajo.

En efecto, en medio de la problemática sobre la valoración de los exámenes de comisión médica, el TC emitió el precedente vinculante contenida en la sentencia N° 00799-2014-PA/TC, modificado por el reciente precedente N° 05134-2022-PA/TC, según la cual, recogiendo sus últimos pronunciamientos, el TC únicamente decidió preservar el valor probatorio de las comisiones médicas del MINSA y ESSALUD, considerando que al ser documentos públicos se presume su valor probatorio, restándole valor a los certificados de las comisiones médicas de las EPS.

Finalmente, el TC ha fijado que en caso no generar convicción el resultado de la comisión médica del MINSA y ESSALUD, entonces el trabajador deberá pasar examen por el INR, caso contrario se declarará improcedente su demanda dejándole a salvo su derecho para accionar en la vía ordinaria.

Los cambios se pueden constatar en el siguiente gráfico:



4.2. La opción por los exámenes de las comisiones médicas del MINSA, ESSALUD y por el dictamen del INR

Mediante la sentencia N° 05134-2022-PA/TC el Tribunal Constitucional ha ratificado la preferencia de los exámenes de comisión médica del MINSA y ESSALUD. Este precedente vinculante fija reglas sustanciales para acreditar la enfermedad profesional

en los procesos de amparo. Son seis las reglas que se establecen.

Respecto a la regla sustancial 1, el TC reafirma su apuesta por los exámenes de comisión médica para acreditar el estado de enfermedad del trabajador, validando exclusivamente a los del MINSA y ESSALUD. El TC indica de forma literal que “el contenido de los documentos públicos está dotado de fe pública; por tanto, los informes médicos emitidos por comisiones médicas calificadoras de incapacidad del Ministerio de Salud y de EsSalud, presentados por los asegurados demandantes, tienen plena validez probatoria respecto a su estado de salud”.

Respecto a la regla sustancial 2, se brinda excepciones a la regla de plena validez del certificado médico MINSA y ESSALUD, así pierden valor probatorio cuando: 1) no cuentan con historia clínica, salvo justificación razonable de su ausencia; 2) que la historia clínica no está debidamente sustentada en exámenes auxiliares con sus respectivos resultados emitidos por especialistas; y 3) que son falsificados o fraudulentos.

Si bien en este último precedente el TC ratifica los supuestos en lo que los informes médicos del MINSA y ESSALUD pierden valor, estos también se flexibilizan en la misma sentencia, debido a que se establece que los documentos, los exámenes auxiliares y sus resultados que se encuentran suscritos por médicos que no tenían al momento de suscribir los exámenes médicos la especialidad registrada en la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu) no pierden valor probatorio. Asimismo, establece que no es necesario contar con documentos adicionales a los informes médicos de las comisiones médicas. Además, señala que los informes de radiología que muestran resultados de los pulmones pueden estar suscritos por médicos neumólogos, así como por el mismo radiólogo.

En otras palabras, se ha brindado mayores elementos de protección legal a los informes de las comisiones calificadoras del MINSA y ESSALUD, con el objeto que no se desvirtúe su valor probatorio.

Respecto a la regla sustancial 3, el TC establece que únicamente en los supuestos mencionados en la regla sustancial 2, los dictámenes médicos presentados por las aseguradoras demandadas, emitidos por las comisiones evaluadoras de EPS, Minsa o EsSalud, pueden contradecir los dictámenes presentados por los demandantes. Si se configura alguno de los supuestos señalados en la regla sustancial 2, incluida la ausencia de historia clínica por alguna justificación razonable, o ante la contradicción de los dictámenes médicos, el juez solicitará que el asegurado se someta a una nueva evaluación médica en el Instituto Nacional de Rehabilitación (INR), a fin de corroborar la enfermedad diagnosticada y el grado de incapacidad.

Es decir, tras la fallida regulación de los exámenes de comisión médica para generar la pensión, ahora el propio TC retoma la normativa del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del SCTR, ordenando que el trabajador sea evaluado por el INR, con el objeto de resolver la controversia.

Respecto a la regla sustancial 4, el TC establece que los gastos que irrogue esta evaluación del trabajador en el INR será cubierto por la aseguradora. Asimismo, señala que en caso el asegurado prefiera no someterse a un nuevo examen, se declarará

improcedente la demanda, dejando su derecho para accionar en la vía ordinaria.

Sin dudas esta regla procesal es clara al señalar que este nuevo precedente solo es aplicable al proceso constitucional de amparo, no en la vía ordinaria judicial, ni arbitral, debido a que el mismo TC señala que en caso no someterse a la evaluación del INR, entonces se deja a salvo su derecho para accionar en la vía ordinaria. Se espera que esto marque un antes y un después, debido a que la judicatura nacional a mal aplicado el empleo de los exámenes de comisión médica en la vía judicial y arbitral, cuando en estas vías sí hay actuación probatoria, y el juez o árbitro, no podría ser limitado a ordenar la actuación de una pericia médica, dentro de su condición de juzgador.

Respecto a la regla sustancial 5, el TC establece que si se confirma en la evaluación del INR el resultado, entonces deberá reconocerse el pago de pensión desde el certificado presentado por el trabajador. Si no se confirma la enfermedad o el grado de incapacidad, queda a criterio de la demandada emprender las acciones legales que considere pertinentes. En este último supuesto, el juez comunicará al Ministerio Público, al Colegio de Abogados que corresponda y al Colegio Médico del Perú, a fin que adopten las medidas correspondientes.

Esta regla debe interpretarse cuidadosamente, debido a que si se está frente a un accidente de trabajo, el pago de pensiones se efectúa desde la fecha del accidente, según la ley¹², no desde la fecha del dictamen, examen o informe médico del trabajador. En cambio, respecto a las enfermedades profesionales, el pago deberá efectuarse desde el primer examen según el TC, lo que sin duda es acertado, debido a que el mal uso de los exámenes médicos permitía que se reconsidera el estado de salud hasta el final para luego argumentar que con el último examen recién se configuró el real grado de invalidez del trabajador.

Finalmente, en la regla procesal 6, el TC establece que estos criterios son de aplicación inmediata, desde el día siguiente de su publicación a todos los procesos de amparo en trámite.

4.3. ¿En la práctica cómo funcionará este nuevo sistema?

En principio el TC ha fijado de forma literal que este precedente es de aplicación inmediata al proceso constitucional de amparo, por lo que, se reitera que no debiera utilizarse en la vía arbitral u ordinaria laboral.

¿Y, por qué razón no se aplicarían en procesos laborales y arbitrales? Porque estas dos últimas vías tienen instancia de actuación probatoria. Sin embargo, la experiencia ha enseñado que deberá observarse minuciosamente este precedente, caso contrario se corre el riesgo de una anulación del laudo arbitral por no cumplirse los precedentes del TC, de acuerdo a la sentencia N° 00142-2011-PA/TC. Lo mismo en la vía laboral, donde el juez deberá salvaguardar su sentencia frente a una inminente

12 Decreto Supremo N° 003-98-SA:

Artículo 25°.- Atención de Sinistros de la Cobertura de Invalidez y Sepelio

La atención de los siniestros que se produzcan por la cobertura de Invalidez y Sepelio, se sujetará a las siguientes reglas:

25.1 Para determinar LA ASEGURADORA responsable de las prestaciones de este seguro, se entiende producido el siniestro que da origen a las pensiones de sobrevivencia e invalidez y gastos de sepelio: a) El día del accidente, en caso de invalidez o muerte inmediata por accidente de trabajo; b) El día de la configuración de la invalidez, en caso de enfermedad profesional c) El día de la configuración de la invalidez, en caso de accidente cuya invalidez no se manifieste inmediatamente.

apelación de no procederse conforme al precedente.

En la vía arbitral, independientemente el fallo aplicable a procesos de amparo, se continuará con la labor probatoria del árbitro, pues cuenta con atribuciones legales para ordenar pericias médicas dirimentes.

En el proceso laboral el precedente tendrá un impacto inmediato. Seguramente con una mayor práctica para ordenar pericias médicas en caso de incertidumbre sobre el estado de salud del trabajador.

En el proceso constitucional, se reitera la contingencia, debido a que en efecto se otorga un mayor valor a exámenes de comisión médica del MINSA y ESSALUD que no dan actualmente ninguna garantía sobre su realización y oportunidad de la misma. Al mismo tiempo, se abre la puerta de recurrir al INR para la evaluación del trabajador, por lo que, se convierte el proceso de amparo en un proceso litigioso con etapa de actuación probatoria, pues normativamente el trabajador debió cumplir con este procedimiento antes de presentar su demanda en la vía constitucional.

V. Sugerencias a los jueces y árbitros

En el proceso judicial y arbitral se debe cumplir con los precedentes del TC, caso contrario la sentencia y laudo arbitral podría ser revocada y anulada, respectivamente. Este es un mandato imperativo, por lo que debe tomarse las precauciones para su emisión, sobre todo cuando en la práctica se ha reflejado que se han anulado laudos por no considerar los exámenes de comisión médica del MINSA y ESSALUD. Todo ello a pesar que la propia sentencia del TC señala de forma literal que estos precedentes son de aplicación a los procesos de amparo. Por ende, debe realizarse una motivación de las razones del por qué no generaron convicción los exámenes de comisión médica del MINSA y ESSALUD, y sí las pericias médicas ordenadas de oficio por el juzgador.

Sobre el particular, se comparte tres sugerencias vinculadas a los exámenes de comisión médica que debe realizar todo juzgador (sea juez ordinario o árbitro):

- SOLICITAR las historias clínicas de los exámenes de comisión médica del MINSA, ESSALUD y de las EPS. De acuerdo a lo establecido por el TC la forma de desvirtuar los exámenes del MINSA y ESSALUD es factible. El juzgador debe tener todos los elementos probatorios necesarios al emitir su decisión.
- MOTIVAR la no convicción de los exámenes del MINSA y ESSALUD en el laudo; si bien es ideal motivar las razones de descartar los exámenes médicos que no generan convicción, hay que tener un mayor grado de atención cuando se descarta los exámenes del MINSA y ESSALUD. El hecho de desvirtuar estos dictámenes médicos genera que los árbitros y jueces puedan ordenar alguna pericia médica.
- MOTIVAR la convicción de las pericias médicas ordenadas de oficio; al decidir darse un mayor énfasis a todos los elementos de la pericia que generaron convicción, por ejemplo, exámenes complementarios, cumplimiento de protocolos médicos, experiencia del perito, entre otros factores.

VI. Colofón

El SCTR es un contrato que brinda prestaciones de salud y económicas a favor de los asegurados que sufran de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo. Sin embargo, no siempre las aseguradoras brindan cobertura económica tras el siniestro. En ese sentido, el asegurado puede acudir a la vía judicial o arbitral para que se le reconozca su derecho pensionario.

El problema surge que en este procedimiento existe siempre más de un dictamen, informe o examen médico, sea privado o público, lo que genera incertidumbre sobre el dictamen dirimente, es decir, que acredite la condición de invalidez del asegurado. La norma del SCTR estableció que la aseguradora debe evaluar al asegurado, si no se está conforme con el resultado, entonces el INR emitía un dictamen. Finalmente, se establece que si no se está de acuerdo con este examen entonces se puede acudir a la vía judicial o arbitral.

En ese contexto, frente a la complejidad de contar con un dictamen médico dirimente, el TC peruano estableció que los exámenes de las comisiones médicas del MINSA, ESSALUD y EPS serían los dirimientes. Sin embargo, a través de sus recientes pronunciamientos ha restado fuerza vinculante a las comisiones médicas de las EPS. No obstante, a la fecha no existe comisiones médicas del MINSA y ESSALUD constituidas, lo que ha generado que el TC ordene que en caso no se genere convicción, entonces se realice una evaluación por parte del INR, retomando a lo establecido en la normativa del SCTR. A todas luces es un laberinto creado por el propio TC al regular un nuevo sistema de evaluaciones apartándose de la secuencia del procedimiento legal regulado.

Este procedimiento creado por el TC es aplicable exclusivamente a los procesos constitucionales de amparo. Sin embargo, la práctica judicial ha tenido un mal empleo de estos precedentes, por lo que, es recomendable que el juzgador motive en extensión por qué no le ha generado convicción los exámenes de comisión médica del MINSA y ESSALUD, y sí una pericia médica ordenada en el curso del proceso laboral ordinario y/o arbitraje.

La casuística y la realidad de contradicciones reseñadas continúan reflejándonos la debilidad del sistema creado para acreditar la enfermedad o el diagnóstico del accidente de trabajo, como hemos comentado en estas líneas; todo lo cual, nos muestra -implícitamente- que se necesita, por excelencia, contar con una vía en la que exista actuación probatoria, como la que tiene el arbitraje o el proceso laboral-contemplado para la solución de controversias en materia de SCTR, y donde sea el árbitro o juez laboral quien luego de valorar las pruebas decida qué examen médico le genera mayor convicción, para lo cual resulta necesario se cuente con un registro de peritos especializados, donde los jueces y/o árbitros puedan acudir para que se ordenen inmediatamente las pericias médicas a actuar, a efectos de demostrar si al trabajador le corresponde prestaciones económicas en el marco del SCTR.

Referencias bibliográficas

- Bernuy Álvarez, O. (2012). Manual de Seguridad Social en Salud: Seguros y Subsidios en el Trabajo. 1 Edición. Pacífico.
- Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo. Decisión 584. Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Artículo 1 inciso n) Accidentes de trabajo. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec584s.asp> Fecha de consulta: 30.06.2023
- Fernández, A. (2015). Lo que hay que saber del régimen pensional especial de los trabajadores de actividades de alto riesgo. Revista Actualidad Laboral. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rlaboral&document=rlaboral_ba5a42e2a-7684284a9f19d577465ac7a Fecha de consulta: 30.06.2023
- Fernández Huayta, C. (2017). El Seguro Complementario de Trabajo y de Riesgo y los accidentes in itinere en la protección al derecho a la seguridad social en el Perú. Revista Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/5257> Fecha de consulta: 30.06.2023
- Ospina Salinas, E. (2010). El Aseguramiento de los Riesgos del Trabajo en el Perú. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo: Avances y Limitaciones. Instituto Laboral Andino.
- Toyama, J y Ángeles, K. (2004) Seguridad Social Peruana: sistemas y perspectivas. Themis Revista de Derecho. p. 207. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110415.pdf> Fecha de consulta: 30.06.2023
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 02513-2007-PA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/> Fecha de consulta: 30.06.2023
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 10063-2006-PA-TC Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/> Fecha de consulta: 30.06.2023
- Tribunal Constitucional. Sentencia 02798-2005-PA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/> Fecha de consulta: 30.06.2023
- Tribunal Constitucional. Sentencia 05846-2006-PA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/> Fecha de consulta: 30.06.2023
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 00799-2014-PA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/> Fecha de consulta: 30.06.2023
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 05134-2022-PA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/> Fecha de consulta: 30.06.2023

2. ESTUDIOS ESPECIALES

A Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Corte de Estrasburgo na proteção aos direitos fundamentais da União Europeia

The European Convention on Human Rights and the Strasbourg Court in the protection of fundamental rights in the European Union

**Lucas Lanner De Camillis¹; Sandra Regina Martini²;
Karina Macedo Fernandes³**

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)11](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)11)

Fecha de envío: 00.00.0000

Fecha de aceptación: 00.00.0000

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo demonstrar como ocorreu a evolução dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico comunitário da União Europeia e qual foi a influência que a Corte de Estrasburgo e a própria Convenção Europeia de Direitos Humanos teve dentro da organização internacional. A pesquisa foi feita com o método exploratório-bibliográfico de leituras em artigos, livros, jurisprudências, leis e tratados internacionais para complementar o máximo possível o entendimento sobre o assunto abordado. O trabalho começa com o debate sobre a influência da Corte Europeia de Direitos Humanos na vinculação desses direitos dentro do ordenamento jurídico comunitário e da jurisprudência do Tribunal Europeu, e o processo, ainda em curso, da adesão da própria União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em seguida é analisado a intersecção e o entrelaçamento das Cortes (de Estrasburgo e de Luxemburgo), com a utilização de análises de casos concretos que são referentes dentro da jurisprudência europeia, que estavam vinculados com a proteção de direitos fundamentais na Europa, utilizando a intersecção de ambas as Cortes e seus entendimentos. E por fim uma breve análise de algumas complicações que o direito comunitário tem com o próprio direito internacional.

1 Bacharel em direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (2020), mestre em Direitos Humanos, bolsista CAPES/PROSUP, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (2022), pós-graduando em direito internacional aplicado pela Escola de Direito Brasileira (2022-atual), doutorando pela Universidade La Salle, bolsista CAPES/PROSUP com dedicação exclusiva (2023-atual). Pesquisador nas áreas de sociologia do direito, direito constitucional e direito internacional. E-mail: lucas_lanner@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1287-7390>.

2 Doutora em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti (UNILE), Professora do programa de pós-graduação da Universidade La Salle, Professora do programa de pós-graduação e Diretora de Pós-graduação Stricto Sensu da UNIFACVEST, Professora visitante da Università Gabriele d'Annunzio di Chieti-Pescara, coordenadora e Professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Ritter dos Reis. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5437-648X>.

3 Doutora (2019) e mestra (2014) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa PROEX/ CAPES durante o Mestrado. Professora de Direito Internacional e de Direito Constitucional da Universidade Ritter dos Reis. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1730-2702>.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to demonstrate how human rights evolved within the EU law and what influence the Court of Strasbourg and the European Convention on Human Rights had within the European Union. The entire research was made by exploratory-bibliographic method of reading articles, books, case law, international laws and international treaties to complement the understanding on the subject addressed as much as possible. The paper begins with the debate on the influence of the European Court of Human Rights in the binding of these rights within the EU law order and the jurisprudence of the Court of Justice of European Union, and the process, still ongoing, of the European Union accession to the European Convention of Human Rights. Subsequently, the intersection and intertwining of the Courts (of Strasbourg and Luxembourg) are analyzed, using analyzes of concrete cases that are references within European jurisprudence, which were linked to the protection of fundamental rights in Europe, using the intersection of both Courts and their understandings. And finally, a brief analysis of some complications that EU law has with international law itself

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos e fundamentais; direito comunitário; união europeia; tribunal de justiça da união europeia; corte europeia de direitos humanos.

KEY WORDS: Human and fundamental rights; EU law; European Union; Court of Justice of European Union; European Court of Human Rights.

I. Introdução

A organização internacional União Europeia é algo amplamente discutido e estudado, principalmente em virtude de como ocorre a proteção aos direitos humanos dentro de uma organização de cunho supranacional⁴. Após a segunda guerra mundial, com a Europa devastada houve o pioneirismo de estruturar tratados internacionais entre os países europeus com o objetivo de reformular a economia. Dessa forma, foi o começo de uma grande evolução jurídica na história. Ao passar dos anos, mais especificamente após a década de 60, foi mudando o enfoque da Comunidade Europeia, saindo somente do lado econômico e sendo forçada a se posicionar em respeito de como iria haver a proteção aos direitos humanos dentro da organização internacional.

A preocupação era em níveis nacionais, onde os tribunais constitucionais estavam em busca de uma melhor proteção desses mesmos direitos humanos que foram muito violados durante a segunda guerra mundial, e em nível internacional com o primeiro tratado multilateral envolvendo a proteção aos direitos humanos dentro da região europeia, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

A pressão feita pelos Estados-membros e suas Cortes internas fez com que a organização deixasse de ter somente um viés simplesmente econômico. Era difícil manter uma supranacionalidade e a supremacia do direito comunitário quando não existia garantia nenhuma de proteção a direitos extremamente importantes para os cidadãos europeus. Com a criação da Convenção Europeia e da Corte responsável por interpretar tal dispositivo normativo – a Corte de Estrasburgo – houve uma influência enorme no ordenamento jurídico comunitário em relação às proteções de direitos fundamentais.

4 Ver mais em Anrull (2017), Campos (2008), Douglas-Scott (2011), Jales (2016), Ramos (2008; 2019), Senden (2011).

Nessa lógica, além da Corte de Estrasburgo, existe também o Tribunal de Justiça da União Europeia (conhecido também como Tribunal de Luxemburgo ou somente TJUE), uma instituição de grande importância, responsável pela interpretação do direito comunitário em toda a União Europeia. Os principais objetivos do trabalho, portanto, são demonstrar como ocorreu a evolução dos direitos humanos dentro da União Europeia e mostrar quais foram as influências que fizeram com que o Tribunal de Luxemburgo e a própria Comunidade Europeia⁵ mudassem sua visão em relação à proteção aos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico comunitário.

O primeiro ponto do trabalho é questionar qual a influência que a Convenção Europeia de Direitos Humanos teve dentro do ordenamento jurídico comunitário, do tribunal supranacional de Luxemburgo e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Em seguida, irão ser debatidas questões e problemas referentes à possível adesão da União Europeia na Convenção Europeia de Direitos Humanos, além dos novos dispositivos do Tratado de Lisboa. No terceiro tópico são analisados a intersecção e o entrelaçamento das Cortes (de Estrasburgo e de Luxemburgo), com a utilização de análises de casos concretos que são referentes dentro da jurisprudência europeia, que estavam vinculados com a proteção de direitos fundamentais na Europa, utilizando a intersecção de ambas as Cortes e seus entendimentos. E, por fim, uma breve análise de algumas complicações que o direito comunitário tem com o próprio direito internacional.

Por conseguinte, apesar de diversas dificuldades e problemas, como a demora da criação de um devido ato normativo vinculado para a proteção aos direitos fundamentais, a experiência europeia de uma organização supranacional é uma das mais bem sucedidas no sentido de integração econômico-comunitária e política. Mesmo não podendo ser copiada e utilizada nos demais sistemas regionais mundiais, por ter um contexto histórico muito particular, é de uma grande referência o “experimento” Europeu.

II. A Convenção Europeia de Direitos Humanos e a sua influência no ordenamento jurídico comunitário Europeu

A Convenção foi o primeiro tratado multilateral entre países para haver uma maior proteção aos direitos humanos dentro do continente europeu após a Segunda Guerra Mundial. Os Estados contratantes teriam que garantir e respeitar os direitos que nela estavam positivados, sendo postos sob uma supervisão de uma corte judicial com base em Estrasburgo, a qual tinha competência para interpretar e jurisdicionar a Convenção.

O movimento de integração feito pelos países europeus pós-guerra ajudou muito na evolução da proteção aos direitos humanos na Europa. Contudo, foi carecido de atenção na construção dos tratados regionais no ambiente Europeu, como por exemplo, no Tratado de Roma. O próprio tribunal supranacional, criado para fornecer a interpretação do direito da comunidade dentro do ordenamento jurídico comunitário, foi inicialmente considerado sem competência para julgar e revisar atos e medidas da Comunidade no que dizia ao respeito sobre os direitos humanos, colocando essa responsabilidade somente para o Conselho da Europa (Murray, 2011: 1389).

O Conselho da Europa tem seu objetivo principal de desenvolver e proteger princípios comuns democráticos dentro da região europeia; além de garantir a proteção dos direitos hu-

5 Até o Tratado de Lisboa, a União Europeia era conhecida como Comunidade Europeia.

manos por meio da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). No entanto, mesmo sendo uma entidade desenvolvida para garantir a proteção aos direitos humanos, com a possibilidade de os próprios cidadãos europeus poderem peticionar diretamente em busca da proteção de direitos garantidos pela Convenção, ainda é uma organização intergovernamental que é regida pelas regras de direito internacional e opera dentro de limites.

Mesmo ocorrendo esses limites, existe um órgão responsável para esclarecer e interpretar a Convenção em conflitos, a chamada Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) ou Corte de Estrasburgo. Ao contrário do Tribunal da União Europeia, ao qual assegura a aplicação uniforme⁶ de todo direito comunitário dentro dos Estados-membros, o Tribunal de Estrasburgo é focado somente na interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos. As suas decisões são vinculadas dentro do Estado-membro que soufreu a denúncia. Contudo, não há um mecanismo para forçar o cumprimento da decisão, mesmo que não seja comum haver o desrespeito do Estado. Ademais, o tribunal só pode ser invocado quando todos os recursos internos tiverem sido esgotados e dentro de um período de seis meses da decisão final, a não ser que leis nacionais dos Estados-membros permitam a aplicação direta (Murray, 2011: 1392-1293).

Existe uma quantia significativa maior de Estados que fazem parte da Convenção Europeia do que da União Europeia. Mesmo que seja obrigatório ser parte da Convenção para entrar definitivamente na UE, a própria União não faz parte dela, ocorrendo dificuldades com as proteções aos direitos humanos. Ou seja, ainda não pode haver a revisão de medidas das leis comunitárias pelo Corte de Estrasburgo. Isso faz com que haja diversas críticas e dificuldades com a proteção adequada aos direitos humanos dentro da Europa (Murray, 2011: 1393).

Com essa perspectiva do Conselho da Europa e da CEDH, será observado agora como houve a influência de ambos na UE e no TJUE na maneira de olhar a proteção aos direitos humanos dentro da Comunidade. Por não haver nos tratados fundadores da União um *"Bill of rights"* de direitos humanos, até meados dos anos 70 a CEDH e a Comunidade Europeia operaram em paralelo: enquanto a Convenção se importava com a proteção aos direitos humanos dentro da Europa, a Comunidade Europeia focava na construção de um mercado comum. Isso mudou após as menções aos direitos humanos na jurisprudência do Tribunal da UE e nos atos normativos de direito comunitário. A UE agora estava no caminho de se tornar uma organização de direitos humanos, e a partir dos anos 90 o TJUE começou a procurar na Convenção Europeia inspiração para a proteção aos direitos humanos no direito comunitário. Consequentemente, a partir disso, houve um diálogo entre cortes: o TJUE adotou posições em deferência à Corte de Estrasburgo na interpretação dos direitos contidos na Convenção (Murray, 2011: 1395).

Existem casos importantes que mostram essa deferência por parte do TJUE à CEDH. Nota-se um exemplo no caso *Hoechst AG v. Commission* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1989), em que o TJUE decidiu que estabelecimentos comerciais não eram pro-

6 No decorrer da formação da União Europeia, quando juízes nacionais eram solicitados em decidir num pleito que comportava o direito comunitário, ocorria a dificuldade de interpretação. O que se compreende, pois, o direito comunitário era algo novo, complexo, com seus próprios princípios, cujo não houve a possibilidade de estudo aprofundado pelos magistrados nacionais. A solução foi à utilização de um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário chamado de "reenvio prejudicial". Foi uma forma inovadora do direito comunitário, havendo a permissão de buscar o TJUE a respeito de uma questão prejudicial à resolução do caso em litígio que fundamentou eventual ação proposta. Por conseguinte, é um mecanismo processual importante para ocorrer a interpretação uniforme do direito comunitário (Campos, 2008; Saldanha, 2001).

tegidos pelo artigo 8 da Convenção⁷, garantindo a inviolabilidade do domicílio. Contudo, o Tribunal mudou a sua posição em 2002 na sua decisão de *Roquettes Frères SA v. Commission* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2002), indo de acordo com a Corte Europeia de Direitos Humanos que afirmava a garantia de proteção do artigo 8 da Convenção para estabelecimentos comerciais. Além disso, o TJUE tem demonstrado uma disposição de revisão à sua legislação na luz do padrão da Convenção Europeia (Murray, 2011: 1395).

Outro caso importante para colocar como exemplo é de 2003: *Secretary of State for the Home Dep't v. Akrich* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2003). O TJUE instruiu um tribunal inglês para respeitar o direito garantido pelo Artigo 8 da Convenção, de respeito pela vida familiar, em virtude de uma aplicação feita pelo esposo de uma cidadã Europeia, sendo ele um nacional de Marrocos (ou seja, um não europeu), a permanecer na Grã-Bretanha desde que o casamento fosse genuíno. Com essa decisão foi notado que houve a aplicação direta do Artigo 8 da Convenção pelo TJUE, e não somente utilizada como um guia interpretativo. O Tribunal Europeu considerou que a disposição é um princípio geral de direito comunitário, estipulando que o tribunal interno tinha que respeitar o direito de acordo com a Corte de Estrasburgo. Assim como demonstrou que mesmo parecendo uma questão puramente de direito interno (por exemplo, imigração) pode ser sujeito de revisão ao TJUE. Por conseguinte, o desejo de haver a expulsão, por parte do Reino Unido, do Sr. Akrich foi frustrado pelo Artigo 8 da Convenção aplicado através do próprio direito comunitário (Murray, 2011: 1395).

A posição especial e a evolução da Convenção Europeia dentro do ordenamento comunitário vêm sendo preservadas em diversos tratados da União, tendo ganhado força em demasiado na decorrência das decisões do TJUE nos casos envolvendo a proteção aos direitos humanos durante os anos. Como consequência, a proteção aos direitos humanos dentro do direito comunitário foi imbuída pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Portanto, as decisões da Corte Europeia, as quais não têm o efeito *erga omnes* passam a ter quando são aplicadas pelo TJUE, ganhando força vinculante por serem incorporadas como parte do direito comunitário. Em consequência, as normativas da Convenção Europeia, a partir das decisões do TJUE, ganham primazia perante as leis e constituições dos Estados Membros, limitando ainda mais as suas soberanias (Murray, 2011: 1396).

Por outro lado, limites foram postos pelo TJUE na influência da Convenção Europeia dentro do ordenamento da União, de modo que ressaltou que a natureza dos direitos humanos dentro do direito comunitário deveria ser determinada com autonomia e sempre de acordo com os objetivos da União Europeia. No entanto, após a entrada em vigor do novo Tratado de Lisboa e a possível adesão da UE à Convenção, o Tribunal perderá essa grande autonomia, sendo forçado a seguir a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos humanos, como discutiremos em outro tópico.

1. A Convenção Europeia de Direito Humanos e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

A Convenção também serviu de inspiração para a Carta de Direitos Fundamentais da UE. Na Europa, desde a segunda guerra mundial, o principal *bill of rights* sobre os direitos

7 Artigo 8 (1). Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. (2). Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros

humanos foi a Convenção Europeia. Somente após muitos anos que a União deixou de ser apenas um mercado comum para ser uma organização internacional de direitos humanos. Em seu artigo 52(3)⁸ ela define a relação dos direitos contidos nela com a CEDH, prevenindo que a proteção aos direitos humanos positivados na Carta não se torne menor que na Convenção, assim garantindo um padrão mínimo dos direitos humanos na UE. Esse padrão mínimo faz com que os Estados-membros não sejam submetidos a duas normas de proteção aos direitos humanos quando forem aplicar o direito comunitário. Portanto, o artigo 52(3) não apenas mantém o status quo da CEDH, mas também deve ser lido como uma referência a ela junto com os seus protocolos adicionais e, caso seja modificada no futuro, essas alterações tornar-se-ão automaticamente o novo padrão dos direitos humanos na EU (Lock, 2009: 382). De acordo com o Artigo 52(7) da Carta, os órgãos jurisdicionados da União e dos Estados-membros “têm em devida conta as anotações destinadas a orientar a interpretação da presente Carta”, ou seja, não pode ser excluída também a hipótese que futura jurisprudência irá adicionar na lista outros direitos vinculados à Carta.

Outra questão importante de ser debatida é colocada por Tobias Lock (2009: 383). Quando é estabelecido com o Artigo 52(3) um padrão mínimo na interpretação dos direitos da Carta em conjunto com a Convenção, uma questão surge: se a interpretação dessa disposição também está vinculada à jurisprudência da Corte de Estrasburgo em respeito a esses direitos. Considerando que o TJUE é o principal intérprete da Carta, isso resultaria em uma vinculação do Tribunal de Luxemburgo às decisões da Corte de Estrasburgo quando houver a interpretação da Carta. Se esse fosse o caso, iria criar uma hierarquia entre os dois tribunais, com a Corte Europeia de Direitos Humanos ao topo.

Quando se nota a redação do artigo 52(3), no entanto, não vê-se nenhuma referência expressa à jurisprudência da Corte de Estrasburgo, somente à própria CEDH. A questão, portanto, é se o artigo 52(3) poderia ser interpretado com essa referência à jurisprudência. Por um lado, é improvável que os redatores desse artigo quisessem uma simples menção ao texto de mais de 50 anos da CEDH, considerando que já foi dinamicamente interpretada pela Corte de Estrasburgo como um instrumento vivo, sendo assim muito mais preciso interpretar como uma normatividade que está em constante evolução pelo incremento de complexidade da sociedade europeia. Contudo, por outro lado, caso a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos seja vinculada à Carta, isso significaria que todos os passos feitos pela Corte em relação ao desenvolvimento da proteção aos direitos humanos seriam automaticamente parte do próprio direito comunitário europeu (Lock, 2009: 384).

Lock (2009: 386) mostra em seus argumentos que se as decisões da Corte de Estrasburgo se tornassem vinculadas ao próprio Tribunal de Luxemburgo, isso significaria uma mudança de paradigma no ordenamento da União⁹. Caso houvesse o desejo de tamanha mudança, seria incluída uma disposição expressa na própria Carta. Além do mais, a própria Corte de Estrasburgo não está vinculada por suas decisões, nem prevê que os tribunais nacionais, partes do Conselho da Europa, sejam vinculados por elas. O Artigo 46(1)¹⁰ da CEDH apenas prevê a vinculação das decisões *inter partes*.

8 Artigo 52(3) da Carta: Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.

9 Caso queira aprofundar-se nos argumentos que levaram Lock a tal conclusão, ver em: Lock (2009: 375-398).

10 Artigo 46(1). As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem parte.

O argumento que os direitos correspondentes da Carta da União e da Convenção Europeia devem ser vinculados à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, leva a conclusão que os mesmos direitos estão vinculados à jurisprudência do TJUE. Se considerar o TJUE como intérprete final da Carta, isso resultaria na vinculação, não somente da sua própria jurisprudência, mas também da jurisprudência da Corte de Estrasburgo. Num cenário de contradição jurisprudencial entre as duas cortes, o TJUE estaria vinculado a duas jurisprudências, trazendo uma enorme dificuldade interpretativa. Isso mostra que o artigo 52(3), que tem como objetivo criar maior coerência e consistência nos direitos humanos europeus, seria melhor alcançado se não houvesse o dever legal de seguir qualquer uma das decisões. Contudo, Lock (2009: 386-387) fala que a menção da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, no preâmbulo da Carta, sugere que é somente com um viés de ajuda interpretativa e não presume a vinculação direta dessa jurisprudência no Tribunal Europeu da Comunidade quando interpretar direitos que correspondem aos mesmos da CEDH.

Dois autores pensam de outra maneira. Lenaerts e Smijter (2001: 99) argumentam que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos forma uma parte integral no significado desses direitos, e com isso o TJUE seria obrigado a seguir a mesma. Contudo, eles não consideram as consequências que isso faria com a relação de ambas as cortes como Lock.

Sempre houve um respeito entre as cortes, vistas como iguais e vivendo em coexistência. Esse respeito mútuo foi confirmado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy and Communications* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1996a), no qual a Corte de Estrasburgo reconheceu que a proteção na UE é equivalente à Convenção Europeia, mesmo não sendo idêntica é comparável, assim como foi indicado na decisão. Ou seja, o TJUE tem a permissão de dar a sua própria interpretação e não é obrigado a seguir estritamente a jurisprudência de Estrasburgo (Senden, 2011: 34), o que será debatido em detalhes em tópico específico.

Com os argumentos acima se pode notar que caso houvesse a vinculação da jurisprudência da Corte de Estrasburgo ao Tribunal de Luxemburgo, existiria um enorme conflito na relação das mesmas, talvez tendo como consequência uma grande confusão jurídica de jurisprudência e podendo interferir na autonomia do próprio direito comunitário e do TJUE ocorrendo uma hierarquia das cortes, algo sempre evitado pela União até o momento.

III. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos e o novo Tratado de Lisboa

Com o crescimento da proteção aos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico comunitário europeu e por existir uma influência direta da Convenção e dos julgados da própria Corte Europeia de Direitos Humanos dentro da jurisprudência da União Europeia, já foi considerada diversas vezes no passado a adesão da UE à CEDH, mesmo nunca sendo alcançada. Essa adesão traria diversas vantagens, com uma ligação formal entre a União e a Convenção existiria uma preocupação maior com os direitos humanos, e também eliminaria as acusações de duplicidade de critérios. Também iria minimizar o perigo de decisões conflitantes emanadas do TJUE e da Corte Europeia de Direitos Humanos, dado que eles decidiriam sobre questões idênticas. A adesão da UE também

seria de grande ajuda aos cidadãos que queiram garantir os seus direitos contra atos das instituições da UE que feriram o texto normativo da Convenção, dado que na presente situação não existe um recurso para Estrasburgo, a menos que a legislação da UE tenha sido implementada com algum ato dentro do território de um Estado-membro. Além disso, seria uma maneira de haver a supervisão externa das instituições da UE, especialmente dado o grande crescimento das suas agências e de suas competências (Douglas-Scott, 2011: 658-659).

O parecer 2/94 (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1996b) do TJUE foi um ponto importante para não haver a adesão da UE à CEDH. No parecer foi assegurado pelo Tribunal Europeu que a Comunidade não teria competência para haver a adesão sem uma emenda nos tratados originários. Contudo, esse obstáculo foi retirado pelo Tratado de Lisboa o qual previa base legal para haver a adesão em seu artigo 6(2)¹¹, sendo necessário também a própria Convenção ser emendada para possibilitar adesão, como ocorreu em seu novo artigo 59(2)¹², introduzido pelo protocolo número 14. Com a adesão da União à CEDH, ela se tornaria a 48ª parte da Convenção, sendo representada pelo seu próprio juiz na Corte Europeia de Direitos Humanos em Estrasburgo, e teria que cumprir decisões desta Corte em processos contra ele (Douglas-Scott, 2011: 660).

Mesmo que esses novos artigos criem a possibilidade de adesão da UE à Convenção não é algo simples de acontecer. Existem diversas questões importantes a serem resolvidas, dada a característica única de uma organização internacional *sui generis* a adesão se provará de extrema dificuldade. O Conselho da Europa não está preparado para lidar com instituições supranacionais, diversas questões iriam ter que ser debatidas, como quem iria representar a UE dentro da Corte de Estrasburgo ou se membros da Convenção Europeia que não fazem parte da UE ganhariam o direito de trazer procedimentos contra a União dentro da Corte Europeia de Direitos Humanos (Douglas-Scott, 2011: 660).

O requerimento de esgotar todos os recursos internos para entrar com um processo na Corte de Estrasburgo poderia levar a litígios extremamente morosos se o direito da UE estiver em causa e se já estiver sido proferida uma decisão prejudicial a Luxemburgo (Douglas-Scott, 2011: 660). A adesão irá colocar uma lacuna considerável no sistema de proteção de direitos humanos Europeu, onde as leis dos Estados-membros da UE já são submetidas à jurisdição da Corte de Estrasburgo, enquanto as medidas da Comunidade não, criando assim dificuldades para os Estados quando obrigações da Convenção e do direito comunitário entrarem em conflito (Murray, 2011: 1399). A adesão deve levar em conta todos esses problemas e outros requeridos pelo direito comunitário da EU. Por conseguinte, pode-se perceber que não é algo simples de ser feito, sendo algo que provavelmente levará anos.

O disposto no artigo 6º do Tratado de Lisboa significa uma mudança na autonomia do TJUE ao interpretar a ampla gama de direitos civis e políticos no direito comunitário que corresponde também aos direitos da Convenção. Antes de entrar em vigor o Tratado de Lisboa, o TJUE teve uma autonomia enorme no significado dos direitos dentro do âmbito do ordenamento comunitário, mesmo demonstrando um respeito considerável à jurisprudência da Corte de Estrasburgo. O TJUE aproveitou da melhor situação possível, em que seguia e

11 Artigo 6(2) do Tratado da União Europeia: A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

12 Artigo 59(2) da Convenção Europeia de Direitos humanos: A União Europeia poderá aderir à presente Convenção.

confiava na Convenção sem estar formalmente vinculada a ela. Contudo, com a introdução do novo regime de direitos fundamentais interpostos pelo Tratado de Lisboa, o TJUE terá uma restrição maior em seguir a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em relação aos direitos protegidos pela Convenção (Murray, 2011: 1402).

Nessa lógica, o tratado de Lisboa irá levar decisões feitas pela Corte Europeia de Direitos Humanos a terem efeitos erga omnes perante os Estados membros da UE quando forem seguidos pelo TJUE e seus acórdãos. A possível adesão da UE à Convenção, que tornará o próprio direito comunitário sujeito a revisões perante a Corte de Estrasburgo, terá o efeito direto dentro do ordenamento comunitário e, por extensão, dentro dos Estados-membros da UE, sendo algo muito mais além da situação atual em que as decisões da Corte de Estrasburgo só têm um impacto direto *inter partes* (Murray, 2011: 1402).

IV. Problemas e consequências da adesão da União Europeia na Convenção Europeia de Direitos Humanos

A preservação da autonomia e o monopólio do TJUE na interpretação do direito comunitário são dois pontos importantes para haver a adesão da União à Convenção. O TJUE decidiu que a UE não teria competência para entrar em tratados internacionais que permitiam que outros tribunais internacionais pudessem fazer determinações sobre a validade ou o conteúdo do direito comunitário. O próprio Tratado de Lisboa inseriu provisões em seu protocolo nº 8¹³ defendendo que o acordo de adesão fosse feito de tal maneira que não atrapalhasse o princípio da autonomia da ordem jurídica da UE, presente desde o caso *Costa vs Enel* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1964), mantendo-a intocável (Freitas, 2015: 91). Mesmo sendo um tema que gera dúvidas na relação de competências entre o TJUE e a Corte Europeia de Direitos Humanos, uma resolução interessante do parlamento ajuda a iluminar essa questão:

A adesão não porá de modo algum em causa o princípio da autonomia do direito da União, porquanto o TJUE se manterá como órgão jurisdicional supremo e único no que respeita às questões que se prendem com o direito da União e a validade dos seus actos, não podendo o Tribunal dos Direitos do Homem ser considerado apenas uma instância que exerce uma fiscalização externa da observância, pela União, das obrigações de direito internacional que advêm da sua adesão à CEDH; a relação entre os dois tribunais europeus não é de natureza hierárquica, mas sim de especialização; sendo assim, o TJUE disporá de um estatuto análogo ao que têm presentemente os Supremos Tribunais dos Estados-Membros, relativamente ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Parlamento Europeu, 2010).

A resolução mencionada acima traz a possibilidade de não haver a perda do princípio da autonomia do direito da União após uma possível adesão à CEDH.

Ademais, também é pertinente mencionar a declaração conjunta dos presidentes do

13 Artigo 6(2) do TUE determina que a adesão “não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados”.

Artigo 1 do protocolo Nº 8 determina que a adesão “deve incluir cláusulas que preservem as características próprias da União e do direito da União”.

Artigo 2 do protocolo Nº 8 determina que a adesão da “União não afete as suas competências nem as atribuições das suas instituições”. Artigo 3 do protocolo Nº 8 determina que a adesão não deve afetar o artigo 344 do Tratado sobre o Funcionamento da UE ao qual determina que “Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos”.

Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos de janeiro de 2011 (Presidentes Costa e Skouris, 2011). Nesse documento diferenciaram-se dois tipos de ações: as diretas e as indiretas. As primeiras referentes às petições individuais diretas contra as medidas adotadas pelas instituições da UE após a adesão dela na Convenção, enquanto as segundas, referente às petições contra atos adotados pelas autoridades dos Estados-membros da UE para a aplicação ou implementação do direito comunitário. De acordo com o artigo 35(1) da CEDH e a jurisprudência da Corte de Estrasburgo, para as ações diretas chegarem a Corte Europeia de Direitos Humanos devem exaurir todos os recursos internos, respeitando, primeiramente, a revisão interna do Tribunal de Luxemburgo. Assim, é garantido que a revisão exercida pela Corte de Direitos Humanos será precedida da revisão interna efetuada pelo Tribunal Europeu. Já nas ações indiretas, a situação é mais complexa. O demandante vai ter que primeiro levar a questão ao tribunal interno do Estado-membro, o qual pode ou deve, dependendo da circunstância, levar a questão ao TJUE pelo mecanismo de direito processual, o reenvio prejudicial. Contudo, se por qualquer motivo não for feito o reenvio, a Corte de Estrasburgo seria obrigada a pronunciar-se sobre o pedido em questão sem haver a oportunidade do TJUE de fazer a própria revisão, inclusive se a matéria for sobre o direito comunitário e os direitos fundamentais garantidos na Carta. Em contraste, essa situação não deve surgir com frequência, porém, é verdade que pode ocorrer.

O reenvio prejudicial só pode ser iniciado pelos órgãos jurisdicionais nacionais, com exclusão das partes, as quais estão em condição de sugerir-lo, mas sem o poder para requerê-lo. Isso significa que o reenvio não é recurso legal para ser exaurido pelo demandante antes de se submeter à Corte de Estrasburgo. Essa é uma das preocupações levantadas na negociação do acordo de adesão: no momento em que fosse apresentada uma contestação a uma ação da UE na Corte Europeia de Direitos Humanos, o TJUE teria realmente tido a oportunidade de se pronunciar sobre todas as questões envolvendo a validade do direito comunitário que pudessem dar origem a uma violação da CEDH? O problema vem do fato de que a maioria dos casos de litígio da UE é resolvida dentro dos tribunais nacionais em vez de uma ação direta nos tribunais da UE, dando a chance de tal ação ser finalizada dentro das cortes nacionais sem o TJUE ter a chance de se pronunciar sobre o problema (Douglas-Scott, 2011: 663). Ou seja, caso a adesão aconteça, como geralmente os casos são resolvidos dentro das cortes internas, as partes envolvidas poderiam interpor um recurso diretamente à Corte de Estrasburgo, pois todos os remédios internos já estariam esgotados (como consta no artigo 35º da CEDH), havendo uma supressão do Tribunal da UE. Por conseguinte, a partir dessas situações existe um perigo de diminuir a autonomia do Tribunal de Luxemburgo em relação ao direito comunitário.

Há uma grande preocupação dos membros do Tribunal de Justiça da União perante esse assunto (Douglas-Scott, 2011: 664), portanto, nota-se a necessidade de um procedimento específico para garantir que o TJUE possa revisar internamente as decisões sobre o direito comunitário antes da revisão externa da Corte de Estrasburgo. Contudo, ainda não é claro que forma esse procedimento assumirá.

Outra complicação, caso haja a adesão da UE, seria saber quem se responsabilizaria em Estrasburgo pelas violações de direitos humanos no contexto da legislação da UE e a necessidade de haver a introdução de um *"co-respondent mechanism"*, que permitiria a participação conjunta no processo da UE e de seus Estados-membros. Ou seja, pós-adesão a quem deve ser remetido a minha reclamação? Isso seria apropriado para evitar

ações separadas, seja contra a UE ou contra os Estados-membros, quando ambos são legitimamente responsáveis (Douglas-Scott, 2011: 664; O'Meara, 2011: 1820).

Uma grande parte da legislação da UE é implementada pelos Estados-membros e, portanto, a lógica seria o requerente entrar contra o próprio Estado. Contudo, os Estados-membros, às vezes, não têm escolha ou discricionariedade de como as ações provenientes da UE são executadas, nesses casos a raiz do problema é nas medidas da própria UE. O problema maior é quando as normas primárias da legislação da UE – ou seja, aquelas contidas nos tratados originários, os quais não podem ser emendados pelas instituições da UE – têm brechas em relação aos direitos humanos. Caso isso ocorra os Estados-membros teriam que ser submetidos a participar da ação. Portanto, a adesão traz perguntas delicadas de como a responsabilidade da UE e dos Estados-membros deveria ser dividida (Douglas-Scott, 2011: 664).

Com isso, o projeto de adesão em seu relatório final (Conselho da Europa, 2013) no seu artigo 3º previu a possibilidade de a organização supranacional e os Estados-membros serem “*co-respondent*”¹⁴ em processos perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, havendo duas possibilidades de aplicações. A primeira é quando um pedido é dirigido contra um ou mais Estados-membros da UE, de modo que a União poderá se tornar co-demandada se tal alegação de violação é em questão da compatibilidade com os direitos da Convenção ou dos protocolos que a UE aderiu¹⁵. A segunda é quando o pedido é diretamente contra a UE e, por conseguinte, os Estados-membros podem se tornar co-demandados no processo¹⁶. Portanto, dependerá da situação: qual agente cometeu o ato de omissão? A ação é emanada da UE ou dos Estados-membros? (Ramos, 2008: 401-403).

V. O entrelaçamento entre a Corte de Estrasburgo e o Tribunal de Luxemburgo

Nessa perspectiva, ficou demonstrado que existe um entrelaçamento entre ambas as Cortes. A Convenção Europeia de Direitos Humanos é interpretada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A existência de uma zona em comum de atuação (direitos humanos) acarreta riscos de decisões com cunho contraditório. Assim, um Estado-membro pode ter que cumprir estritamente os comandos comunitários, ir de acordo com o TJUE e ser condenado justamente por isso pela Corte Europeia de Direitos Humanos, afetando assim a normatividade comunitária aplicada. Com isso, a condenação da Corte Europeia de Direitos Humanos irá implicar que a própria norma comunitária não deve ser mais seguida por ir contra a Convenção Europeia. Ademais, outra situação é o caso de que havendo o cumprimento integral da decisão da Corte de Estrasburgo pelo Estado-membro irá ferir os princípios da autonomia e da supremacia do direito comunitário. Por outro lado, a mesma situação poderá ocorrer se um Estado cumprir a Convenção Europeia de Direitos Humanos, com a interpretação

14 Tradução livre feita pelo autor: “co-demandado” ou “corrêu”.

15 Final report to the CDDH - Article 3(2) “Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of European Union law, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law.”

16 Final report to the CDDH - Article 3(3) “Where an application is directed against the European Union, the European Union member States may become co-respondents to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union or any other provision having the same legal value pursuant to those instruments, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under those instruments.”

da Corte de Estrasburgo, mas podendo ferir a norma comunitária e ser condenada pelo TJUE (Ramos, 2008: 401-403).

A existência de dois tribunais interpretando um mesmo texto normativo gera natural angústia e insegurança jurídica. Já existiram casos em que ocorreu a divergência entre ambos os tribunais. O primeiro grande conflito de interpretação ocorreu no caso *Grogan* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1991), em que o TJUE preferiu não se opor a proibição – que há dentro de alguns Estados-membros que não permitem a interrupção clínica da gravidez – e a divulgação de informações quanto à identidade e à localização de clínicas de abortos de outro Estado-membro onde se pratica legalmente. Contudo, a Corte Europeia enfrentou a questão e considerou que o artigo 40.3 da Constituição Irlandesa (que reconhece o direito à vida do nascituro e obriga o Estado a defender esse direito) não poderia ser usado como argumento para haver a proibição das empresas britânicas (que permitem o aborto) de divulgar seus serviços. Com isso, no caso *Open door and Dublin Well Woman* (Corte Europeia de Direitos Humanos, 1992)¹⁷, a Corte Europeia decidiu que é ofensivo ao direito de informação, garantido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, essa decisão da Suprema Corte Irlandesa (Ramos, 2008: 408).

Outro caso interessante de analisar é a divergência de interpretação no caso *Konstantinidis*. O Sr. Christos Konstantinidis, nacional grego e residente na Alemanha, se envolveu com as autoridades alemãs, que o obrigaram a mudar de nome. O caso ocorreu, pois, as autoridades decidiram traduzir o nome do Sr. Konstantinidis do grego para o alemão de um modo diferente do qual o próprio traduzia. O TJUE decidiu abster-se de analisar a questão por meio do “direito ao nome”, mas se concentrou no eventual prejuízo financeiro causado ao cidadão comunitário, caso seus clientes pudessem confundi-lo com outra pessoa. Outra vez percebe-se que o TJUE não decidiu com base nos direitos fundamentais e mais em uma perspectiva econômica. Por outro lado, a Corte Europeia de Direitos Humanos já havia reconhecido em outros casos o direito ao nome como subproduto do direito à vida privada, estabelecido no artigo 8º da Convenção. Claramente houve diversas críticas contra o TJUE, pois não cumpriu a sua promessa de ir contra qualquer ato que violaria os direitos humanos ou fundamentais conforme pregado no próprio caso *Nold KG*¹⁸ (Ramos, 2008: 409-410).

1. Caso *Bosphorus*

A relação dos dois tribunais é caracterizada por um exercício mútuo e de grande respeito. Como é evidenciado no caso *Bosphorus* em que a Corte Europeia de Direitos Humanos teve uma grande deferência pelo TJUE, presumindo que a proteção aos direitos humanos dentro da UE é equivalente à requerida pela Convenção. Contudo, é duvidável se essa presunção será mantida após a adesão da UE à CEDH, sendo possível que a doutrina de *Bosphorus* seja abandonada. Dado que a adesão da UE iria alterar a relação das duas cortes, reservando a última palavra para a Corte de Estrasburgo ao contrário

17 A suprema Corte Irlandesa considerou que a própria Constituição vedava junto com o aborto a atividade de aconselhamento às gestantes do modo de proceder ao procedimento em outro Estado-membro. Já a Corte Europeia entendeu de forma diferente, considerando tal vedação desproporcional, não devendo haver a proibição da informação do aborto legal em outros países.

18 *Nold KG* foi o primeiro passo para o Tribunal de Luxemburgo se comprometer com as obrigações dos tratados internacionais, e formar o caminho para ter responsabilidade e respeito perante os direitos humanos derivados desses tratados. Em resumo, o caso *Nold KG* atribuiu na Comunidade o componente de lei internacional em proteção aos direitos humanos, prevendo que as pessoas sujeitas ao direito comunitário reivindiquem direitos e liberdades decorrentes dos tratados internacionais em que os Estados-membros da Comunidade são membros. *Nold KG*, também abriu espaço para emergir uma nova ordem comunitária de direitos humanos e serviu para criar um relacionamento suave entre o Tribunal de Luxemburgo e a Corte de Estrasburgo, expressando assim a vontade de se submeter à tradição dos Estados-membros quanto à proteção aos direitos humanos numa perspectiva internacional (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1974). Ver mais em Korenica (2015: 42 s.).

do modelo atual de cooperação e cortesia. Além disso, é argumentável que Estrasburgo deveria aplicar uma revisão mais rigorosa e concreta contra os atos da UE, em vez da equivalência de *Bosphorus* (Douglas-Scott, 2011: 668).

A adesão proporcionará uma base legal sólida para revisão de atos dos órgãos da UE que possam ter violado os direitos humanos dos seus cidadãos. Essa revisão também cairia dentro das decisões do próprio Tribunal de Luxemburgo. Como a presunção de *Bosphorus* só poderia ser aplicada quando estivessem envolvidos atos da própria Comunidade Europeia, seria muito difícil de ser justificada a permanência dessa presunção pós-adesão, pois privaria a Corte Europeia de Direitos Humanos de muitos processos que surgem na UE. Além disso, conduziria um tratamento desigual dos membros da Convenção, na medida em que a presunção beneficiaria a UE, considerando que a Corte de Estrasburgo não concede tal privilégio a nenhuma corte suprema nacional dos Estados-membros da Convenção. Não seria justificável o TJUE ter tal prerrogativa. Esse argumento é reforçado quando nem mesmo as cortes que provêm uma proteção maior aos direitos humanos, as quais garantem um acesso facilitado a Corte de Estrasburgo, têm tal privilégio (Lock, 2009: 396).

Um argumento utilizado para defender a presunção de equivalência dada por *Bosphorus* reflete o caso específico do ordenamento jurídico da EU: por ser uma entidade *sui generis*, como foi mantido e reconhecido pelo protocolo nº 8 do Tratado de Lisboa, e que essa adesão não deveria mudar isso nem a presunção de *Bosphorus* (Douglas-Scott, 2011: 668). Ademais, é importante ressaltar que antes da possível adesão da UE à Convenção, a própria Corte Europeia de Direitos Humanos já reconheceu uma equivalência de proteção aos direitos humanos da União com a CEDH. Dessa forma, após a adesão deve certamente ser ainda mais equivalente. Consequentemente, seguindo essa lógica, a Corte Europeia de Direitos Humanos teria mais motivos para manter a imunidade concedida em *Bosphorus* (Besselink, 2008: 8).

A possibilidade de revisão da Corte de Estrasburgo das decisões feitas pelo Tribunal de Luxemburgo, por meio da adesão, eliminaria completamente o risco de divergência das duas cortes. Porém, caso a Corte de Estrasburgo continue com a sua posição de deferência com o TJUE adotada no caso *Bosphorus*, a divergência poderá persistir, mas dentro da jurisprudência da Corte de Estrasburgo. Embora essa deferência reduza os conflitos abertos entre as duas ordens jurídicas, pode levar a Corte Europeia de Direitos Humanos a ter medidas mais duras perante os Estados-membros do que em relação aos atos da UE, levando a duas linhas de jurisprudência, além de uma clara hierarquia entre ambas Cortes (Berghe, 2010: 149).

2. Caso *Matthews*

Mesmo ocorrendo essa deferência perante o Tribunal de Justiça Europeu, a Corte de Estrasburgo mostra sinais de intolerância com a situação atual. O motivo é que houve uma maior evolução dos direitos fundamentais no sistema europeu de direitos humanos do que no sistema comunitário de direitos humanos. Por conseguinte, André Ramos (2008: 411-413) diz que essa doutrina de proteção equivalente já foi superada pelo Caso *Matthews* (Corte Europeia de Direitos Humanos, 1999). Esse caso, que envolve o direito originário da União, foi resultado da assinatura de um tratado de 1976 quando ocorriam os preparativos para a primeira eleição direta para o Parlamento. Dessa maneira, os então membros das Comunidades Europeias celebraram esse tratado, afirmando que

os habitantes de Gibraltar (território dependente na visão do Reino Unido, ou para a Espanha uma verdadeira colônia) não votariam. Contudo, ao longo dos anos, o papel do Parlamento Europeu se intensificou e deixava de ser uma instância meramente consultiva com papel simbólico. E muitos desses novos papéis eram aplicáveis a Gibraltar. Com esse contexto, uma moradora de Gibraltar, Denise Matthews, processou o Reino Unido, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando a violação ao direito de voto garantido pela própria Convenção Europeia, pois não foram organizadas em seu país eleições para o Parlamento Europeu.

O Reino Unido se defendeu e argumentou que a Convenção não garantia direito ao voto em eleições de órgãos de uma organização internacional, mas apenas para órgãos legislativos internos. A Corte, depois de ressaltar que a legislação da União Europeia afetava diretamente, em alguns casos, os habitantes de Gibraltar, concluiu que o direito ao voto deve ser estendido a organizações internacionais, não podendo ser restrito aos órgãos legislativos internos. Ou seja, não cabe aos Estados contrariar outros compromissos internacionais que venham violar os direitos fundamentais e a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Além disso, é interessante notar que a restrição ao direito de voto constava originalmente em um tratado internacional no âmbito do processo de integração econômica e a Corte desconsiderou esse fato, consagrando a superioridade normativa dos tratados de direitos humanos (Ramos, 2008: 411-413). Assim, houve a consolidação da doutrina *Matthews*, a qual dá o poder a Corte Europeia de Direitos Humanos de analisar e avaliar os mecanismos de proteção aos direitos humanos dentro das organizações internacionais (União Europeia ou outra qualquer) e se tal mecanismo está de acordo com a Convenção Europeia, obtendo a última palavra.

Por conseguinte, Ramos (2008: 417) ainda fala que não cabe mais o sustento da doutrina equivalente, pois:

O acesso à tutela judicial garantidora dos direitos fundamentais é bem distinto no sistema de Estrasburgo e Luxemburgo. Os particulares perceberam isso e estão acionando a Corte Europeia de Direitos Humanos cada vez mais e questionando os Estados-membros da União Europeia por atos de direito comunitário originário ou derivado.

VI. Os problemas entre o Direito Comunitário e o Direito Internacional em relação aos Direitos Humanos

A partir do exposto, há uma breve discussão que provoca questões interessantes de como será desenvolvido o futuro dos direitos humanos dentro da UE. Existem fatores que desenvolvem com mais rapidez a evolução dos direitos fundamentais na UE, por exemplo: as leis antiterrorismo, as quais obtiveram um crescimento exponencial no século 21; e as ações tomadas em nível da UE, como o mandado de detenção europeu ou medidas relativas à proteção de dados, implicando aos direitos humanos. A UE também, ao assumir competências anteriormente exercidas pelos próprios Estados-membros, ficou sujeita a obrigações de direito internacional, como as resoluções do conselho de Segurança da ONU adotado pelo capítulo VII da Carta da ONU¹⁹ (Douglas-Scott, 2011: 674).

Kadi, um dos casos mais importantes e significativos do Tribunal de Luxemburgo, ilus-

19 Carta da ONU capítulo VII: AÇÃO RELATIVA A AMEAÇAS À PAZ, RUPTURA DA PAZ E ATOS DE AGRESSÃO

tra a relevância disso. Nesse caso, o Sr. Kadi foi umas das diversas pessoas e grupos que foram colocados numa “*blacklist*” como terroristas e tiveram seus bens congelados por uma resolução do Conselho de Segurança da ONU. A UE, enquanto sucessora dos Estados-membros nesta área de política externa, tomou medidas para implementar a resolução. O Sr. Kadi argumentou que nunca esteve envolvido em terrorismo e que foi vítima de um erro da justiça, alegando que a medida da UE violou seus direitos fundamentais de propriedade e de uma audiência justa, pedindo uma reparação judicial. Não foi possível para ele peticionar para “*UN Sanctions Committee*” diretamente, pois não eram aceitas representações diretas para indivíduos, somente ações feitas por Estados-membros. Essa situação era caracterizada como “*black holes*”, pois era extremamente difícil as pessoas acharem um foro para contestar essa “*blacklist*”. Então, o Sr. Kadi entrou com uma ação no Tribunal de Luxemburgo. Ao contrário da EGC (European General Court)²⁰, o Tribunal achou que os seus direitos teriam sido violados²¹, proclamando a autonomia e hegemonia do ordenamento jurídico da UE, alegando que a Comunidade Europeia era respeitosa e deferente aos direitos humanos, sendo parte do ordenamento jurídico comunitário. Também alegou que as obrigações com os tratados internacionais não poderiam prejudicar os princípios constitucionais do Tratado da UE. Com isso, foi possível revisar a medida com base nos padrões de direito da UE, descobrindo que houve sim violações aos direitos do Sr. Kadi, como a falta de um processo justo e com a falha na comunicação do motivo da vítima estar sendo submetido à lista. A falta em observar os padrões do devido processo legal também resultou na violação do seu direito de propriedade (Douglas-Scott, 2011: 675).

Isso pode ter parecido uma vitória para os direitos humanos dentro da UE, contudo, ainda havia a preocupação da autonomia do direito comunitário, como foi mencionado anteriormente. O tribunal baseou-se fortemente nos princípios constitucionais da UE no seu julgamento. Na verdade, o Tribunal alega que todos os atos da UE devem respeitar os direitos humanos junto com os princípios constitucionais do Tratado. Isso demonstra uma forte ênfase constitucional por parte do TJUE, no mesmo nível dos casos pioneiros e de grande referência – *Van Gend en Loos*²² e *Costa v Enel* –, nos quais estabelecem o conjunto de princípios básicos do direito comunitário. Contudo, o julgamento mostrou-se pouco respeitoso com o direito internacional e as resoluções da ONU, rejeitando qualquer subordinação da UE perante a mesma.

Nesta lógica, isso pode acarretar problemas para a UE perante o direito internacional. Katja Ziegler (2009: 9) sugere que a abordagem do Tribunal no caso *Kadi* poderá levar a uma fragmentação do direito internacional e até uma isolação do TJUE de quaisquer normas internacionais de direitos humanos.

É de se notar a participação do Tribunal de Luxemburgo na criação dessa proteção aos direi-

20 EGC é uma corte que constitui o Tribunal de Justiça da União Europeia. Ela é responsável pelas ações contra as instituições da União Europeia impetradas por indivíduos ou por Estados-membros. As Decisões da EGC podem ser apelada para o TJUE. Antes do Tratado de Lisboa, era conhecida como “*Court of first instance*”.

21 Na primeira instância, EGC declarou a primazia da ONU e do direito internacional e impediu a revisão com base nas normas da UE. De acordo com EGC, tudo que a UE estava fazendo era implementar uma medida da ONU. Não obtendo nenhum poder discricionário autônomo nem de uma margem de apreciação (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2005).

22 Caso em que o teve o ponto de partida para a criação do princípio comunitário de aplicabilidade imediata, em que estabelecendo direitos a particulares por meio do direito da União irá ter a aplicação da norma de forma imediata. Nesta lógica, a norma deve-se ser aplicada no ordenamento interno sem necessidade de mediação ou de um instrumento que introduza a norma coercitivamente no âmbito nacional, por conseguinte, produzindo a plenitude de seus efeitos em todos os Estados-Membros e aos seus particulares automaticamente (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1963).

tos humanos dentro da UE. Contudo, esse papel é ambivalente. A acusação de que o Tribunal está mais preocupado com a autonomia do seu direito e com a integração do que com a proteção aos direitos fundamentais é uma crítica antiga, que remota desde as suas primeiras decisões jurisprudenciais sobre os direitos humanos. Juntamente com esta acusação, vem à alegação de que a proteção aos direitos fundamentais da UE também reflete fortemente a forma específica dela e a sua ênfase no mercado interno. A enorme vontade do Tribunal Europeu de equiparar a proteção aos direitos humanos com as liberdades fundamentais do mercado no tratado da UE gerou fogo e descontentamento; além da reconvenção de que não são nada equivalentes. Essas questões problemáticas trazidas pelos conflitos entre liberdades fundamentais e direitos sociais provavelmente serão desenvolvidas tanto no Tribunal de Luxemburgo quanto na Corte de Estrasburgo (Douglas-Scott, 2011: 676-677).

VII. Conclusão

Em conclusão, entende-se que defender a proteção aos direitos humanos dentro de uma organização supranacional, que consta com a participação de diversos países e engloba diferentes direitos e hábitos culturais, é extremamente complexo. Desse modo, desenvolver um ordenamento jurídico supranacional eficiente é complicado para a organização competente.

Neste artigo, evidenciou-se a participação fundamental do Tribunal de Luxemburgo pelo aperfeiçoamento do amparo aos direitos humanos dentro da União. Consequentemente, os Estados-membros, junto com os seus princípios constitucionais, fizeram a pressão necessária para haver a vinculação da proteção aos direitos humanos dentro do ordenamento. O trabalho em conjunto e a vontade de estabelecer um padrão de normas de proteção aos direitos fundamentais dentro da União, com os ordenamentos jurídicos nacionais, foi muito importante.

Além disso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos junto com a Corte de Estrasburgo teve um papel fundamental de influência no Tribunal de Luxemburgo para a vinculação da proteção aos direitos fundamentais dentro do direito comunitário. É de se impressionar que ambas as Cortes tiveram uma deferência entre elas, tentando unificar a jurisprudência em somente um “*standard*”, apesar de não ocorrer em todos os casos. Nessa perspectiva, é interessante observar a relação de ambas as Cortes, pois nota-se que não existia um ar de superioridade de nenhuma das duas, ambas viviam em coexistência, e ocorrendo sempre um respeito pela Convenção Europeia e pela Corte de Estrasburgo por parte da União, que demonstrava o seu interesse por haver uma maior proteção aos direitos humanos na Europa. Assim sendo, não somente dentro do Tribunal de Luxemburgo, a influência da Convenção ultrapassou limites da jurisprudência, entrando na própria Carta de Direitos Fundamentais da União.

Mesmo assim, é errado dizer que a UE e o TJUE são complementemente desenvolvidos em assuntos referentes à proteção aos direitos humanos. A organização da União não foi criada com o intuito de proteger esses direitos. Somente houve o reconhecimento da proteção por meio de casos individuais jurisprudenciais, com o objetivo de proteger a autonomia do direito comunitário contra os tribunais constitucionais nacionais. Os direitos fundamentais não estavam nos tratados originários da Comunidade Europeia, como estavam, por exemplo, nas Leis Básicas da Alemanha. Casos em destaque como *Kadi*, até então preocupados com a primazia dos direitos fundamentais, também revelaram um desejo contínuo da União de sempre manter a sua autonomia e primazia do direito comunitário, nesse caso em questão também perante o direito internacional.

A UE não pode ser construída como uma organização de direitos humanos apenas utilizando o necessário da proteção desses direitos para garantir a sua preocupação primária: a integração econômica. A UE deve assegurar o cumprimento rigoroso da proteção aos direitos humanos. Talvez a criação de um órgão acima do próprio Tribunal de Luxemburgo para se tratar somente de direitos humanos que se entrelaçam ao direito comunitário da UE ou manter uma comunicação aberta para diálogos entre diferentes tipos de ordens jurídicas (nesse caso ordens internacionais, supranacionais e internas) em que ocorresse o intercâmbio de decisões como forma de aprendizado recíproco; isso, portanto, manteria a autonomia do direito comunitário e do TJUE. Outrossim, o ponto principal é que deixar de ser uma organização de mercado interno para uma organização de direitos humanos não pode ser atingido somente com algumas novas disposições feitas por tratados declarando os valores da UE ou de casos individuais, como *Kadi*. É algo muito mais complexo que isso.

Algo muito interessante posto por Douglas-Scott (2011: 679) é que os direitos humanos não podem ser desenvolvidos na sua forma mais substantiva, abrangente e ambiciosa por meios instrumentais e conduzidos por Tribunais, onde os direitos humanos são perseguidos por aqueles que têm mais recursos para litigá-los. Mesmo a UE sendo uma entidade pioneira no quesito de sua supranacionalidade, e até mesmo na proteção aos direitos humanos, existe muito trabalho a ser feito para ser vista completamente como uma organização de direitos humanos.

Mesmo os Estados-membros mesmo deixando de lado sua soberania perante o direito comunitário, a proteção aos direitos humanos é vista de uma maneira diferente por eles. A exemplo do Tribunal Superior da Alemanha, que somente aceita a supremacia do direito comunitário quando houver o devido respeito aos direitos fundamentais e estiver de acordo com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Isso indica que os Estados-membros ainda ficarão observando como serão garantidos tais direitos na UE, ou seja, a complexa estrutura de proteção aos direitos humanos irá continuar. Esse é um dos motivos para que talvez seja necessária a adesão da UE na Convenção, em que o próprio Tribunal de Luxemburgo possa adequar a sua jurisprudência sobre direitos humanos com a Corte de Estrasburgo ou pelo menos manter um padrão mínimo; a fim de se legitimar sua própria posição institucional, garantindo as suas credenciais de direitos fundamentais e evitando novas contestações dos tribunais nacionais. Contudo, após o Tratado de Lisboa, apesar de ter tido uma grande evolução dos direitos humanos dentro da UE, ocorreu um aumento de complexidade significativo, como vimos ao decorrer desse trabalho. E questões como essa irão ser debatidas por muito tempo.

Por fim, essas declarações de haver uma forte proteção aos direitos humanos dentro da UE foram um meio para o Tribunal de Luxemburgo manter a autonomia e a primazia do direito comunitário dentro da UE durante tantos anos. No entanto, a UE deve utilizar essas declarações para manter essa proteção aos direitos humanos de uma forma robusta. Agora com a vinculação da Carta de Direitos Fundamentais, após o Tratado de Lisboa, foi garantido assim outros recursos e maneiras de haver a devida proteção aos direitos humanos dentro da UE. Por conseguinte, a UE e principalmente o TJUE devem manter uma visão mais profunda na proteção desses direitos, e não somente com uma mentalidade de mercado.

Bibliografia

- Anrull, Anthony. (2017). *European Union Law: A very short introduction*. First edition. Oxford: Oxford University press.
- Berghe, Frederic Van Den. (2010). The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems? *European Law Journal*, Oxford, Vol. 16, No. 2, pp. 112-157, Mar. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-0386.2009.00501.x>.
- Besselink, Leonard F.M. (2008). The European Union and the European Convention on Human Rights after the Lisbon Treaty: From Bosphorus sovereign immunity to full scrutiny? *Amsterdam Centre for European Law and Governance*, Amsterdam, pp. 1-11, Jan. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1132788.
- Campos, João Mota de. (2008). *Manual de Direito Comunitário*. 2ª ed, 3ª reimpr. Curitiba, PR: Juruá Editora.
- Conselho da Europa. (1950). Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf
- Conselho da Europa. (2013). FIFTH NEGOTIATION MEETING BETWEEN THE CDDH AD HOC NEGOTIATION GROUP AND THE EUROPEAN COMMISSION ON THE ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. Final report to the CDDH de 3 de abril de 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_ENG.pdf
- Corte Europeia de Direitos Humanos. (1992). *Open door and Dublin Well Woman v. IRELAND*. Processo No. 14234/88; 14235/88. Relator/Presidente: Rolv Einar Rasmussen Ryssdal. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-57789%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-57789%22]})
- Corte Europeia de Direitos Humanos. (1999). *Case of Matthews v. The United Kingdom*. Processo No. 24833/94. Relator/presidente: Luzius Wildhaber. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58910%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58910%22]})
- Douglas-Scott, Sionaidh. (2011). The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon. *Human rights law review*, Oxford, vol. 11, No. 4, pp. 645-682, dez. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27635.pdf>.
- Freitas, Ivan Vianna de. (2015). A evolução dos direitos fundamentais na União Europeia: do silêncio inicial dos tratados à adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos. *Revista do programa de direito da União Europeia*, Niterói, n. 4, p. 91, fev. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68146>.
- Jales, Lylia Cibely Porto. (2016). *A proteção dos direitos humanos nos blocos econômicos: uma análise da União Europeia e do Mercosul*. Dissertação (mestrado em Ciências-jurídicas políticas) – Faculdade de direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 156. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/43356>.
- Korenica, Fisnik. (2015). *The EU Accession to the ECHR: Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection* (e-book). [S.l.]. Editora Springer.
- Lenaerts, Koen; Smijter, Eddy de. (2001). The Charter and the Role of the European Courts. *Maastricht Journal of European and comparative law*, Maastricht, Vol 8, No. 1, pp. 90-101, Mar. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1023263X0100800107>.
- Lock, Tobias. (2009) The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, [S.l.], Vol. 8, pp. 375–398, Set. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1527358.
- Murray, John L. (2011). The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law. *Fordham International Law Journal*, [S.l.], Vol. 33, pp. 1385-1422. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/144229693.pdf>.
- Organizações das Nações Unidas. (1945). Carta da ONU. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

- O'Meara, Noreen. (2011). "A more secure Europe of rights?" The European Court of Human Rights, the Court of Justice of European Union and EU accession to the ECHR. *German Law Journal*, [S.l.], Vol. 12, No. 10, pp. 1813-1832. Disponível em: http://www.era-comm.eu/charter_of_fundamental_rights/kiosk/pdf/meara.pdf.
- Parlamento Europeu. (2010). Resolução do parlamento europeu, de 19 de maio de 2010, sobre os aspectos institucionais da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (2009/2241(INI)). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:161E:0072:0078:PT:PDF>
- Presidentes Costa e Skouris. (2011). Joint Communication from presidents Costa and Skouris. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf
- Ramos, André de Carvalho. (2008). *Direitos humanos na integração econômica – Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar.
- Ramos, André de Carvalho. (2019). *Processo internacional de direitos humanos*. 6ª edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva Educação. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612567/>.
- Saldanha, Jânia Maria Lopes. (2001). *Cooperação jurisdicional – Reenvio prejudicial: Um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectiva para sua adoção no Mercosul*. Porto Alegre, RS: Editora Livraria do Advogado.
- Senden, Hanneke Ceciel Katrijn. (2011). *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*. [tese doutoral]. Leiden University Países Baixos, 455f. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/18033>.
- Tribunal de Justiça da União Europeia. (1963). NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration. Reference for a preliminary ruling: Tariefcommissie - Netherlands. Processo No 26/62. Relator/presidente: Andreas Matthias Donner. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026>
- Tribunal de Justiça da União Europeia. (1964). Flaminio Costa contra E.N.E.L. Acórdão do Tribunal de 15 de julho de 1964. Pedido de decisão prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Itália. Processo 6-64. Relator/presidente: Andreas Matthias Donner. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=PT>
- Tribunal de Justiça da União Europeia. (1974). J. Nold Kohlen- und Baustoffgroßhandlung vs. Comissão das Comunidades Europeias. Acórdão do Tribunal de justiça 14 de maio de 1974. Processo No 4/73. Relator/presidente: Robert Lecourt. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973CJ0004:pt:PDF>
- Tribunal de Justiça da União Europeia. (1989). Hoechst AG v. Commission. Acórdão do TJUE de 21 de setembro de 1989. Presidentes de secção: Srs. Ole Due, T. Koopmans, R. Joliet, T. F. O' Higgins e F. Grévisse. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61987CJ0046&from=EN>
- Tribunal de Justiça da União Europeia (1991). Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd vs Stephen Grogan e o. Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 1991. Processo C-159/90. Relator/presidente: Ole Due. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd558859e31f0843d7a5f8d9751d48722b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPb3n0?text=&docid=97366&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=134792>

- Tribunal de Justiça da União Europeia. (1996a). *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy and Communications*. Processo C-84/95. Relator: Paul Joan George Kapteyn. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61995CJ0084&from=EN>
- Tribunal de Justiça da União Europeia. (1996b). Parecer 2/94. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3645916a-61ba-4ad5-84e1-57767433f326.0009.02/DOC_2&format=PDF
- Tribunal de Justiça da União Europeia (2002). *Roquette Frères SA contra Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, e Comissão das Comunidades Europeias. Acórdão do TJUE de 22 de outubro de 2002. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62000CJ0094&from=EN>
- Tribunal de Justiça da União Europeia (2003). *Secretary of State for the Home Dep't v. Akrich*. Acórdão do TJUE de 23 de setembro de 2003. Processo C-109/01. Relatora: N. Colneric. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0109&from=EN>
- Tribunal de Justiça da União Europeia. (2005). *Tribunal de primeira instância da União Europeia. Case T-315/01 Kadi v Council & Commission*. Processo T-315/01. Relator/presidente: N. J. Forwood. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-315/01&language=en>
- Tribunal de Justiça da União Europeia. (2008). *Kadi & Al Barakaat International Foundation v Council & Commission*. Processos apensos C-402/05 P e C-415/05 P. Relator: Christiaan Willem Anton Timmermans. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0402&from=EN>
- União Europeia. (1992). *Tratado da União Europeia*. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf
- União Europeia. (2000). *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf
- União Europeia. (2016). *Tratado da União Europeia (Versão Consolidado)*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF
- União Europeia. (2016). *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (versão consolidada)*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF
- Ziegler, Katja S. (2009). *Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights*. *Human Rights Law Review*, Oxford, Vol. 9, No. 2, Abr. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1358376.

3. Comentarios Jurisprudenciales

¿Qué ocurre cuando el TEDH confunde accesibilidad y ajustes razonables?

What happens when the ECtHR confuses accessibility with reasonable accommodation?

Francisco Úbeda Díaz¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)12](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)12)

Comentario a

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª),
Caso Arnar Helgi Lárusson contra Islandia, n. 23077/19, de 31 de mayo de 2022

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El caso Lárusson contra Islandia aborda cómo la falta de accesibilidad de dos centros sociales y culturales puede constituir una conculcación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio; no obstante, esta no fue la decisión tomada por el TEDH puesto que consideró que el municipio estaba avanzando hacia los objetivos de plena accesibilidad y, en consecuencia, exigirle su inmediata adaptación supondría una carga desproporcionada o indebida. El presente comentario desarrollará los conceptos de accesibilidad, ajustes razonables y vida privada además de analizar la opinión disidente del juez Zünd.

ABSTRACT

The case of Lárusson versus Iceland shows how the lack of accessibility of two social and cultural centres can constitute a violation of article 14 taken in conjunction with article 8 of the Convention; nevertheless, this was not the conclusion reached by the ECtHR since it considered that the municipality was making considerable efforts so as to improve accessibility and, thus, requiring the immediate adaptation would be an undue and disproportionate burden. This commentary studies the concepts of accessibility, reasonable accommodation and private life as well as the dissenting opinion of judge Zünd.

PALABRAS CLAVE: Discriminación; vida privada; accesibilidad; ajustes razonables; discapacidad.

KEY WORDS: Discrimination; private life; accessibility; reasonable accommodation; disability.

¹ Estudiante avanzado del Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas en la Universidad Carlos III de Madrid.
E-mail: udiaz2003@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2789-4664>

I. Introducción:

A unos pocos kilómetros al sur del Círculo Polar Ártico, la pequeña localidad de Reykjanesbær vive una apacible existencia; no obstante, incluso este paraíso nórdico también cuenta con problemas. En este caso, la falta de accesibilidad de dos edificios municipales fue llevada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por un vecino, el señor Lárusson, puesto que, bajo su punto de vista, este hecho constituía una violación del artículo 14 (que hace referencia a la no discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) en relación con el artículo 8, que establece el derecho al respeto de la vida privada. En concreto, el Tribunal analizó la posibilidad de que la falta de actuación estatal constituyese un ataque a dichos principios y, por ello, se centró en determinar si las autoridades habían llevado a cabo todas las medidas adecuadas para cumplir con sus obligaciones en materia de accesibilidad y de ajustes razonables.

A través del análisis de la presente sentencia, pretendo profundizar en conceptos ampliamente desarrollados en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como la discriminación, la accesibilidad, los ajustes razonables o la vida privada. Asimismo, la opinión disidente del juez Zünd expone algunas debilidades en el razonamiento de la mayoría que son dignas de un estudio detallado.

II. Los hechos

Arnar Helgi Lárusson es un vecino de la localidad de Reykjanesbær que desde el año 2002 utiliza una silla de ruedas. En el año 2015, emprendió junto con una asociación de personas con lesiones de columna acciones legales contra el municipio y una empresa municipal para que estos mejorasen la accesibilidad de dos edificios. El primero, *Duus-hús*, representa a día de hoy el principal espacio dedicado al arte y a la cultura con el que cuentan en la pequeña localidad. Además, es realmente importante para el caso que nos ocupa el hecho de que fuese sometido a una renovación integral entre los años 2006 y 2014. El segundo, *88 Húsið*, es el resultado de la conversión de una antigua edificación industrial de dos plantas. Desde el año 2004, alberga un centro juvenil gestionado por la propia autoridad local. La inaccesibilidad de estos lugares fue recogida en un informe pericial realizado en el juicio en primera instancia y la pretensión del demandante consistía solamente en la instalación de las rampas y los ascensores pertinentes para permitir el acceso a estos centros. Además, también demandó la cantidad de un millón de coronas islandesas (7.300 euros aproximadamente) por los perjuicios que ha sufrido a causa de esta falta de accesibilidad.

En primera instancia, se falló a favor de los demandados dado que los edificios no violaban la regulación vigente al ser anteriores a esta. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo islandés, que consideró que el municipio había cumplido con la obligación de establecer una estrategia para lograr la accesibilidad universal de forma gradual. Asimismo, recordó que los entes locales tienen autonomía en el ámbito material que les es reconocido, dentro del cual se incluye la adaptación de las instalaciones para los discapacitados.

III. El razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) comenzó estableciendo el marco legal relevante para la resolución del presente caso. No es el objeto de este comentario el estudio pormenorizado de la legislación aplicable; sin embargo, es necesario mencionarla brevemente para poder apreciar mejor el resto de la sentencia.

En el ámbito doméstico, es especialmente relevante la ley no. 59/1992 (la ley de las discapacidades), que obliga a los municipios a establecer planes para mejorar la accesibilidad, y su disposición transitoria XIII por la que se aprobó un plan de acción para los años 2012 a 2014 y que obligaba a realizar auditorías para determinar las barreras a las que se enfrentaban las personas con discapacidad.

En cuanto a la normativa internacional, el Consejo de Europa ha recomendado en múltiples ocasiones a los Estados que apuesten por una mejora en esta dirección que permita ampliar el acceso a la cultura. También en este sentido apuntan la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD).

Posteriormente, el Tribunal pasó a terminar de rematar la base de su argumentación al aceptar, como ocurrió ya en primera instancia, que los edificios implicados adolecían de una falta de accesibilidad. Además, abordó la admisibilidad o no de la demanda desde un punto de vista formal puesto que en los documentos relativos al Tribunal Supremo islandés, no se hacía referencia explícita al Convenio; no obstante, es suficiente con invocar los principios contenidos en él, sin necesidad de que se mencionen los artículos.

1. La prohibición de la discriminación y su relación con la vida privada.

Pasando al aspecto sustancial del caso Lárusson contra Islandia, el TEDH comenzó desarrollando los conceptos de la no discriminación así como el de la vida privada.

Si consultamos el texto literal del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, nos daremos cuenta en seguida de que se trata de un derecho de carácter relacional; es decir, ha de ser observado junto con «el goce de los derechos y libertades recogidos en el presente Convenio»; no obstante, el tenor literal no es suficiente. No se trata únicamente de un trato diferenciado no amparado por una justificación objetiva y razonable, sino que también se incluye aquí la ausencia de conductas activas por parte de las autoridades cuando las situaciones de los sujetos implicados sean sustancialmente distintas a las del resto.

Una vez aceptado esto, es necesario establecer la frontera a alcanzar para que se pueda comenzar a hablar de una vulneración del artículo 14. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha establecido como requisito necesario que se produzca un impacto particularmente perjudicial.² Además, recordó que esta situación concreta ha de ser juzgada de acuerdo con el Derecho internacional, en particular de acuerdo con la CDPD. A mayor abundamiento, la Observación general nº. 2 del Comité de la CDPD ya señaló que los problemas de accesibilidad deben ser interpretados en clave de discriminación; así lo hizo el TEDH.

Como ya hemos señalado antes, la prohibición de la discriminación adquiere un verdadero significado al ser observada junto con, en el presente caso, la vida privada. Ya el propio Tribunal señaló que se trata de un concepto jurídico indeterminado que no puede quedar enfrascado ni tan siquiera en la más exhaustiva de las definiciones. Por una parte, cubre la integridad física y psicológica del individuo así como el derecho a establecer y desarrollar relaciones interpersonales. Por otro, ampara el derecho

2 Para más información al respecto, véase: el caso Mólka contra Polonia, n. 56550/00 o el caso Toplak y Mrak contra Eslovenia, n. 34591/19 y n. 42545/19.

al «desarrollo personal» y a la autodeterminación. Además, también se puede ver conculcado en casos excepcionales en los que la inaccesibilidad afecta a edificios públicos o abiertos al público que afectan a su vida de tal forma que se interfiere con su derecho a relacionarse con los demás y a desarrollarse como persona.

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hace referencia a este derecho a que se respete la vida privada. Es curioso que esta sea la única mención a la palabra «respeto» que aparece en dicha declaración y, a consecuencia de esta particularidad, algunos creyeron en un primer momento que esto supondría una atenuación de su protección; nada podría estar más lejos de la realidad. Desde un primer momento el TEDH lo ha interpretado como un mandato a los poderes públicos para que actúen de manera que se garanticen de *facto* los derechos reconocidos en dicho precepto³ (Redondo Saceda, 2020: 8 y 9). Esta afirmación, que hoy muchos consideramos evidente, fue en su momento una auténtica ruptura con la concepción liberal clásica imperante, que creía que los derechos civiles y políticos tenían una naturaleza distinta a los de carácter social. El Tribunal de Estrasburgo fue el primero en reconocer que las obligaciones del Estado en estas materias no se limitaban a mandatos de carácter negativo, sino que también implicaban conductas activas necesarias para materializar los principios ya consagrados en el papel (Carmona Cuenca, 2017: 1.217).⁴

Hecha esta digresión, volvamos a nuestro caso. El TEDH nombró algunas condiciones para que efectivamente se dé una situación en la que el Estado tenga la obligación de actuar. Para ello, se apoya en infructuosos ejemplos anteriores.

Primero, se cita el caso Zehnalová y Zehnal contra la República Checa. En la demanda, se llegaron a mencionar la impresionante cifra de 174 edificios que carecían de las medidas pertinentes para permitir el acceso a los discapacitados. Pese a esta extenuante labor recopilatoria, se rechazó la pretensión de los afectados pues no se demostró el nexo causal entre dicho problema y un impacto negativo en la vida privada. En resumen, más no es siempre mejor y, por esta razón, los implicados habrían salido mejor parados si se hubiesen limitado a unos pocos establecimientos que tuviesen un verdadero impacto en el desarrollo vital de los demandantes.

En segundo lugar, se habla también del caso Botta contra Italia. Aquí, una vez más se fracasó a la hora de demostrar el necesario nexo de causalidad entre la acción estatal y la conculcación del artículo 8 del Convenio o, mejor dicho, no se demostró un perjuicio jurídicamente relevante; por ende, el TEDH determinó que en «materias concernientes a relaciones interpersonales de semejante extensa e indeterminada dimensión» no era concebible la apreciación de semejante nexo.

En tercer lugar, el caso Glaisen contra Suiza revela un tercer requisito: el que no haya alternativas viables. El Sr. Glaisen no podía acceder a un cine concreto de Ginebra y, ante los hechos, el Tribunal de Estrasburgo llegó a la conclusión de que, al haber otros cines disponibles, su vida privada no se veía afectada por dicha falta de accesibilidad.⁵

3 Véase el caso Draon contra Francia, §106, para profundizar en esta cuestión. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-70447>

4 Véase al respecto la sentencia del 23 de julio de 1968 sobre el caso relativo a las lenguas empleadas en la enseñanza belga. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-57525>.

5 No cabe en este caso limitarse a afirmar que el sujeto podía ver las mismas películas desde la comodidad de su salón dado que el propio

Una vez establecidas las condiciones (la necesaria existencia de un nexo causal, la concreción y la falta de alternativas), se procede a señalar por qué el caso que nos ocupa no ha adolecido de ninguno de los vicios de sus predecesores. El Sr. Lárusson, a diferencia de sus homólogos checos, ha señalado únicamente dos edificios concretos: *Duushús* y *88 Húsið*. Asimismo, el demandante demostró el nexo causal necesario al explicar la importancia de estos dos lugares en el desarrollo de la vida local y cómo se había visto privado de la posibilidad de acceder a importantes eventos en su municipio y de poder acompañar como el resto de padres a sus hijos. Se trata, por consiguiente, de un ataque concreto a su derecho a la vida privada *iato sensu*. Por último, hay que tener en cuenta que estos edificios son los únicos de dichas características con los que cuenta Reykjanesbær.

2. Accesibilidad y ajustes razonables

Otro punto interesante para comprender mejor el caso Lárusson contra Islandia es la diferencia entre los conceptos de accesibilidad y ajustes razonables.

Este último es definido en los términos recogidos en el artículo 2 de la CDPD como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». Mientras, la accesibilidad podría ser definida como «aquella condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible» (Arjona Jiménez, 2015: 30).

Pese a que son dos cuestiones íntimamente relacionadas, no son lo mismo. Para empezar, la accesibilidad universal es un proceso complejo (que requiere de amplios conocimientos así como de los medios técnicos necesarios para su consecución), oneroso y de largo plazo. Por ello, los ajustes razonables surgen para permitir que la persona discapacitada supere las barreras que le impiden realizar una actividad concreta con normalidad (Carrasquero Cepeda, 2018: 39). En resumen, podría decirse que estos son «una vía subsidiaria de la accesibilidad universal» (Morcillo Moreno, 2019: 15). En otras palabras, mientras que la obligación de la accesibilidad es una obligación *ex ante*, los ajustes razonables son una *ex nunc*. Esto se traduce en que los Estados deben trabajar en materia de accesibilidad antes de que se reciba una petición concreta a diferencia de lo que ocurre en el caso de los ajustes razonables, exigibles desde que la persona con discapacidad lo requiere para así asegurar la no discriminación o la igualdad. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [Comité de la CDPD], 2014: §§ 22 y 23).

Volviendo al caso que nos ocupa, el TEDH no ha clarificado la difusa frontera entre las obligaciones derivadas de la accesibilidad, que es una obligación dirigida a un grupo, que se ha de anticipar a las peticiones individuales y que tiene un carácter gradual, y las derivadas de los ajustes razonables, que son medidas individualizadas

Tribunal afirmó que el hecho de ir al cine no sólo implica el disfrute de la última superproducción en cartelera, sino que también existe un rico intercambio social del que no se debe dejar privado a aquellos que se encuentran en una situación de discapacidad. Para mayor información, consulte: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213684>.

cuya insatisfacción constituye inmediatamente una violación del artículo 14 salvo que supongan una carga desproporcionada o indebida.

Esta confusión se ve reflejada en el párrafo 60 de la sentencia, en el cual el Tribunal fijó los criterios que utilizó a la hora de juzgar la actuación estatal. Por una parte, reconoció que la demanda del Sr. Lárusson no se refería a una situación concreta, sino más bien a una inaccesibilidad que impedía a aquellos individuos con discapacidad participar en la vida cultural (artículo 30 CDPD) del municipio. Por otra, decidió que lo que tendría en cuenta sería el hecho de que se diese una carga desproporcionada o indebida al Estado. El problema aquí es que esa limitación es recogida únicamente en el artículo 2 de la CDPD y reconocida, por ende, tan solo en situaciones en las que entren en juego los ajustes razonables (Broderick, 2022). Esto es manifiestamente contrario a lo establecido por el Comité de la CDPD que ya expresó que no era posible eximirse de la obligación de adaptar gradualmente los edificios públicos aduciendo la excesiva onerosidad de la carga (Comité de la CDPD, 2014: §25).

Asimismo, el TEDH trajo a colación las Observaciones generales N°2 y N°6 para recordar que la accesibilidad es una *conditio sine qua non* para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participen en pie de igualdad en la sociedad. También estableció el Comité que las obligaciones en este campo hunden sus raíces en el principio de no discriminación (Comité de la CDPD, 2014: §§ 1 y 13). Por otro lado, en abril de 2018, se insistió otra vez en la importancia de la accesibilidad como requisito para lograr la igualdad de facto y volvió a insistir en la distinta naturaleza de los ajustes razonables con respecto a la accesibilidad (Comité de la CDPD, 2018: §§ 40-42). Pese a ser el propio Tribunal el que nos recuerda este punto, ya en el próximo párrafo (§28) se citan varios casos relacionados con los ajustes razonables para construir su razonamiento.

3. La decisión del Tribunal.

Antes de pasar a determinar el sentido de su fallo, el TEDH establece qué se está juzgando. En los párrafos 60 y 61 se determina que la cuestión fundamental objeto de la controversia es si el Estado está llevando a cabo las acciones necesarias para asegurar la igualdad efectiva del demandante en el ejercicio de su derecho a la vida privada. Sin perjuicio de lo anterior, se ha de tener también en cuenta que esta obligación encuentra su límite en las cargas indebidas o desproporcionadas, que no pueden ser exigibles.

Será justamente este último detalle el que lleve a la desestimación de la demanda. El Tribunal de Estrasburgo se basó en los esfuerzos que el pequeño municipio estaba llevando a cabo en materia de accesibilidad desde que en el año 2011 el parlamento islandés aprobase una ley al respecto. Además, recuerda que, dada la escasez de los recursos públicos, las estrategias que establezcan prioridades razonables son legítimas. Por tanto, se reconoce un amplio margen de apreciación estatal para, como en este caso, priorizar el empleo del presupuesto en la reforma de edificios educativos u otros siempre y cuando no se incurra en arbitrariedades.

En definitiva, el Tribunal reconoció que el darle la razón a Arnar Helgi Lárusson supondría la imposición de una carga desproporcionada e indebida sobre el presupuesto municipal, máxime teniendo en cuenta que, al tratarse de edificios de interés cultural,

las reformas pertinentes habrían de realizarse con sumo cuidado, lo que aumentaría significativamente el coste de estos ajustes, a los que ya no se les podría calificar como razonables.

IV. La opinión disidente del juez Zünd.

La posición del juez Zünd recuerda un poco a aquella historia titulada *Hay jueces en Berlín* en la que un humilde molinero que se enfrentaba a una expropiación real por causar gran ruido cerca de palacio fue protegido por el poder judicial de la capital del reino. Hoy, hay un juez en Estrasburgo que ha tocado varios puntos especialmente interesantes y que someten a un escrutinio más exigente la actuación del Estado frente al individuo.

En el cuarto párrafo de su opinión disidente, recordó que el hecho de que se le conceda un amplio margen de actuación al Estado no implica que no esté sometido en absoluto al control judicial. Por esta razón, criticó a sus compañeros por ser demasiado permisivos a la hora de comprobar si se estaba realizando todo lo necesario para lograr las adaptaciones pertinentes. En este sentido, señala que la mayoría del Tribunal presupone que las adaptaciones necesarias han sido planeadas y que los costes asociados han sido debidamente estimados. Tampoco se le ha exigido al Gobierno que explique las razones que impiden que semejantes adaptaciones no se hayan completado ya. A mayor abundamiento, también pasa por alto el hecho de que no se les haya proporcionado en ningún momento un límite temporal que permita conocer el horizonte que plantea Reykjanesbær. Debido a ello, el juez declaró que a falta de tales elementos es «imposible afirmar si el margen de apreciación, incluso uno amplio, ha sido violado o no» (§4).

Tal vez sea este el punto que resulta más innovador, ¿a quién corresponde la carga de dicha prueba? Si, como ocurre en este caso, el demandante ya ha demostrado que la falta de accesibilidad a determinados edificios se ha concretado en un perjuicio en el ejercicio de su derecho a la vida privada cumpliendo con todas las previsiones de la jurisprudencia europea, ¿por qué ha de cargar también el individuo con la prueba de que el Estado ha dejado de actuar aun pudiendo hacerlo, con todas las dificultades que esto implica? Y, si finalmente nos decantamos por creer que ha de ser el Estado, ¿por qué no se le aplica la misma exigencia (o incluso mayor al disponer de más recursos) que al ciudadano particular? De haberse aplicado la misma vara de medir para el Estado islandés y los individuos que intentaron sin éxito que se les reconociese la conculcación de sus derechos, ¿cuál habría sido el resultado final?

Desde este punto de vista renovado, el juez Zünd comenzó a exponer las razones que le llevaban a opinar que el Estado no había hecho todo lo posible. En primer lugar, uno de los dos edificios implicados fue renovado entre los años 2006 y 2014 en profundidad sin que se explicase en ningún momento del procedimiento por qué el acceso no se había mejorado. En segundo lugar, desde que las pertinentes acciones civiles fueron iniciadas en el año 2015, todavía a fecha de la sentencia (31 de mayo de 2022) no se había mejorado la accesibilidad y, para terminar, también cuestionó la legitimidad de darle más importancia a centros deportivos y educativos en comparación con los centros artísticos y culturales de la localidad.

Por todas las razones expuestas, el juez suizo Andreas Zünd se opuso a la posición de la mayoría.

Conclusiones

El caso Lárusson contra Islandia, pese a lo remotos que puedan sonar los hechos en él relatados, es uno de los más interesantes que ha abordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de accesibilidad. Por una parte, resulta de gran interés la configuración de una posible conculcación del derecho al respeto a la vida privada a través de las comparaciones con otras sentencias anteriores que se saldaron con el fracaso de la pretensión de sus demandantes (casos Glaisen contra Suiza, Zehnalová y Zehnal contra la República Checa y Botta contra Italia). Esta dinámica del *case by case* que utiliza a la hora de interpretar el CEDH se ve perfectamente reflejada en su razonamiento. De esta forma, nos plantea una especie de manual a la hora de plantear este tipo de situaciones. Por otra parte, el Tribunal de Estrasburgo no estuvo tan acertado a la hora de diseccionar los conceptos de ajustes razonables y accesibilidad. El Sr. Lárusson planteó un problema de carácter generalizado, no uno individual; por consiguiente, la base del enjuiciamiento debió ser la propia de la accesibilidad y no la existencia o no de una carga indebida o desproporcionada, que no es adecuada más allá de los casos que impliquen ajustes razonables. El resultado fue la utilización de un marco de enjuiciamiento desacertado que, además, ha supuesto un distanciamiento con respecto a los planteamientos del Comité de la CDPD; es decir, un «considerable desdibujamiento de los estándares internacionales» (Broderick, 2022).

Incluso si aceptamos el encuadre propuesto por el Tribunal, también la sentencia adolece de ciertas debilidades. Si bien es cierto que existe un margen de apreciación estatal reconocido en lo tocante a los derechos del artículo octavo del Convenio, también hay que tener en cuenta que este no es ilimitado. Por una parte, será más amplio en aquellos asuntos que despierten controversias entre los países que conforman el Consejo de Europa y se reduce en los que exista un consenso generalizado. Dado el amplio alcance de la CDPD, el caso que aquí nos ocupa se ha de encontrar dentro del segundo grupo y, por tanto, se debería haber realizado un escrutinio más exhaustivo de la actuación estatal.

Justamente el juicio superficial de las acciones emprendidas por el municipio en cuestión es el objeto principal de las críticas del juez Zünd en su opinión disidente. Él se preguntó cómo es posible que la ausencia de medidas no pueda ser reprochada cuando, entre otros ejemplos, en la reciente renovación de uno de los edificios se olvidaron de la accesibilidad. Por esta razón, planteó un fallo alternativo en el que, dado que el Estado no había probado suficientemente el haber utilizado todos los medios a su alcance, el Sr. Lárusson habría acabado con éxito su larga peregrinación jurídica.

Esta última forma de plantear el caso está mucho más cerca del principio de interpretación efectiva, uno de los que inspiraron al TEDH a la hora de reconocer obligaciones positivas, especialmente en lo relativo a aquellas personas que tienen menos autonomía para hacer valer sus derechos (Carmona Cuenca, 2017: 1.219). Este principio viene a significar algo tan sencillo como que, de no aplicarse la ley a la práctica, esta se queda solo en papel mojado, en grandilocuentes expresiones de derechos que se quedan en meros brindis al sol.⁶

6 Si se desea comprobar las consecuencias de esta sentencia en la jurisprudencia posterior del TEDH, véanse los casos Pavlov y otros contra Rusia, T.H. contra Bulgaria y Bodalev contra Rusia.

Referencias bibliográficas

- Arjona Jiménez, G. (2015). *La accesibilidad y el diseño universal entendido por todos. De cómo Stephen Hawking viajó por el espacio*. Disponible en: <http://riberdis.cedid.es/bitstream/handle/11181/4655/la%20accesibilidad%20y%20el%20dise%C3%B1o%20universal%20entendido%20por%20todos.pdf?sequence=1> .
- Broderick, A. (2022). Arnar Helgi Lárusson v. Iceland: muddying the waters on inaccessibility of public buildings. *Strasbourg observers* [blog], 30-8-2022. Disponible en: <https://strasbourgothers.com/2022/08/30/arnar-helgi-larusson-v-iceland-muddying-the-waters-on-inaccessibility-of-public-buildings/>
- Carasquero Cepeda, M. (2018). Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la UE. *Revista de Estudios Europeos*, 71, 38-47. Disponible en: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/29246>.
- Carmona Cuenca, E. (2017). Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político*, 100, 1209-1238. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20731>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). *Observación general n.º.2*. Disponible en: <https://daccess-ods.un.org/tmp/2064280.21192551.html> .
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018). *Observación general n.º.6*. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FGC%2F6&Lang=en .
- Morcillo Moreno, J. (2019). El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, 210, 287-318. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7238489.pdf> .
- Redondo Saceda, L. (2020). El papel del artículo 8 CEDH en la construcción del margen de apreciación nacional y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado. *Anales de Derecho*. Disponible en: <https://doi.org/10.6018/analesderecho.452681> .

¿Puede el Estado desatender a sus desamparados? La repatriación en situaciones de indefensión

Can the State neglect their helpless? The repatriation in situations of powerlessness

Andrés Hidalgo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)13](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)13)

Comentario a

CASE OF H.F. AND OTHERS v. FRANCE 14 September 2022

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Acceso al Fallo

RESUMEN:

Los demandantes exigen la repatriación de sus hijas y nietos que se encuentran retenidos en campos de prisioneros en Siria en condiciones calificadas como inhumanas por numerosos organismos internacionales. El Estado francés se niega a intervenir, cuestionando la legitimidad de la pretensión, la existencia de vínculo jurisdiccional y la exigibilidad de tal comportamiento. Se recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que juzga que la pretensión es legítima, existe vínculo jurisdiccional y la conducta es exigible en circunstancias específicas, sentenciando que Francia debe reexaminar las solicitudes mediante un proceso en el que existan garantías frente a la arbitrariedad. La clave de la sentencia es el establecimiento de un vínculo jurisdiccional por la violación del artículo 3.2 del protocolo nº4 del CEDH, responsabilizando a Francia de la creación de una situación de exilio de facto.

ABSTRACT

The plaintiffs demand the repatriation of their daughters and grandchildren who are being held in prison camps in Syria in conditions qualified as inhumane by numerous international organizations. The French State refuses to intervene, questioning the legitimacy of the claim, the existence of a jurisdictional link and the enforceability of such conduct. The European Court of Human Rights was called upon and ruled that the claim was legitimate, that there was a jurisdictional link and that the conduct was enforceable in specific circumstances, ruling that France must re-examine the applications through a process in which there were guarantees against arbitrariness. The key of the judgment is the establishment of a jurisdictional link for

¹ Estudiante Avanzado de Doble Grado de Derecho y Administración de Empresas en la Universidad Carlos III de Madrid.
ORCID iD : <https://orcid.org/0009-0006-2899-4563>

the violation of Article 3.2 of Protocol No. 4 of the ECHR, holding France responsible for the creation of a situation of de facto exile.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción extraterritorial; repatriación; arbitrariedad; nacionalidad; locus standi.

KEY WORDS: Extraterritorial jurisdiction; repatriation; arbitrariness; nationality; locus standi

I. Circunstancias y contexto del caso

1. Contexto geopolítico del conflicto de Siria

En 2014 y 2015 las hijas de los solicitantes viajan junto a sus maridos a Siria por su propia iniciativa con la intención de unirse al Estado Islámico de Irak y el Levante (en adelante, Daesh), que en aquellos momentos llegaba a su máxima extensión. Desde 2014, una coalición formada por 76 países (incluida Francia) apoyó a fuerzas locales como las Fuerzas Democráticas Sirias (en adelante, FDS) en su ataque contra Daesh. La ofensiva culminó en 2019 con la toma de Raqqa, capital de Daesh y la expulsión del mismo grupo de la práctica totalidad de Siria, si bien células clandestinas siguen en activo. Las SDF se convierten en la administración de facto de territorios conquistados a Daesh en el norte de Siria. La conquista causó el desplazamiento de miles de personas, incluidas las hijas y nietos de los demandantes (dichos nietos habían nacido en el periodo de estancia en Siria), que acaban arrestadas en los campos de prisioneros de al-Hol y Roj.

2. Circunstancias en los campos de prisioneros

Según la Cruz Roja, en julio de 2019 había 70.000 personas viviendo en el campo de al-Hol en condiciones descritas como apocalípticas². En un informe posterior se dice que dos tercios de los prisioneros eran niños, muchos huérfanos o separados de sus familias, viviendo en condiciones duras y peligrosas. Para tratar de resolver el hacinamiento en al-Hol, desde 2020 se han realizado traslados al campo de Roj que según la ONG REACH contaba en octubre de 2020 con 2376 individuos, el 64% niños, y el 17% de 4 años o menos. Según el *Défenseur des droits*:

"Estos niños no están a salvo: un niño francés de año y medio murió en el campamento de Roj a mediados de septiembre de 2018, atropellado por un vehículo militar; el 8 de marzo de 2019, un bebé de 18 días murió de neumonía. En un comunicado del 31 de enero de 2019, la Organización Mundial de la Salud (OMS) informó de la muerte de veintinueve niños y recién nacidos en el campamento de al-Hol en dos meses, la mayoría de los cuales sufrían hipotermia."³

En su informe de 13 de octubre de 2021, "Abandonados a la tortura: Violaciones deshumanizadoras de los derechos de niños y mujeres en el noreste de Siria", Rights and Security International (RSI) llegó a la conclusión de que las condiciones de extranjeros en los campamentos de al-Hol y Roj los exponían a un trato que podría calificarse de tortura.

2 Story by Mari Aftret Mortvedt, Comité Internacional de la Cruz Roja, 11 de julio de 2019

3 Décision du Défenseur des droits n°2019-129

Se refirió a un informe de la ONG Save the Children, que había establecido que dos niños habían muerto cada semana en el campamento de al-Hol entre enero y septiembre de 2021, y que setenta y nueve personas habían sido asesinadas, entre ellas tres niños, que habían sido tiroteados. RSI señaló además que las mujeres y los niños estaban detenidos de forma arbitraria y por tiempo indefinido, a menudo sobre la única base de su presunta relación con miembros del Estado Islámico, en muchos casos sin posibilidad de comunicarse con el mundo exterior, ni siquiera con sus familias o abogados, lo que los deja en un limbo jurídico.

3. Situación de las hijas y nietos de los solicitantes

Las dos familias de los solicitantes se hallaban en situación desesperada. Ambas mujeres (M. y L.) se encontraban, al igual que sus hijos, detenidas en circunstancias insalubres. L. sufría de fiebre tifoidea sin tratar, M. había perdido treinta kilos. Uno de los niños de L. tenía heridas de metralla sin tratar y otro de M. sufría de estrés postraumático⁴. Los verbos están en pasado porque ni siquiera se tienen noticias del paradero de L. desde junio de 2020, solo se presume que sigue viva y retenida en alguno de los dos campos. En cuanto a M. se sabe que se encuentra en el campo de Roj, desde el que mandó un mensaje en abril de 2021 aprobando el procedimiento judicial. El Gobierno francés afirma NO saber nada más de la situación que los solicitantes, ni ha dado muestras de haber intentado lograr más información al respecto.

4. Viabilidad de la repatriación

La AANES (el brazo civil de las FDS), la autoridad de facto sobre los campos, publicó un comunicado en el que solicitaba encarecidamente la actuación de las naciones extranjeras para la repatriación de sus ciudadanos⁵. Esto permitió que entre 2019 y 2021 Francia organizara la repatriación de niños de los campos de Siria en función de un criterio individualizador de cada caso. El Ministerio de Asuntos Exteriores francés anunció que a fecha de 2022, ya se habían repatriado en total 35 niños y 16 madres, entre los cuales no se hallaban los familiares de los demandantes. Según el reportaje de RSI, en 2020 había 250 menores y 80 mujeres de nacionalidad francesa en los campos de al-Hol y Roj. No se han anunciado más repatriaciones además de las ya realizadas, que corresponden apenas al 15% del total de nacionales franceses presos. En repetidos comunicados de prensa, desde Francia se elogió la colaboración de las autoridades locales sirias para facilitar la repatriación. En pocas palabras, Francia era capaz de repatriar a las hijas y nietos de los demandantes, ya lo había hecho en casos similares con anterioridad, y las autoridades locales no solo lo permitieron sino que activamente solicitaron que aumentase el número de repatriaciones. Si Francia cesó las repatriaciones no se debió a imposibilidad material sino a decisión política voluntaria.

5. Previo recurso de repatriación

Ante la grave situación de las familias implicadas se solicita su urgente repatriación en base a evidentes motivos humanitarios como el riesgo para la vida y el trato inhumano y vejatorio que sufrían. Se recurre tanto al poder judicial como al ejecutivo. Sin embargo, se deniega tal posibilidad, acogiendo al Juez de lo Contencioso-administrativo francés a la doctrina de los actos de Estado, declarando: "La repatriación solicitada de nacionales franceses retenidos fuera de Francia, en una zona bajo control de fuerzas extranjeras, re-

⁴ CASE OF H.F. AND OTHERS v. FRANCE, §§ 32 y 39

⁵ CASE OF H.F. AND OTHERS v. FRANCE, § 29

queriría medidas indisociables de la acción exterior de Francia. Por lo tanto, constituye, al igual que cualquier negativa a llevarla a cabo, un acto que no es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa". A la misma conclusión llega el *Conseil d'État*: "La ejecución de una medida como la repatriación solicitada es indisociable de la dirección de las relaciones exteriores y por tanto no puede ser ordenada por un tribunal de justicia". Se mantiene como argumentación alternativa que ya que Francia no tenía jurisdicción sobre sus nacionales retenidos en Siria, los demandantes no podían alegar válidamente que el Estado había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). También se intenta recurrir al Ministerio de Asuntos Exteriores y la Presidencia, pero estos órganos se limitan a ignorar las demandas realizadas⁶. En pocas palabras, el Estado francés se desatiende de sus obligaciones para con sus nacionales, acogiendo al hecho de que se encuentran en territorio extranjero fuera del ámbito de actuación del Estado, y que en tales circunstancias tiene el Estado discrecionalidad (nunca obligación) de actuación.

II. Las claves del juicio

El juicio se decidirá sobre dos pilares fundamentales: primero, si existe jurisdicción del Estado francés respecto a M., L. y sus hijos, quedando entonces amparadas por el artículo 1 del CEDH; y, segundo, si se está violando el artículo 3.2 del protocolo nº4 del CEDH, que reza "Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional." También es objeto de debate el *locus standi* de los demandantes, que Francia pone en duda.

1. El *locus standi*

El Gobierno francés argumentó que los demandantes no tenían derecho a actuar en nombre de sus hijas, las víctimas directas, ya que no habían recibido instrucciones explícitas de las mismas sobre cómo plantear el recurso dado que apenas mantenían contacto. Los demandantes replicaron que los tribunales franceses admitieron su *locus standi* con anterioridad, que los intereses de sus hijas eran los mismos que los suyos, y que la falta de comunicación se debía al propio origen de la controversia del juicio. Si las hijas se hallaran en posición de interponer recursos judiciales, y no incomunicadas en un campo de concentración de prisioneros en el extranjero con incapacidad de regresar a su país; no habría juicio en primer lugar. El tribunal recordó que en situaciones excepcionales (como la obvia imposibilidad material de este caso), un tercero puede actuar en nombre de la víctima directa si no existe conflicto de intereses entre las partes (*Lambert and Others v. France* [GC], no. 46043/14, § 102, ECHR 2015). Por tanto, se reconoce la legitimidad de los demandantes para actuar en nombre de sus hijas y nietos.

2. El problema de la jurisdicción

La postura de Francia en lo referente a la jurisdicción era que ésta no existía, salvo que se expandiera la definición de ésta más allá del alcance pretendido de la Convención (*Banković and Others v. Belgium and Others* [GC], no. 52207/99, §§ 64 and 65, ECHR 2001-XII). Y que basándose en los principios establecidos en *Georgia v. Russia (II)* ([GC], no. 38263/08, § 136, 21 de enero de 2021), Francia no ejercía jurisdicción sobre los campos de prisioneros.

El art 1 CEDH establece la jurisdicción como umbral de actuación de las naciones contra-

6 CASE OF H.F. AND OTHERS v. FRANCE, §§ 44-58

tantes, ergo si no hay jurisdicción, no existe responsabilidad del Estado. El tribunal interpreta el término jurisdicción como primordialmente territorial, si bien excepcionalmente puede darse la jurisdicción extraterritorial. Se incluyen los actos de autoridades que pueden producir efectos fuera de su propio territorio, ya sea a través del cuerpo diplomático en función de las leyes internacionales o con el consentimiento del Estado territorial afectado. Por tanto, si el Estado ejerce control y autoridad efectivos sobre un individuo, queda obligado al artículo 1 CEDH (*Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, §§ 133-37, ECHR 2011). No obstante, esta jurisdicción extraterritorial debe ampararse en ciertas circunstancias específicas de carácter procesal (*M.N. and Others v. Belgium* no. 3599/18, § 107), pues si no existiría un derecho prácticamente universal del individuo a invocar la CEDH sin importar dónde se encontrara.

En primer lugar, el tribunal niega que Francia ejerza control efectivo sobre el territorio del noroeste de Siria, considerando su presencia militar en la coalición militar insignificante y no existiendo vínculos de dependencia entre las SDF-AANES y Francia. En segundo lugar, el tribunal niega que la existencia de un procedimiento criminal en Francia hacia las hijas de los solicitantes implique un vínculo jurisdiccional, sin importar que lo empezaran los solicitantes o las autoridades francesas. Cita como precedente *M.N. and Others v. Belgium*, caso en el que el inicio de trámites en otro país no constituyó circunstancia suficiente para establecer relación jurisdiccional. En tercer lugar, se considera que la nacionalidad no constituye base suficiente para justificar la jurisdicción del Estado. Se argumenta que en tal caso Francia sería responsable de responder del artículo 3 pese a no ejercer control efectivo de los campos de prisioneros sirios, razonamiento rechazado en casos anteriores (*Cyprus v. Turkey*, no. 25781/94, § 8). En cuarto lugar, la mera capacidad operativa de repatriación del Gobierno francés tampoco constituye jurisdicción. Se reitera que la CEDH no garantiza la protección diplomática (*M. and Others v. Italy and Bulgaria*, no. 40020/03, § 127, 31 July 2012).

No obstante, se concluye que sí existe vínculo jurisdiccional por posible violación del artículo 3.2 del Protocolo No. 4. CEDH, "Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional". La razón por la que existe jurisdicción por este artículo únicamente es que los deberes de la Convención pueden ser "divididos y adaptados" dependiendo de su relevancia para el caso (*Al-Skeini and Others*, §§ 133-37, y *Georgia v. Russia* (II), §§ 114-15). Esto es debido a la jurisprudencia del TEDH de que se debe interpretar el Convenio de forma que se garanticen los derechos de manera práctica, no teórica (*Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 24). La nacionalidad de las hijas de los solicitantes y su deseo de volver a Francia supone base jurídica y fáctica para la jurisdicción, si bien no constituye base *autónoma* para ella, necesitándose además ciertas circunstancias específicas del caso. ¿Cuáles son las circunstancias del presente caso? Primero, los demandantes han solicitado en múltiples ocasiones el auxilio a sus hijas. Segundo, esas peticiones se basan en el riesgo real para las vidas y salud que padecen sus familiares, que se encuentran en situaciones inhumanas que serían inadmisibles en países firmantes de la Convención. Tercero, entre los afectados hay niños, extremadamente vulnerables por su edad y que consecuentemente deben ser especialmente protegidos (*Khan v. France*, no. 12267/16, § 74, 28 February 2019). Cuarto, existe imposibilidad física para los perjudicados de volver a Francia sin apoyo de las autoridades francesas. Y quinto, las autoridades sirias no sólo permiten la repatriación, sino que urgen a ella expresamente. Atendiendo a los motivos mencionados, el tribunal decide que sí se dan las circunstancias específicas en el presente caso para la existencia de jurisdicción del Estado francés.

3. La responsabilidad de repatriación

Una vez establecida la jurisdicción francesa para el presente caso, queda determinar si hubo una violación del artículo 3.2 del protocolo nº4 CEDH. Es decir, si tiene Francia el deber de repatriar a los familiares de los solicitantes. Recordemos el enunciado del artículo: "*Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional.*" Francia argumenta que no hay violación del protocolo, puesto que de llegar a la frontera francesa, se admitiría la reentrada de los particulares. Se entiende que del artículo no emana un deber activo de repatriación. En contraposición, los demandantes consideran que en el presente caso, el no repatriar a los interesados supone una privación de su derecho de entrada, al ser imposible por otra vía. Se considera que Francia los está exiliando de facto y existe responsabilidad positiva de repatriación.

Paso a paso, el tribunal va construyendo su argumento. Primero, la expresión "*Nadie podrá*" del artículo implica que todos los ciudadanos deben ser tratados de igual manera en el ejercicio de su derecho de entrada (*mutatis mutandis*, *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 152, ECHR 2005-XI). En el caso de los presos en campos sirios, algunas familias son repatriadas y otras no sin criterio aparente. Segundo, este derecho es de *iuris et de iure* a diferencia, por ejemplo, del artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("*Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país*") que admite prueba en contrario (la palabra arbitrariamente implica la posibilidad de justa causa). Tercero, si bien generalmente esta prohibición implica una obligación negativa, en ocasiones las obligaciones de la Convención requieren de la actuación positiva del Estado, que no puede limitarse a la pasividad (*mutatis mutandis*, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31; y *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (Article 50), 10 March 1972, § 22, Series A no. 14). Se busca la garantía efectiva del derecho, incluso si implica medidas operacionales (*Kurt v. Austria* [GC], no. 62903/15, §§ 157 et seq., 15 June 2021).

No obstante, de todo lo anteriormente mencionado no necesariamente surge una obligación de repatriar *general*, que no otorga la Convención, al igual que no se garantiza el derecho a la protección diplomática a cualquier persona. Más aún, ni el interés activo de las SDF ni la viabilidad por los precedentes exitosos son base suficiente para justificar la repatriación. De esta manera, se protege la doctrina de la discrecionalidad de los actos de Estado. No hay derecho general de repatriación.

Finalmente, el tribunal se decide por declarar que el artículo 3.2 puede imponer obligaciones positivas siempre y cuando, atendiendo a las circunstancias específicas del caso, la inacción del Estado suponga una situación de facto comparable al exilio, y aun en ese caso la revisión judicial se limitará a comprobar si ha existido arbitrariedad a la hora de rechazar el proceso. En resumen, la repatriación solo es exigible en presencia de circunstancias excepcionales y no habiendo protección ante la arbitrariedad en el proceso de rechazo de la misma.

En el presente caso, se determina que efectivamente existen las denominadas circunstancias excepcionales por varios motivos. Primero, la autoridad de los campos es una fuerza militar no estatal respaldada por una coalición (que incluye a Francia) y que deja a los presos en un limbo legal. Segundo, las condiciones en los campos constituyen un riesgo evidente a la integridad física de los familiares de los solicitantes, especialmente de sus nietos. Los Estados implicados como Francia a pesar de no ser directamente res-

ponsables de las violaciones del artículo 3 (prohibición de la tortura) deberían hacer todo lo que razonablemente estuviese en su mano para poner fin a la situación (incluyendo la ayuda humanitaria). Tercero, como recuerda *Avocats sans frontières*, no cabe esperar que las mujeres detenidas sean juzgadas en Siria, pero se han abierto órdenes de arresto contra ellas en Francia, donde sí podrían ser juzgadas. Cuarto, las autoridades sirias han requerido en *repetidas ocasiones* a los Estados a repatriar a sus nacionales, colaborando en el trámite lo máximo posible (hecho reconocido por comunicados franceses oficiales). Quinto, numerosas organizaciones internacionales como la ONU y la Unión Europea han expresado que los Estados deberían hacerse responsables de sus nacionales de nuevo, particularmente en el caso de los menores. Sexto, Francia ha considerado oficialmente que los menores en Siria *podrán* (nótese que no *serán*) ser repatriados y estarían bajo su protección de llegar a territorio francés, como fue el caso de algunos nacionales que lograron llegar a la frontera turca⁷.

Respecto a si hubo suficiente protección frente a la arbitrariedad, se determina que el proceso seguido por el Estado francés no fue adecuado. Como se explicó anteriormente, las autoridades ejecutivas francesas se limitaron a ignorar las peticiones de los interesados. Los tribunales franceses inadmitieron sus reclamaciones, negando la existencia de jurisdicción, privando a los solicitantes de cualquier medio para perseguir su fin. Por lo tanto, se determina que las solicitudes de repatriación no se trataron con las debidas garantías frente a la arbitrariedad.

III. Fallo: consecuencias y análisis

1. Consecuencias

El tribunal decide que se ha vulnerado el artículo 3.2 del protocolo nº4 CEDH. Por tanto, se deberá proceder al reexamen de las peticiones de repatriación interpuestas por los solicitantes, que deberá estar sujeto a adecuadas garantías frente a la arbitrariedad. También se pagan las costas a los solicitantes, que ascienden a 18.000€ para una familia y 13.200€ para la otra. La decisión cuenta tanto con votos particulares concurrentes como discordantes. Por un lado, los magistrados Pavli y Schembri Orland consideran que el tribunal no ha ido suficientemente lejos. Opinan que en vez de una simple protección frente a la arbitrariedad, se deberían haber condenado explícita y firmemente todas las situaciones de exilio de facto. Por otro lado, los magistrados Yudkivska, Wojtyczek y Roosma entienden que el tribunal se extralimita en su interpretación del artículo 3.2 del protocolo nº4 CEDH y del vínculo jurisdiccional, restringiendo la discrecionalidad estatal.

Esta sentencia es un triste consuelo para los solicitantes, pues la repatriación de sus familiares (que comenzó a tramitarse en 2019) aún puede denegarse, si bien tienen ahora una segunda oportunidad. Recordemos que no se tienen noticias de L. ni de sus hijos desde junio de 2020, por lo que podrían llevar muertos años, hecho no insólito en los campos. Además, el Gobierno francés no se ha dignado a intentar localizarlos ni antes ni durante el proceso (que lleva en curso más de 2 años a fecha de la publicación de la sentencia). Mentar que hay cientos de mujeres y niños presos que no tienen familiares en Francia que puedan permitirse un proceso para exigir la repatriación. Estas personas, que se hallan en exilio de facto, están completamente desamparadas, ya que no tienen la capacidad de

⁷ CASE OF H.F. AND OTHERS v. FRANCE, § 46

reclamar la repatriación y se encuentran con que “no existe deber general de repatriación para los nacionales apresados en los campos” (párrafo 256 de la sentencia). Por último, incluso de tener posibilidad empezar el proceso, éste no sería viable en la práctica. Tenemos en cuenta que en este caso las costas fueron de 18.000€ y 13.200€, cantidades nada desdeñables, especialmente sin garantías de ganar el juicio y poder recuperarlos. El resultado es que Francia puede continuar su doctrina anterior: seguir ignorando a sus ciudadanos y ahorrarse la molestia de hacerse cargo de ellos. Desde luego, desatender al desamparado sale mucho más barato que defender los derechos del mismo.

2. Análisis

Recordemos el título del artículo, ¿Puede el Estado desatender a sus desamparados? La respuesta del tribunal puede interpretarse negativamente como un sólido sí, al dejar un margen inmenso al Estado para excusar su conducta o como un tímido no, al considerar que (en circunstancias excepcionales) el Estado no puede negarse al proceso de repatriación (aunque bastará para justificar su conducta que el proceso de denegación siga unas sumamente difusas “garantías frente a la arbitrariedad”). Hay quien considera esta sentencia una victoria vacía que en la práctica se traduce en muy poco, una muestra más de que Estrasburgo ha perdido su posición como vanguardia de protección de los derechos humanos (Pijnenburg, 2022). Incluso, que Estrasburgo ha sido adelantado por organismos de control de las Naciones Unidas y tribunales domésticos en la aplicación extraterritorial de tratados de derechos humanos (Mallory, 2021). Mientras, existen otras opiniones más optimistas, que ven en el fallo subir un peldaño más en la escalera que es la protección de los derechos humanos en el ámbito de la jurisdicción extraterritorial (Minervini, 2022). O una posición intermedia, que ve en la sentencia “una clara, aunque limitada condena a la política francesa” (Fluzin, 2022). Aunque estas visiones parecerían en un primer momento opuestas, pueden tomarse como complementarias. En principio se condena el pleno rechazo de Francia de responsabilizarse de nacionales que se hallan en evidentes condiciones de necesidad humanitaria, pero no se llega a un veredicto que asegure la ayuda a estas personas desamparadas. El tribunal se decide por la vía de menor resistencia: un rechazo tácito que en el futuro se podrá interpretar como base para establecer obligaciones más sólidas pero que en el presente se traduce en más bien poco.

En comparación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya estableció en 2017 que:

“El ejercicio de la jurisdicción surge cuando el Estado de origen ejerce un control efectivo sobre las actividades llevadas a cabo que causaron el daño y consecuentemente violación de derechos humanos.”.⁸

Es decir, pueden originarse obligaciones positivas al Estado si éste puede impedir mediante decisiones domésticas la violación de derechos humanos en el extranjero, considerando que su inacción la está *causando* (Berkes, 2018). Se atiende a la causalidad fáctica entre la conducta del Estado y la violación que ocurre en el extranjero. Si bien es cierto que, al igual que el TEDH, se matiza que este vínculo solo surge en ciertas (vagas) circunstancias, se establece un modelo de “control sobre la actividad”, creando un marco mucho más amplio de actuación que el TEDH. Podríamos definir ese marco como la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos si se hallan en posición de hacerlo, si bien la mera capacidad no causa de manera independiente la jurisdicción (Minervini).

8 Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, § 102

Llama la atención la responsabilidad a la carta que ejerce el Estado sobre sus nacionales necesitados en el extranjero, teniendo capacidad real y efectiva de actuar pero pudiendo negársela a la persona *non grata*, abandonándola a su suerte. Se trata de familiares de terroristas, cierto, pero ¿acaso puede decirse *de Derecho* un Estado que abandona a su suerte a niños menores de 4 años para que mueran de enfermedades prevenibles y sufran palizas, en un campo de concentración en tierra extraña, pudiendo impedirlo? ¿Acaso actuaría Francia de la misma manera si la familia afectada fuera cualquier otra? Quizás era adecuada hace 2.000 años la ley mosaica, por la que un hijo debía pagar por los pecados de su padre. Pero desde luego no debería serlo para un Estado democrático del siglo XXI que en el artículo primero de su Constitución proclama la igualdad ante la ley. Si no se puede exigir a un Estado de 70 millones de almas que se encargue de un par de mujeres y niños recién nacidos (o al menos comprobar si siguen vivos a estas alturas), uno no puede sino dudar si la Convención Europea de Derechos Humanos no es más que papel mojado para los indefensos en el extranjero.

Conclusiones

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos llega a una solución tímida, incluso para los estándares de tribunales internacionales. Es cuestionable que la sentencia logre la repatriación de la familia de los solicitantes o que siquiera ese sea su objetivo. Más dudoso aún que sirva a los miles de mujeres y niños ciudadanos franceses y de otras nacionalidades que se encuentran retenidos en los campos de concentración sirios. Por no hablar de aquellos que se puedan encontrar en situaciones similares en el futuro. Puede que esta sentencia llegue a abrir paso a la ampliación de la responsabilidad extraterritorial del Estado, pero en el presente, permite al Estado desatender a su desamparado. Quizás llegue el día en el que estas familias finalmente sean repatriadas, pero quizás sea demasiado tarde para algunas de ellas. Y como dijo Séneca, nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía.

Referencias bibliográficas

- Informes, comentarios, artículos y reportajes

- M. AFTRET MORTVEDT, ICRC, Syria: A camp is filled with children, July 2019 <https://www.icrc.org/en/document/syria-a-camp-is-filled-with-children>
- J. TOUBON, Décision du Défenseur des droits n°2019-129 https://juridique.defenseur-desdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=18912
- E. RAMSDEN y A. HUYGHE, RIGHTS & SECURITY INTERNATIONAL (RSI), Abandoned to Torture: Dehumanising rights violations against children and women in northeast Syria, 2021 https://www.rightsandsecurity.org/assets/downloads/Abandoned_to_Torture_-_Final_Report.pdf
- A. PIJNENBURG, HF and Others v France: Extraterritorial Jurisdiction without Duty to Repatriate IS-Children and their Mothers, October 2022. <https://www.ejiltalk.org/hf-and-others-v-france-extraterritorial-jurisdiction-without-duty-to-repatriate-is-children-and-their-mothers/>
- G. MINERVINI, H.F. and others v. France: Has the time finally come to rethink extraterritorial jurisdiction?, ADiM Blog, Case law Commentary, November 2022.

https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2022/11/6.-Minervini-H.F.-c.-Francia_DEF.pdf
 • C.FLUZIN, France Called Out for Ignoring Plea to Repatriate Citizens in Syria, Lawfare Media, 2022
<https://www.lawfaremedia.org/article/france-called-out-ignoring-plea-repatriate-citizens-syria>
 • A. BERKES, A New Extraterritorial Jurisdictional Link Recognised by the IACtHR, March 2018
<https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr/>
 • C.MALLORY, A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?, Questions of International Law, 2021
<http://www.qil-qdi.org/a-second-coming-of-extraterritorial-jurisdiction-at-the-european-court-of-human-rights/>

Jurisprudencia

- TEDH, Lambert and Others v. France [GC] - 46043/14, 2015
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-10758>
- TEDH, Banković and Others v. Belgium and Others [GC], no. 52207/99, 2001
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-22099&filename=BANKOVI%C4%86%20AND%20OTHERS%20v.%20BELGIUM%20AND%20OTHERS.docx&logEvent=False>
- TEDH, Georgia v. Russia (II) [GC], no. 38263/08, 2021
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207757>
- TEDH, Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, no. 55721/07, 2011
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-105606>
- TEDH, M.N. and Others v. Belgium [GC], no. 3599/18, 2020
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-202468>
- TEDH, Cyprus v. Turkey, no. 25781/94, 2001
<https://hudoc.echr.coe.int/Eng?i=001-59454>
- TEDH, M. and Others v. Italy and Bulgaria, no. 40020/03, 2012
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-112576>
- TEDH, Airey v. Ireland, no. 6289/73, 1979
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57420&filename=CASE%20OF%20AIREY%20v.%20IRELAND.docx&logEvent=False>
- TEDH, Khan v. France, no. 12267/16, 2019
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-12350>
- TEDH, Leyla Şahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, 2005
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-12350>
- TEDH, Marckx v. Belgium, no. 6833/74, 1979
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57534>
- TEDH, De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium no. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 1971
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57606&filename=CASE%20OF%20DE%20WILDE%2C%20OOMS%20AND%20VERSYP%20v.>
- TEDH, Kurt v. Austria [GC], no. 62903/15, 2019
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-194187>
- Corte IDH, Opinión consultiva OC-23/17, 2017
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

La gestación subrogada y los desafíos de establecer la filiación: Jurisprudencia y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Surrogacy and the Challenges of Establishing Filiation: Case Law and Doctrine of the European Court of Human Rights

Aritz Duran Trigos¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)14)

Comentario a

Caso de A.M. v. Noruega (solicitud núm. 30254/18)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La gestación subrogada es una práctica cada vez más extendida sobre la que no existe consenso social ni político. La filiación de los menores nacidos mediante esta técnica plantea grandes dificultades tanto a nivel jurídico como ético, especialmente de aquellos nacidos en un estado extranjero, pues encontraremos situaciones que enfrentan un juicio donde se ha de determinar si prevalece la norma nacional o lo éticamente exigible, es decir, el reconocimiento de la filiación. Está claro que los estados deben garantizar el interés superior del menor así como el correcto desarrollo de su identidad. Por esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dado una respuesta clara a los casos planteados: Los estados han de garantizar el derecho a la vida privada del menor, protegido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), garantizando, pues, el correcto desarrollo de su identidad, y siempre velando por su interés superior.

El caso A.M. v. Noruega, viene a confirmar la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal en estos casos, asegurando, así, que el reconocimiento del vínculo de filiación con al menos uno de los padres intencionales es garantía suficiente de la protección del derecho a la vida privada del menor.

¹ Estudiante de Derecho y Administración de Empresas, en la modalidad bilingüe, en la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M).
Correo electrónico: aritzdurantrigos@gmail.com
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-2089-7655>

ABSTRACT

Surrogacy is an increasingly widespread practice, with no social or political consensus. The issue of filiation for children born through surrogacy raises significant legal and ethical challenges, particularly for those born in a foreign country. These situations often involve a legal judgment to determine whether national laws or ethical considerations should prevail in recognizing the child's parentage. It is evident that states must prioritize the best interests of the child and ensure their proper identity development. In light of this, the European Court of Human Rights (ECtHR) has provided a clear response to such cases. The Court asserts that states must guarantee the right to the private life of the child, as protected by Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). This includes safeguarding the child's identity development and always acting in their best interests.

The case of *A.M. v. Norway* confirms the consistent jurisprudence followed by the ECtHR in these cases. It ensures that recognizing the filial bond with at least one of the intended parents is sufficient to protect the child's right to privacy.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vida familiar; Derecho a la vida privada; Filiación; Gestación subrogada; Padres de intención.

KEY WORDS: Right to family life; Right to privacy; Filiation; Surrogacy; Intended parents

I. Introducción

Las técnicas de reproducción asistida han ganado una gran relevancia en los últimos años. Con el avance tecnológico y científico se ha conseguido dar respuesta a las necesidades de muchas parejas e individuos que, teniendo el deseo de formar una familia, eran incapaces de hacerlo por diversos motivos: infertilidad, tener ambos el mismo sexo, etc. Entre las técnicas más conocidas encontramos la fecundación in vitro (FIV), la gestación por sustitución, la inseminación artificial, la vitrificación de óvulos, etc.

El TEDH ha sido la instancia final en la resolución de muchos casos planteados por particulares contra sus respectivos países, en los cuales no se reconocía la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada. La mayoría de estos casos se han planteado en relación al artículo octavo de la CEDH, que protege el derecho a la vida privada y familiar.

En sus resoluciones, el TEDH ha enfatizado el derecho a la vida privada del menor, asegurando así el desarrollo de su identidad, y su interés superior. Esto se ha reflejado en diferentes resoluciones, como en los casos de “*Labassee contra Francia*” y “*Menesson contra Francia*”, donde se ha dado una especial relevancia a la existencia de un vínculo genético entre al menos uno de los padres intencionales y el menor. Estas resoluciones han asentado un importante precedente en cuanto al reconocimiento de la filiación en casos de nacimientos ocurridos en el extranjero mediante esta técnica

Es necesario estudiar el concepto de “gestación subrogada”, su situación normativa en los diferentes países sujetos a la jurisdicción del TEDH, el contenido de la jurisprudencia de este Tribunal respecto a los casos planteados, así como la doctrina existente en la actualidad de acuerdo a lo resuelto por el TEDH. De esta manera, podremos analizar y exponer de forma resumida el contenido del asunto “*A.M. v. Noruega*”

II. Cuestiones generales

La gestación subrogada es un tema especialmente delicado por sus implicaciones políticas, médicas, sociales, éticas y morales. En las sociedades occidentales, como la española, podemos observar la existencia de un profundo debate, tanto en el ámbito político como entre los propios ciudadanos, del cual no se puede extraer ninguna conclusión certera. Muchos argumentan que esta técnica debería estar prohibida porque atenta contra los más básicos principios de la religión, otros que la existencia de la gestación subrogada supone el blanqueamiento de un modelo de esclavitud que se ejerce sobre la mujer, especialmente sobre aquellas con menos recursos. También hay muchos que quieren su legalización al entender, desde una perspectiva anti intervencionista del Estado, que este no ha de inmiscuirse en la vida de los individuos y, por tanto, esperan que se dé un mayor poder a la autonomía de la voluntad de las partes.

La gestación por sustitución, maternidad de alquiler, vientre de alquiler, donación temporal de útero, etc. es una técnica de reproducción asistida por la cual una mujer (madre gestante) se compromete con la/s persona/s comitentes (padres de intención o padres intencionales), mediando o no remuneración, a llevar un embarazo con el objetivo de entregar al niño nacido a estos, quienes pueden ser los padres biológicos o elegidos. Además, la madre gestante renuncia a cualquier filiación sobre el bebé nacido. (Muñoz, 2018: 45).

En la actualidad, existen diversas modalidades de gestación por sustitución, lo que conlleva a que el estudio y análisis jurídico de esta técnica sea más complejo. En primer lugar, podemos identificar dos tipos de maternidad subrogada en función de los individuos que aporten material genético. Así se puede hablar de:

Subrogación tradicional: La gestante es inseminada con el semen de uno de los comitentes o de un donante, y aporta su material genético. En consecuencia, la gestante es al mismo tiempo la madre biológica del niño nacido.

Subrogación gestacional: La gestante no aporta material genético y, por tanto, no guarda ningún parentesco biológico con el menor nacido. Esta simplemente se limita a gestar un embrión concebido mediante fecundación in vitro.

Seguidamente, podemos observar otros dos tipos en función de si la gestación es o no remunerada:

Subrogación altruista: La gestante se ofrece voluntariamente y sin que reciba remuneración alguna. Se deben excluir los gastos estrictamente necesarios como por ejemplo los gastos médicos, de registro, etc.

Subrogación comercial: La gestante recibe una remuneración por la gestación del hijo de los padres comitentes.

Como antes comentamos, esta práctica genera un importante debate interno en cada país. Por esto, existe una gran disparidad normativa entre Estados en relación a la gestación subrogada. Encontramos, por ejemplo, países que no permiten la utilización de esta técnica dentro de sus fronteras y, sin embargo, sí permiten la regularización (reconocimiento de la filiación) de los menores nacidos mediante maternidad subrogada en el extranjero. (García San José, 2018: 112-118).

Para examinar con mayor detenimiento estas diferencias normativas, podemos analizar el estudio de derecho comparado, llevado a cabo en 35 países miembros del Consejo de Europa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a propósito del caso *Labassee*. El estudio encontró que la gestación subrogada se encuentra totalmente prohibida en quince Estados (Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, entre otros); no existe una normativa que la prohíba expresamente pero se prohíbe conforme a disposiciones generales, no se tolera o es de legalidad dudosa en otros diez países (Andorra, Hungría, Irlanda, Letonia, etc.) y está autorizada, aunque con sujeción a determinados requerimientos y condiciones en otros siete Estados (Albania, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Georgia, Rusia y Ucrania). Además, cabe mencionar que cuatro Estados no la han regulado pero parecen haberla admitido en cierta medida (Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia).

El estudio refleja que en 13 de los 35 Estados investigados es posible para los padres obtener el reconocimiento legal de la paternidad sobre un niño nacido mediante la práctica de la gestación por sustitución en el extranjero, ya sea a través del *exequatur*, que es el procedimiento mediante el cual se reconoce y se otorga validez a una sentencia o resolución judicial extranjera en otro país, o mediante la transcripción directa de la sentencia o el certificado de nacimiento extranjero en los registros civiles nacionales, o a través de la vía de la adopción (Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, etc.). Igualmente, parece que este reconocimiento es posible en determinados países donde la gestación subrogada está prohibida o carece de regulación (Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia, etc). Finalmente, encontramos que este reconocimiento queda excluido en otros once estados (Andorra, Alemania, Bosnia-Herzegovina, etc.).

III. Jurisprudencia del TEDH

Es crucial que hagamos un repaso de las principales resoluciones del TEDH que resuelven los conflictos planteados sobre el reconocimiento de la paternidad o maternidad legal de los menores nacidos mediante gestación subrogada en un país extranjero.

1. Asuntos “Mennesson contra Francia” y “Labassee contra Francia”

Indudablemente, los asuntos “Mennesson contra Francia” y “Labassee contra Francia”, ambos de 26 de junio de 2014, son la base jurisprudencial sobre la que se construirán muchas de las respuestas dadas a asuntos ulteriores. En los dos casos, un matrimonio francés hace uso de la gestación subrogada para tener un hijo. Para ello, aprovechan la legalidad de la técnica en ciertos estados de Estados Unidos (California y Minnesota) para satisfacer su deseo de formar una familia. En los dos casos el semen correspondía al marido y el óvulo a una donante. Aunque en ambos estados los padres intencionales constaban como padres legales, el estado francés les denegó el acceso al Registro Civil al considerar que la práctica usada atenta contra su legislación. Los dos matrimonios pudieron vivir junto a sus hijas como verdaderas familias, pero sin que estas fueran reconocidas como ciudadanas francesas. Finalmente, en ambos asuntos fueron los padres intencionales junto a las niñas quienes demandaron al estado francés. El TEDH reconoce que los países, en el ejercicio de su soberanía, tienen un amplio margen para regular la gestación subrogada y el reconocimiento del vínculo de filiación entre los comitentes y los menores nacidos. En Francia esta técnica se encuentra prohibida y, análogamente, el establecimiento del vínculo de filiación.

El TEDH dictaminó que no se produjo una vulneración del derecho a la vida familiar (ar-

título 8 del CEDH) de los demandantes debido a que estos habían vivido como familia de facto desde el nacimiento de los menores. Igualmente, el Tribunal encontró que la injerencia del estado francés sobre la vida privada de los padres intencionales se ajustó a lo establecido por el artículo octavo del convenio, ya que se produjo de acuerdo con la ley y persiguió motivos legítimos. Finalmente, el Tribunal encontró que sí se causó una violación de la vida privada de los menores ya que mediante la negación de Francia al reconocimiento del vínculo, estos se verían gravemente afectados porque no podrían acceder a la nacionalidad francesa, ni a los derechos que esta otorga. (Herrera y Lamm, 2014: 220-223).

2. Asuntos “Foulon contra Francia” y “Bouvet contra Francia”

Posteriormente, se plantean ante el TEDH dos situaciones muy similares a la de los asuntos Mennesson y Labassee. En estos casos, Didier Foulon y Philippe Bouvet se trasladaron a India para, por medio de la gestación subrogada, tener una hija, y una pareja de gemelos respectivamente. Ante esta situación, las autoridades francesas les negaron la transcripción de las actas de nacimiento. Finalmente, y tras haber recorrido todas las instancias nacionales requeridas, llegan ambos casos al seno del TEDH. Este resuelve los dos asuntos en una misma sentencia donde pone de manifiesto la gran similitud existente entre lo planteado y los casos Mennesson y Labassee. En consecuencia, el Tribunal entiende que ante hechos similares debe dar una respuesta igual, y así fue, se mantuvo la línea jurisprudencial iniciada con los asuntos mencionados.

3. Asunto Paradiso-Campanelli

Este asunto, con fecha del 24 de enero de 2017, afectó a un matrimonio heterosexual italiano que acudió a Rusia, donde la gestación subrogada es legal, para tener un hijo. En este caso no existen vínculos biológicos entre el menor nacido y los padres intencionales, factor que será determinante durante todo el procedimiento. La familia Paradiso-Campanelli obtuvo el permiso para regresar, junto al menor, a Italia. De este viaje, las autoridades italianas descubrieron que el matrimonio había aportado documentación falsa y, en consecuencia, tomaron acciones penales contra ellos, así como también la fiscalía inició un procedimiento para declarar al menor en desamparo. El niño fue acogido por los servicios de protección de menores de Italia y, posteriormente, fue entregado en adopción a otra familia. El matrimonio llevó el caso ante el TEDH, que en una primera resolución entendió que se había vulnerado el artículo octavo de la convención. No obstante, el estado italiano recurrió el asunto. Finalmente, La Gran Sala revocó la decisión anterior y dió la razón al estado italiano al entender que no había habido una vulneración de mencionado artículo; del mismo modo, declaró que Italia había actuado de acuerdo a derecho.

Es crucial que examinemos el caso para comprender la resolución del Tribunal, dado que parece apartarse de la doctrina establecida en casos anteriores, como Labassee y Mennesson. En primer lugar, el tribunal considera que la ruptura de la relación entre los comitentes y el menor se debe a que los primeros generaron, concienzudamente, una situación de inseguridad jurídica, al haber utilizado una práctica contraria a la legislación italiana. En segundo lugar, debido a la ausencia de un vínculo biológico entre los padres intencionales y el menor, y la breve duración de la convivencia entre ellos, no se cumplieron las condiciones necesarias para que el tribunal entendiese que existía vida familiar entre ellos. En tercer lugar, el tribunal sí reconoce que las medidas adoptadas por Italia supusieron una injerencia en la vida privada de los comitentes, no obstante,

esta se realizó conforme a lo exigido por el artículo octavo del convenio, ya que se realizó de acuerdo con la ley, y persiguiendo una finalidad legítima y necesaria. Por último, la Gran Sala remarca reiteradamente la ilegalidad cometida por los demandantes, así como la legitimidad y necesidad de las medidas adoptadas por el estado italiano para asegurar y proteger la legislación vigente.

Además, de acuerdo con González Beilfuss (2020) el TEDH consideró que los comitentes, al carecer de vínculo genético con el menor, y de autorización de un representante legal del mismo, no tenían legitimación para representarlo ante los tribunales. Este hecho es fácilmente contrastable con las resoluciones precedentes, como *Mennesson y Labassee*, donde los padres comitentes sí pudieron representar a los menores en los tribunales. En conclusión, este asunto ha contribuido a que el TEDH vaya delineando su jurisprudencia y doctrina en cuanto al reconocimiento de la filiación de los niños nacidos a través de la gestación subrogada en un país extranjero.

4. Asunto “Schlittner-Hay contra Polonia”

Este asunto, con fecha del 16 de noviembre de 2021, versa sobre la negativa de Polonia a reconocer la filiación de dos niños nacidos por maternidad subrogada en Estados Unidos, hijos de una pareja homosexual. Los padres intencionales, en representación de los menores, alegaron la posible violación de los artículos octavo y decimocuarto de la CEDH.

La pareja tuvo dos hijos gemelos mediante gestación subrogada en California, Estados Unidos. Ambos fueron reconocidos por un tribunal del mencionado estado como padres de los menores. En consecuencia los niños tenían doble nacionalidad, estadounidense e israelí. Dado que uno de los padres tenía nacionalidad polaca, solicitó a las autoridades de este país que reconociese la filiación de ambos menores. De esta forma, los niños obtendrían la ciudadanía polaca y, por tanto, la europea. Sin embargo, Polonia rechazó el reconocimiento de la filiación al haber nacido en una pareja del mismo sexo.

El TEDH declaró la inadmisibilidad del argumento de que se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de los menores, garantizado en el artículo octavo de la Convención. Esto es así, según el tribunal, porque los menores ya gozaban de la nacionalidad israelí, que, además, es el lugar de residencia de la familia, por tanto, no se habría vulnerado la vida privada y familiar de los niños. A mi juicio, esta decisión del tribunal no es acertada ya que dando por válida la decisión de las autoridades de Polonia, estaría negando a los menores parte de su identidad, que es de origen polaco. Además, estaría generando sobre estos un gran perjuicio, ya que al no obtener la ciudadanía polaca, tampoco obtendrían la europea. En consecuencia, los menores verían limitada su libertad de movimiento en Europa en comparación con cualquier niño de nacionalidad polaca.

IV. Doctrina del TEDH

Para comenzar el análisis de la doctrina del TEDH, Llinás (2020) introduce una distinción según el origen de los acuerdos de gestación por sustitución. Por un lado, encontramos aquellos celebrados dentro de las fronteras de un Estado miembro. En estos casos, el TEDH entiende que el propio Estado tiene la competencia para permitir o castigar estos supuestos. Por otro lado, tenemos aquellos contratos de gestación subrogada celebrados en el extranjero, que son los que mayor complejidad jurídica presentan por la implicación de diversos sistemas legales, así como por todas las posibilidades que se pueden

plantear (vínculo genético de ambos padres intencionales, un único vínculo genético de uno de los padres de intención, etc.).

Son concretamente esos casos de origen internacional los que han suscitado la mayoría de supuestos ante el TEDH. Carranza (2022) aporta unas ideas brillantes para entender el comportamiento del Tribunal ante las cuestiones planteadas. Todas las resoluciones dadas por el TEDH tienen como elemento particular el estudio del artículo octavo del CEDH, tanto en la vertiente que protege la vida privada de las personas como en la que protege y garantiza el derecho a la vida familiar.

El tribunal toma como punto de partida, para la resolución de los casos sobre filiación del menor nacido mediante gestación subrogada en el extranjero, la protección de la vida privada del menor y el interés superior de este. Por tanto, como el artículo octavo de la convención garantiza el respeto a la vida privada de los menores y, por consiguiente, a su identidad, los estados deberán inscribir a estos, aunque de esta manera se estuviese contraviniendo la propia legislación nacional. Es importante mencionar que el TEDH ha dado un especial énfasis a la protección, mediante el artículo octavo, a la vida privada de los nacidos por esta técnica, que no de los padres intencionales.

En relación al derecho a la vida familiar garantizado por el mencionado precepto, el Tribunal entiende que por encima del vínculo genético se encontraría la existencia de una relación duradera y de calidad.

Carranza (2022) distingue entre dos categorías de casos en relación a la gestación subrogada: los “fáciles” y los “difíciles”. Los casos “fáciles” son aquellos en los que al menos uno de los padres de intención tiene un vínculo genético con el menor nacido. Por otro lado, los casos “difíciles”, son aquellos en los que ninguno de los padres intencionales tiene un vínculo genético con el menor. En cuanto a los primeros, el TEDH ha desarrollado cierta jurisprudencia donde se reconoce la filiación, como se ha podido observar en resoluciones anteriores, como los asuntos “Labassee contra Francia” y “Mennesson contra Francia”. Sin embargo, en los casos “difíciles”, donde no existe ningún vínculo genético entre los padres intencionales y el menor, todavía no existe una línea jurisprudencial clara. El único caso relevante hasta este momento en esta categoría ha sido el de Paradiso- Campanelli. No obstante, debido a sus particularidades, este no puede servirnos como base o guía para el resto de asuntos donde no exista un vínculo genético.

V. Análisis del asunto “A.M. v. Noruega”

1. Cuestiones generales

La demanda presentada ante el TEDH plantea la posible violación de los artículos octavo y decimocuarto de la CEDH por parte del Reino de Noruega con respecto a los derechos de la madre intencional (la solicitante) de un menor nacido por gestación subrogada en Estados Unidos.

En 2002, EB, el padre del menor, y la solicitante, la madre intencional, inician una relación. Con el paso del tiempo intentan tener un hijo mediante la práctica de la gestación subrogada, sin embargo, no tienen éxito. En 2012, ambos ponen fin a su relación pero acuerdan continuar con los intentos para tener un hijo. Finalmente, en 2013, lograron exitosamente la fecundación de un óvulo donado por una mujer usando el semen de EB.

El embrión resultante sería gestado por una mujer residente en el estado de Texas, quien recibiría una compensación por el contrato de gestación subrogada.

Los tribunales de Texas reconocieron a EB y a la solicitante como padres del menor nacido fruto del contrato de maternidad subrogada. Posteriormente, EB, la solicitante y el menor se trasladaron de nuevo a Noruega. Durante el primer año, el niño vivió mayormente con la solicitante. Sin embargo, con el paso del tiempo, la relación entre los padres intencionales se fue enfriando, hasta el punto de que EB solicitó que el menor viviese únicamente con él. Se intentaron celebrar diversos acuerdos entre los padres de intención pero todos fracasaron. Como consecuencia de esta situación, se inicia un procedimiento judicial en Noruega entre EB y la solicitante.

2. Procedimientos judiciales nacionales

A. Procedimiento ante la corte de la ciudad de Oslo

El asunto nuclear del tema planteado es si la solicitante debería ser reconocida como madre del niño de la misma forma que si esta fuese su madre biológica. Cabe destacar que la solicitante no aportó material genético al contrato de gestación subrogada. La justicia de la ciudad de Oslo denegó dicha solicitud de acuerdo a lo establecido en la ley del menor noruega, así como en beneficio del interés superior del niño. La única posibilidad sería, por tanto, haber adoptado al menor. No obstante, los plazos establecidos no fueron cumplidos y tampoco se obtuvo la aprobación del padre biológico y legal del menor. Por tanto, se descarta igualmente

Además, la solicitante argumentó que se habría producido un posible caso de discriminación. No obstante, la justicia de Oslo negó esta posibilidad, ya que todas las actuaciones llevadas a cabo por la administración se habían ajustado a derecho y no se había producido discriminación alguna. Asimismo, la decisión de EB de cortar la relación entre el niño y la solicitante incrementó notablemente la calidad de vida de este, en consecuencia, la decisión fue en beneficio del interés superior del menor.

Por último, la solicitante solicitó que, en caso de no ser reconocida como madre del menor, al menos, se le garantizase el derecho a tener contacto con el niño. Ante esta solicitud, la corte de Oslo rechazó la petición ya que no solo no beneficiaba al menor, sino que podía perjudicar notablemente su desarrollo.

B. Procedimiento ante la corte de apelaciones de Borgarting

La solicitante recurrió la resolución de la corte de Oslo y solicitó que ésta fuese revocada. Asimismo, solicitó a la corte de apelaciones que se reconociese su maternidad sobre el menor nacido en Texas, o en su defecto, que se reconociese su derecho a mantener contacto con él.

En relación a la primera cuestión, la legislación noruega establece dos alternativas para el reconocimiento de la maternidad legal. En primer lugar, el principio biológico establece que la madre biológica sea reconocida como madre legal del menor. Además, la ley noruega habilita el acceso a la maternidad legal a través de la adopción del menor, siempre y cuando que la persona que ostenta la responsabilidad legal sobre el niño esté de acuerdo.

La corte de apelaciones, rechazó el argumento presentado por la solicitante de que Noruega ha de reconocer la resolución de la justicia de Texas, pues de acuerdo con la sección 11-4 de la “Ley de Disputas”, Noruega no aceptará resoluciones extranjeras cuando éstas afecten a determinados asuntos, incluido el estatus legal del menor. Asimismo, la corte rechazó la aplicación de la “Ley Temporal de Maternidad Subrogada” por no estar vigente en el momento del nacimiento del proceso judicial, y por la falta de conexión entre lo previsto por la norma y el presente caso.

En relación a la posible discriminación sufrida por la solicitante, la corte de apelaciones entendió que la administración y la instancia anterior habían actuado conforme a la ley y no se había producido dicha discriminación. Finalmente, esta instancia también rechazó la petición de la solicitante de mantener el contacto con el menor, argumentando que esto iría en contra del interés superior del mismo.

C. Procedimiento ante el Tribunal Supremo Noruego

La solicitante recurrió la resolución de la corte de apelaciones de Borgarting. Solicitó al Tribunal Supremo del Reino de Noruega que la reconociese como madre del menor. Sin embargo, en esta última instancia no mencionó absolutamente nada sobre que se garantizase su derecho a mantener contacto con el niño. Finalmente, el Tribunal Supremo rechazó el recurso de apelación de la solicitante, y confirmó la decisión de la instancia anterior.

3. Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A. Posible vulneración del artículo 8 del CEDH

En primer lugar, el TEDH declaró inadmisibile la solicitud de mantener el contacto con el menor, ya que la solicitante no planteó esta cuestión ante el Tribunal Supremo del Reino de Noruega. Por lo tanto, no se agotaron todas las instancias nacionales, requisito indispensable para presentar cualquier solicitud ante el TEDH.

El TEDH razonó por qué el Reino de Noruega no había vulnerado el derecho a la vida privada de la solicitante, reconocido en el artículo octavo de la CEDH.

Como punto de partida, la gestación subrogada está prohibida conforme a la legislación noruega, por consiguiente, la negativa de este país de reconocer la maternidad legal de la solicitante está estrechamente relacionada con dicha prohibición.

Además, el TEDH enfatizó que es competencia exclusiva de los estados reconocer las relaciones de filiación legal, siempre con el objetivo de proteger al menor y garantizar su interés superior. En este caso, se reconoció a EB, que también era el padre biológico del niño, como padre legal. Por tanto, el derecho a la vida privada de este estaría totalmente protegido, y se garantizaría, además, el derecho a su propia identidad.

El TEDH reconoció que las autoridades noruegas actuaron de acuerdo a la legislación vigente. Del mismo modo, señaló la posibilidad de la adopción como alternativa para acceder a la maternidad legal del menor. Sin embargo, EB, quien tenía la responsabilidad de decidir sobre la adopción, determinó que esta no debía llevarse a cabo. Como resultado, la solicitante no pudo acceder a la maternidad legal sobre el menor en ninguna forma.

Finalmente, el TEDH declaró que no se había producido una vulneración del artículo octavo de la convención, en ninguna de sus dos vertientes. El derecho a la vida privada y el derecho a la vida familiar. Esta respuesta no debería sorprendernos, ya que continúa con la línea jurisprudencial iniciada con los asuntos Labassee y Mennesson.

Como se comentó anteriormente, el TEDH entiende que en estos casos la vulneración del artículo octavo tiene lugar cuando se produce una desprotección de los menores, especialmente, en relación a su derecho a la vida privada y al desarrollo de su identidad. En este caso, con el reconocimiento de EB como su padre legal, este tendría garantizado su derecho a la vida privada, así como al conocimiento de su historia lo que ayudaría a la conformación y desarrollo de su identidad.

Asimismo, tampoco se produce una vulneración del derecho a la vida familiar, pues esta no existió como tal. Si bien es cierto que el menor residió con la solicitante por un corto periodo de tiempo, este no fue suficiente para que se desarrollara un vínculo de calidad cuya desaparición pudiese afectar negativamente al menor. Por tanto, ante la inexistencia de dicho vínculo no hay lugar a una vulneración del mencionado derecho.

B. Posible vulneración del artículo 14 de la CEDH tomado en conjunción con el 8

La solicitante argumentó que de no ser reconocida como madre legal del menor, se estaría incurriendo en un acto discriminatorio contra su persona, lo que sería contrario al artículo decimocuarto de la CEDH, tomado en conjunción con el artículo octavo del mismo texto. Para estudiar la respuesta del TEDH a este planteamiento, expondré los argumentos aportados tanto por la solicitante como por el Gobierno noruego.

Por un lado, la solicitante narró por qué consideraba que fue discriminada por las autoridades noruegas. Para ello, expuso que Noruega debería haber aplicado la “Ley Temporal de Maternidad Subrogada” en su caso. Asimismo, esta manifestó la existencia de casos similares donde se había dado la solución buscada. No obstante, estos eran sustantiva y fácticamente diferentes. Por ejemplo, la solicitante argumentó la existencia de un caso análogo en la corte de apelaciones de Gulating, el cual se resolvió con el reconocimiento de la filiación legal de los padres.

Por otro lado, el Gobierno noruego negó con rotundidad el argumento de la solicitante. Expuso las diversas razones por las que la mencionada ley no podía aplicarse a su caso. En primer lugar, la Ley Temporal de Maternidad Subrogada no estaba vigente cuando el procedimiento judicial nació, por consiguiente, es imposible que se pudiera utilizar una norma que estaba fuera del marco jurídico noruego. En segundo lugar, los representantes legales del Reino de Noruega enfatizaron que aún habiendo estado vigente, dicha ley no podría aplicarse al caso ya que éste no cumplía con las condiciones sustantivas que contenía la misma.

Finalmente, tras considerar los argumentos planteados por ambas partes, el TEDH entendió que no se había vulnerado el artículo decimocuarto de la CEDH, en relación con el artículo octavo del mismo texto. El tribunal argumentó que las decisiones de las autoridades noruegas se habían tomado de acuerdo con la legislación vigente. Además, destacó lo argumentado por el Reino de Noruega respecto a la vigencia de la Ley Temporal de Maternidad Subrogada, que ya no se encontraba en vigor en ese momento.

Conclusiones

El TEDH ha dado una respuesta a los planteamientos presentados ante él de manera garantista en favor de los menores. Con sus resoluciones, estos tendrán garantizada la protección de su derecho a la vida privada y a la libre formación de su identidad. Sin embargo, el Tribunal no ha emitido pronunciamiento alguno sobre la realidad que subyace tras estos contratos. Muchas mujeres se encuentran en la necesidad de ceder su cuerpo durante nueve meses a cambio de una compensación económica. Algunos argumentan que lo hacen voluntariamente y en libertad, otros sostienen que la existencia de esta práctica convierte a las mujeres con menos recursos en esclavas de aquellos que desean tener un hijo. Sea cual sea la respuesta ética y moral correcta, es necesario que la sociedad se embarque en un ejercicio de reflexión, y que el TEDH dé respuesta a la interrogante que todavía persiste en torno a la figura de la madre gestante.

Referencias Bibliográficas

- Carranza, G. G. (2022). Acerca de la (no) adopción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre gestación por sustitución. *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, 10(2), 3.
- García San José, D. (2018) "La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los estados parte en el convenio europeo de derechos humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del tribunal europeo de derechos humanos en relación con la gestación por sustitución," *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, pp. 103–130.
- González Beilfuss, C. (2020). Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución. En Albornoz, M. M. (Ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (Capítulo 10). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Herrera, M., & Lamm, E. (2014). De identidad e identidades: el derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga.
- Llinás, L. H. (2020). "Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas." *Revista de derecho político*, (107), 181-210.
- Muñoz, F.R. (2018) "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada," *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, (12), pp. 42–54.

Jurisprudencia

- A.M. v. Noruega (2022), solicitud núm. 30254/18, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Labassee v. Francia (2014), solicitud núm. 65941/11, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Mennesson v. Francia (2014), solicitud núm. 65192/11, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Paradiso y Campanelli v. Italia (2017), solicitud núm. 25358/12, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Poblete Vilches: la salud de un adulto mayor en jaque

Poblete Vilches: the health of a senior citizen in check

Paulina Bettiol¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)15](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)15)

Comentario a

Caso Poblete Vilches y otros vs Chile – Sentencia 8 de Marzo de 2018
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable internacionalmente al Estado de Chile por violar derechos humanos fundamentales del sr. Vinicio Poblete Vilches, un adulto mayor, que no contó con la atención médica que requería en el Hospital Sotero del Río, al cual ingresó en dos ocasiones. Al principio, por una insuficiencia respiratoria grave, y ya en la segunda ocasión con un cuadro complejo, debido a una intervención negligente realizada previamente en el mismo centro de atención médica. Donde finalmente fallece.

El paso de Vinicio a través de la salud pública chilena fue desafiante para sus familiares, que batallaron contra un sistema de salud que había decidido no proveerle el respirador que necesitaba, porque ya en un primer ingreso, el paciente había agotado su oportunidad de gozar de uno, en donde, la información que se le administró a la familia era muy diferente a la que constaba en acta médica, o hasta incluso, se le negó al sr. Poblete Vilches la posibilidad de ser llevado a cuidados intensivos para ser monitoreado de cerca, ya que había una gran escasez de camas para ello.

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights declared the State of Chile internationally responsible for violating the fundamental human rights of Mr. Vinicio Poblete Vilches, an elderly man, who did not receive the medical attention he required at the Sotero del Río Hospital, to which he was admitted on two occasions. At first, for a serious respiratory insufficiency, and on the second occasion with a complex condition, due to a negligent intervention previously performed in the same medical care center. Where he finally died.

Vinicio's passage through the Chilean public health system was challenging for his relatives, who battled against a health system that had decided not to provide him with the respirator

¹ Estudiante avanzada de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Mail: paulinabettiol@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0004-9573-6025>

he needed, because already in a first admission, the patient had exhausted his opportunity to enjoy one, where the information that was given to the family was very different from what was recorded in the medical record, or even denied Mr. Poblete Vilches the possibility of receiving a respirator. Poblete Vilches was denied the possibility of being taken to intensive care to be closely monitored, since there was a great shortage of beds for this purpose.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; Integridad física; Adultos mayores; Vulnerabilidad. Discriminación.

KEY WORDS: Health law; Personal integrity; Older adults; Vulnerability; Discrimination.

I. Introducción

El 7 de febrero de 2001, el señor Poblete Vilches, de 76 años, falleció en el Hospital público de Sótero del Río, ubicado en la comuna de Puente Alto, en la zona sur oriente del área metropolitana del Gran Santiago, República de Chile.

Es necesario hacer un recorrido por el historial de salud e intervenciones quirúrgicas que se le practicaron al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, para comprender la controversia que se le plantea a la Corte Internacional. El 17 de enero de 2001 el señor Poblete Vilches ingresó al Hospital Sótero del Río a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Tras cinco días en la Unidad de Cuidados Intensivos fue trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgica (UCI), en donde se le conectaron sondas y se le aplicaron sedantes.

Durante su estadía, sus familiares se presentaron en el centro médico para informarse sobre su estado de salud y tomar contacto con él, el personal médico no permite esto último, se les informó hacer de su “buen estado de salud”, a pesar que dicen haber escuchado los quejidos y pedidos del señor Poblete Vilches de ser “sacado de allí porque lo estaban matando”. La doctora que puso al tanto a la familia les informa acerca de un procedimiento que se llevaría adelante en los siguientes días al paciente, que constaba de una pequeña punción, pero que no sería operado, simplemente se trataba de un procedimiento que tenía como fin verificar si su corazón tenía líquido. En esta oportunidad los familiares le advirtieron al personal que el paciente padecía diabetes y que correría gran peligro si era intervenido quirúrgicamente.

El día 26 de enero del 2001, el señor Poblete Vilches fue intervenido, y al salir del “pabellón” los familiares pudieron observar que tenía a la altura de la cintura tres grandes heridas que indican que había sido sometido a una cirugía, ya que de dichas heridas salió un tubo de drenaje, los familiares a lo largo del procedimiento declararon repetidamente que nunca se les solicitó autorización para llevar adelante este procedimiento, y que el señor Poblete Vilches no se encontraba en condiciones para prestar dicho consentimiento, ya que el mismo se encontraba inconsciente.

Por el mal estado de salud en el que el señor Poblete Vilches se encontraba, los familiares decidieron contratar una ambulancia privada para su traslado pues, según describieron, no había ambulancias disponibles en el hospital.

El 5 de febrero de 2001 sus familiares decidieron ingresarlo por segunda vez al hospital, debido a que presentaba un cuadro febril complicado y “shock séptico, bronconeumonía bilateral, diabetes mellitus tipo 2 y pericarditis”. El personal médico trató al paciente por otro diagnóstico, como si de una “simple bronconeumonía” se tratara

De acuerdo con la ficha clínica de ingreso, se requería que el señor ingresara a UCI y contaría con el apoyo de respirador mecánico, pero esto no sucedió ya que no había disponibilidad de camas para pacientes críticos, y en la unidad en la que se encontraba no contaba con el recurso requerido.

Lamentablemente, el 7 de febrero, el señor Poblete Vilches falleció a los 76 años sin existir claridad sobre la causa de su muerte, pues el certificado de defunción, y la información recibida por los familiares, era diferente. La documentación citada indica que el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches falleció de un shock séptico y una bronconeumonía bilateral, pero en la llamada recibida por sus parientes se les comunica que había sufrido un paro cardíaco. Posteriormente, en la causa veremos que los resultados arrojados del Peritaje del cuerpo son totalmente diferentes.

El 12 de noviembre de 2001, Blanca Margarita Tapia Encina y Cesia Leyla Poblete Tapia, esposa e hija del señor Poblete Vilches, presentaron una querrela criminal por delito culposo de homicidio, contra los médicos María Chacón, Ximena Echevarría, Luis Carvajal, Erick o Marcelo Garrido, Sr. Anuch y Sr. Montesinos. El proceso fue sobreesido en dos ocasiones, y en agosto de 2008, fue nuevamente reabierto. La CIDH señaló que no contaba con información sobre el estado de la investigación tras dicho acontecimiento hasta el 11 de enero de 2010.

Frente a tales hechos, los familiares de la víctima presentaron una petición ante la CIDH sin invocar la violación de artículos específicos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su Informe de Admisibilidad, la CIDH determinó que los hechos se relacionaban a posibles violaciones a los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a las garantías judiciales, reconocidos en la CADH

II. La progresividad del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Para comprender la importancia de esta sentencia, debemos hacer un recorrido histórico a través de los diferentes razonamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y para esto partimos de un escenario en donde no se utilizaba la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales debido a que su enfoque siempre apuntó a conocer los casos como violaciones a los derechos civiles y políticos, muy difícilmente lograban ir más allá.

Así, en la jurisprudencia de la Corte IDH se encuentra desarrollado, y fuertemente arraigado, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, pero solo de manera indirecta. Su protección se logra solo por medio de un derecho civil (derecho a la vida «digna», a la integridad personal, entre otros). Sin embargo, no existe, sino hasta hace muy poco, un reconocimiento directo de la violación de un derecho social y en especial en lo que se refiere a su contenido mínimo (Ronconi, 2016: 129)

En el caso concreto de Señor Poblete Vilches, sus familiares, personas legitimadas para

demandar al estado chileno, alegaron que el Estado violó el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, previsto por el Artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de forma autónoma. Legitiman este reclamo haciendo alusión al precedente del caso “Lagos del Campo vs Perú”, en el que por primera vez la CIDH declaró la violación autónoma del artículo 26 de la Convención.

Procederemos a analizar de que se trata este Artículo 26 y porque se alega su carácter de progresividad, y su consecuente incumplimiento por parte del estado chileno, en este caso concreto.

El Artículo 26 de la CADH establece:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

1. Ahora ¿Por qué la Corte entiende que el margen de protección del Artículo 26 abarca al derecho de salud? ¿De qué se trata la justiciabilidad directa de los DESC?

Porque cuando hablamos del Artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de su interpretación extraemos el derecho de salud, y estamos refiriéndonos a un derecho que por su naturaleza se desprende de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Por ello, en el supuesto de concurrir ambos textos se habrá de armonizar los dos estándares de protección, que pueden ser aplicados de modo acumulativo (Gialdino, 2013: 924-925)

Y si bien esto fue desarrollado y concretado por primera vez, como bien alega la familia de Poblete Vilches, en la sentencia del caso “Lagos del Campo vs Perú” en donde se dicta una condena específica en forma autónoma del artículo 26 de la Convención. Es en este caso de Vinicio en donde la Corte reitera esta interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Y es que la Corte en el caso *Acevedo Buendía Vs. Perú*, se pronunció sobre los trabajos preparatorios de la Convención con relación al artículo 26 en disputa:

En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales y culturales; “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación”; así como “los respectivos mecanismos para su promoción y protección”, ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo “recogían en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires”. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta

fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales”²

Esto responde a numerosas observaciones realizadas anteriormente por diferentes magistrados que conformaron la CIDH, tales como las realizadas en los casos “Furlan y Familiares vs. Argentina” (CIDH, 2012c) (sobre los derechos a la salud y a la seguridad social) y “Suárez Peralta vs. Ecuador” (CIDH, 2013) (acerca del derecho a la salud), de donde pueden rescatarse los respectivos y acertados votos concurrentes de la exjueza Margarette May Macaulay, en el primero de ellos, y del juez Eduardo Ferrer MacGregor, en el segundo. Ambos magistrados plantearon la posibilidad de resolver, cuando fuere pertinente, los conflictos llevados al seno de la Corte IDH contemplando la justiciabilidad directa de los DESC bajo el alcance del art. 26 de la CADH, ya no solo de forma indirecta por su conexión con los derechos civiles (Bazán, 2015:40).

A pesar de estos avances llevados a cabo por la CIDH en materia de la justiciabilidad directa de los DESC, no podemos decir que el camino a ello haya sido fácil, al contrario, esta doctrina no siempre fue mayoritaria y tuvo varias reservas manifestadas respecto a su ejecución jurisprudencial. Uno de los principales exponentes que se encontraba en desacuerdo fue el magistrado Pérez Pérez, quien no dudo en manifestarlo en el caso “Gonzáles Lluy”, la Corte IDH adopta igual abordaje que en el caso “Suárez Peralta”. El juez Ferrer MacGregor en su voto concurrente reitera su postura mientras que los jueces Pérez Pérez y Sierra Porto se pronuncian explícitamente por el abordaje indirecto de las afectaciones a derechos sociales. Sintéticamente, Pérez Pérez entiende que el derecho a la salud no es un derecho incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino en el Protocolo de San Salvador, y que, por lo tanto, no es uno de los dos derechos que el artículo 19 de dicho Protocolo incluye en el régimen de protección específico, es decir, el sistema de denuncias individuales³. Expresa además que el artículo 26 no consagra derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, Sierra Porto considera que este derecho no puede derivarse de la Carta de la OEA (Rossi, 2020:200)

Pero autores relevantes como Urquilla Bonilla han justificado y fortalecido la postura a favor de la justiciabilidad directa de los DESC, entendiendo que más allá de la literalidad del Artículo 26 de la CIDH, se puede interpretar en el sentido de que obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un auténtico texto de reconocimiento genérico de DESC. Añade que en el marco de su proceso de creación queda demostrado que la referencia a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, fue una manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales. Y que a su vez la CADH forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiæ* de los órganos del sistema interamericano, lo que permite que la Comisión y la Corte Interamericanas puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los DESC sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano (Urquilla, 2009, 197)

2 Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, *supra*, párr. 99. Cfr. OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2 (B-32), celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969 en Washington, DC.

3 Cfr. Corte IDH, caso “Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador”, cit., voto concurrente del juez Pérez Pérez, párr. 1.

A su vez, autores como Melish suman su opinión a esta doctrina, aportando que una para que el sistema interamericano y sus usuarios logren consolidar la jurisprudencia socioeconómica regional, radica en reconocer el pleno alcance del art. 26 de la CADH en su protección a los derechos autónomos a la salud, educación, vivienda, seguridad social, condiciones de empleo justas, sindicalización y cultura. Añade que “la jurisprudencia internacional y la legislación nacional deben ser usadas para dar contenido autónomo y significativo, en contextos específicos y concretos, a estos derechos fundamentales. No deberían estar empotrados al interior de otras normas que las amparen, en donde vayan a perder su contorno y especificidad.” (Melish, 2006, P. 218)

Si bien podemos decir que en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* donde la Corte IDH reconoció la justiciabilidad directa de los DESC, la expectativa era contar con una sentencia explicativa, fundamentada extensamente, que aportara un desarrollo exhaustivo de argumentos. Sin embargo, la Corte expidió una motivación extremadamente escueta (Rossi, 2020:201)

2. Que obligaciones se desprenden del Artículo 26

En las consideraciones que realiza la Corte IDH en el caso de Vinicio, se señala que del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato.

La adopción 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 los derechos económicos, sociales y culturales. Ello no debe interpretarse en el sentido de que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, en especial luego de casi 40 años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone la obligación de no regresividad frente a la adopción de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.

Si bien comprendemos lo novedoso de la norma y el gigante avanza que la misma significa para las obligaciones internacionales de los estados, es importante resaltar los puntos ciegos que la misma conlleva, y que son objeto de debate.

Porque dicha progresividad no significa que los Estados tengan total discrecionalidad para adoptar las medidas necesarias sin límites en el tiempo en el sentido de poder aplazarlas indefinidamente ni que no tenga la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización de los DESC, ya que cuando ratifican la CADH, asumen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los derechos inferidos del artículo 26. Bajo estos parámetros, el fundamento de la progresividad radica en la obligación de los Estados de asegurar condiciones que, de acuerdo a sus recursos materiales, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de los DESC⁴. Esta obligación de avanzar implica cierta gradualidad y de no regresividad en la satisfacción

4 CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, 11 de febrero de 1994, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3

de tales derechos, y la idea de progreso en el sentido de que el Estado debe mejorar las condiciones de su ejercicio (Abramovich y Courtis, 2004, 93).

Tal como lo ha manifestado la CIDH, la noción de desarrollo progresivo de los DESC “exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo”⁵

Es por todo esto expuesto que la Corte en el caso Poblete Vilches valora la prestación de medidas de carácter básico e inmediato provistas por el sistema de salud pública chileno, a fin de tutelar la salud del paciente. Ya que considero que nunca fue punto de discusión la ejecución progresiva de las obligaciones estatales en materia de salud.

3. ¿Qué obligaciones mínimas deben proveer los estados ante situaciones de emergencia?

La CIDH considera que de la consolidación del derecho a la salud se deriven diversos estándares aplicables al presente caso, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica.

En primera instancia, para exigir la operatividad de dicha obligación debemos contar con una regulación, por lo que la Corte determino que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios, públicos y privados, y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad.

Luego, teniendo en cuenta la Observación General No. 14 del Comité DESC, el tribunal se ha referido a una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que deben satisfacerse en materia de salud. Tales como: Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

En relación a esto vale la pena aclarar que la Corte se centró en evaluar el tratamiento que se le dio al paciente Poblete Vilches y analizar si estuvieron a la altura de estos estándares internacionales. Así, consideró la Corte IDH que las medidas que debían adoptarse en el caso del señor Poblete Vilches eran básicas dadas su condición de salud.

En primer lugar, la Corte reconoce que el estándar de regulación se encuentra cubierto, ya que tanto la Constitución como la legislación de Chile reconocen el derecho a la salud. Por el contrario, los diagnósticos deficientes brindados en ambas internaciones dan cuenta del incumplimiento de la dimensión de *calidad* del derecho a la salud, y la falta de infraestructura (ambulancias, respiradores artificiales, camas en la UCI) dan cuenta de un incumplimiento de la dimensión de la *disponibilidad* del derecho a la salud. A su vez, la falta de prioridad en el acceso al sistema de salud dada a Poblete Vilches en razón de su edad da cuenta del incumplimiento de la dimensión de la *accesibilidad* del derecho a la salud; mientras que la incapacidad del sistema de salud para dar cuenta de las necesidades específicas de Poblete Vilches como adulto mayor nos hablan del incumplimiento de la dimensión de la *aceptabilidad* (Antoniazzi y Clérico, 2019:353)

II. Las personas mayores en materia de Salud

La Corte IDH en sus consideraciones hace una anunciación en el gran avance que presen-

⁵ 9 CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia... op. cit., Capítulo III: Los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 4.

ciamos a nivel internacional con relación a la ampliación del marco de protección hacia la persona mayor en todos los aspectos de su vida y la exigencia de las mejoras de condiciones de vida, destacando en particular el derecho de la salud. Asimismo, atendiendo a esta protección reforzada exigen la adopción de medidas diferenciadas.

Ya sea que el derecho de salud, sea en la esfera privada como en la pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación.

Como condición transversal de la accesibilidad, este Tribunal recuerda que el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, por lo que de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana no son permitidos los tratos discriminatorios⁶, “por motivos de raza, color, sexo [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁷. Al respecto, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo

Y a través de opiniones consultivas el Comité de DESC, se ha señalado que la edad es también una categoría protegida por esta norma⁸. Y en este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, esta tutelada por la Convención Americana. Esto motiva la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos⁹.

Es por esto que la Corte reitera a lo largo de sus decisiones jurisprudenciales que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados¹⁰.

En el caso concreto, Poblete Vilches se trataba de un adulto mayor de 76 años de edad, que contaba con patologías previas y ya había ingresado al centro de atención médica con su estado de salud comprometido, pero esto bajo ningún termino puede ser tomado como una causal de eximir al Estado Chileno de empeñar todos sus recursos para brindarle un tratamiento adecuado, aun si el resultado finalmente acontecido hubiera ocurrido de todos modos en un tiempo relativamente cercano o lejano. Es decir, aunque el cuadro del paciente fuera serio, ningún Estado tiene facultad de dejarlo morir en atención a las dificultades que presenta o en razón de privilegiar la atención de otro paciente con mejor pronóstico (Martínez, 2019:106)

Es por todo lo expuesto anteriormente, que esta CIDH nota en este caso al señor Poblete

6 Cfr. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, *supra*, Preámbulo y artículo 5. Véase también el Preámbulo de la Constitución de la OMS, *supra*, párr. 3

7 Cfr. Inter alia: Caso Veliz Franco y Otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 2014. Serie C No. 277, párr. 204.

8 Cfr. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101, y Comité DESC. Observación General No. 20, *supra*, párrs. 27 y 29.

9 Cfr. *Mutatis mutandi*, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 2005. Serie C No. 125, párr. 164.

10 Cfr. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, *supra*, párr. 267

te Vilches se le vulneraron sus derechos de acceder a una atención médica de calidad, a lo largo del caso se resalta que este impedimento se debió a muchos factores, tales como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. E incluso, en numerosas ocasiones dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio del poder que existe en la relación médico-paciente, la cual son una realidad, tanto así que no pasó desapercibida durante el juicio esta observación, realizada por la Dr. Alicia Ely Yamin, en su declaración pericial:

“[...] la relación desigual de poder entre el médico y el paciente puede verse exacerbada por las relaciones desiguales de poder que históricamente han contribuido a la marginalización, exclusión y/o discriminación de grupos vulnerables en virtud de la condición o situación social o económica. Estas relaciones estructurales de poder tienen el potencial de exacerbar la posición dominante y persistente, que constituye de forma consciente o inconsciente la base de prácticas que refuerzan la posición de los pacientes como dependientes y subordinadas, en lugar de seres humanos con autonomía y dignidad [...]”

Por último, es valiosa la recomendación que realiza la Corte, tal como sostuvo en el caso Suárez Peralta, entiende que el Estado debe tener en cuenta previamente mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas¹¹. En consecuencia, al tratarse de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, la atribución de responsabilidad puede surgir por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo¹².

La Corte ha sostenido que “una eventual atención médica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades, podría conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o a la integridad del paciente”¹³. De esta forma, dicha obligación de supervisión y fiscalización se debe actualizar de manera constante, particularmente cuando se trata de los servicios de urgencia médica.

Por consiguiente, el estado será responsable de la vulneración del derecho a la salud, sea considerándolo individualmente, o bien en su conjunción con el contenido del derecho a la vida o a la integridad personal, cuando sea omiso o no cumpla correctamente sus deberes de regular normativamente la actividad e instituciones conforme a lo antes mencionado, así como de fiscalizar y controlar las prestaciones (Garat, 2015:73)

III. Conclusiones

El caso de Poblete Vilches ha significado dar un paso más allá y desafiar todo aquello que el derecho internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos daban por sentado, aquello incuestionable. Todo aquello se puso en jaque.

Este Tribunal Americano dio un paso clave en reconocer que el derecho a la salud es un derecho autónomo e independiente, que se encuentra contenido dentro de las obliga-

11 Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, supra, párr. 149, y Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra, párr. 141.

12 Cfr. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 2007. Serie C No. 171, párr. 119

13 Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, supra, párr. 149.

ciones de los Estados bajo el artículo 26 de la CADH, cuando anteriormente se lo tutelaba a través de la vía de conexidad con los derechos civiles y políticos. Con esta interpretación, el máximo tribunal reafirma la tesis de la exigibilidad y justiciabilidad directa de los derechos sociales.

Con el precedente de Poblete Vilches, la Corte destacó que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva, que significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC. Por otro, la adopción de medidas de carácter inmediato, las cuales consisten en adoptar medidas adecuadas a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.

Por consiguiente, a través de este caso en concreto ha logrado generar cambios en el contenido legislativo de los Estados Americanos, dejando en claro sus obligaciones, estipulando el cumplimiento de ciertos estándares del derecho a la salud en la esfera interna de los estados.

A lo largo del caso podemos observar el gran avance que significaron, los estándares internacionales en materia de derechos de las personas mayores, al entender y reconocer la vejez de manera digna y por ende el trato frente a ella que gran parte de las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección. A lo largo de este caso de Poblete Vilches podemos dilucidar como su edad, su estado de salud comprometido, y el diagnóstico poco positivo motivaron al personal de salud y autoridades del centro médico a discrecionalmente optar por dirigir su atención y recursos a pacientes más jóvenes, con una mayor posibilidad de salir adelante. Esto evidencia groseramente la mayor vulnerabilidad que padecen los adultos mayores, lo cual justifica la toma de medidas diferenciadas.

Esta decisión plantea para los países de la región un enorme desafío. Con el fin de que ya no existan más Pobletes Vilches.

Referencias Bibliográficas

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/20.pdf>
- Antoniazzi Morales Mariela Morales y Clérico Laura (2019). Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Disponible online en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/119948/CONICET_Digital_Nro.bed86982-5960-498f-b146-fca3da7acd3d_B.pdf?sequence=5
- Bazán, Víctor, (2014), Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá. Editorial: Ediciones Nueva Jurídica

- Garat, María Paula (2015). "El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la CIDH" en *Revista de Derecho- UCU*, 11, pp 59-79. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/234706158.pdf>
- Gialdino, Rolando, (2013), *Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos*, La Ley, T° 2013-E, Buenos Aires, p. 924-925.
- Martínez Silvia Edith (2019), *Derecho a la salud. Personas adultas mayores Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349*. Disponible online: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/52392/71167>
- Melish, Tara J., (2005), *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano, los derechos económicos, sociales y culturales, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, D.F., p. 173-219*. Disponible en: http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6/08_tara.pdf(link is external)
- Ronconi, Liliana (2019). *A 40 años de la creación de la Corte IDH, los derechos económicos, sociales y culturales traspasaron sus puertas y llegaron ¿para quedarse?*. anuario de derechos humanos vol. 15 núm. 1. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/52392/71167>
- Rossi, J. (2020). *Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de "Lagos del Campo" a "Asociación Lhaka Honhat"*. *Revista Pensar en Derecho*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/16/punto-de-inflexion-en-la-jurisprudencia-de-la-cidh-sobre-desca.pdf>
- Urquilla Bonilla, Carlos R., (2009), *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5945/6.pdf>

Violencia obstétrica y derechos humanos: reflexiones en torno a la sentencia Brítez Arce y otros Vs. Argentina, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Obstetric Violence and Human Rights: Reflections on the Judgment Brítez Arce et al. v. Argentina, by the Inter-American Court of Human Rights

María Victoria Gerbaldo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)16](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)16)

Comentario a

Caso Brítez c. Argentina, Sentencia de 22 de septiembre de 2016
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Acceso al fallo

RESUMEN:

El presente artículo analiza la sentencia Brítez Arce y otros Vs. Argentina, emitida por un tribunal internacional, y su impacto en el sistema jurídico tanto a nivel nacional como internacional. Se examinarán los aspectos clave de la sentencia, incluidos los antecedentes del caso y los principales argumentos de la sentencia. Además, se abordarán los desafíos y las oportunidades que esta sentencia presenta para el desarrollo de los derechos humanos y el sistema de justicia internacional.

ABSTRACT

This article analyzes the judgment of Brítez Arce et al. v. Argentina, issued by an international tribunal, and its impact on the legal system at both national and international levels. Key aspects of the judgment will be examined, including the background of the case and the main arguments put forth in the judgment. Additionally, the challenges and opportunities that this judgment presents for the development of human rights and the international justice system will be addressed.

¹ Maestranda en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Abogada. Premio Universidad 2016 (Universidad Nacional de Córdoba). Adscripta a la Cátedra de Derecho Constitucional. Participa en grupos de investigación en derechos humanos, salud pública, filosofía del derecho y litigio estratégico. Poder Judicial de la provincia de Córdoba. m victoria.gerbald@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-0322-7073>

PALABRAS CLAVE: Violencia obstétrica; derechos humanos; sistema interamericano.

KEY WORDS: Obstetric violence; human rights; Inter-American system.

I. Introducción

La violencia obstétrica, definida por la Organización Mundial de la Salud como "el maltrato verbal o físico de la mujer embarazada, durante el parto o el puerperio, que se basa en diferencias de poder reales o percibidas entre los proveedores de atención de salud y las mujeres" (Organización Mundial de la Salud, 2014, p. 7), es un tema de gran importancia en el ámbito del derecho a la salud. En el caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) condenó al Estado argentino por violaciones a los derechos humanos en el contexto de la atención obstétrica de Cristina Brítez, quien falleció en 1992.

Esta sentencia marca un hito significativo, ya que es la primera vez que la Corte IDH reconoce la violencia obstétrica en un caso contencioso. En la sentencia, se establece que hubo violencia obstétrica durante el parto y una falta de respuesta adecuada por parte del Estado para prevenir y erradicar esta forma de violencia contra las mujeres. Asimismo, se ordena al Estado argentino investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones a los derechos de la víctima y su familia.

El caso de Cristina Brítez Arce es trágico. En junio de 1992, con más de 40 semanas de embarazo, acudió a la Maternidad Sardá en busca de atención médica debido a diversas molestias relacionadas con su estado. Sin embargo, tras ser internada y recibir el diagnóstico de feto muerto, se decidió inducir el parto. Lamentablemente, Brítez Arce falleció pocas horas después. El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2001 y posteriormente elevado a la Corte Interamericana en 2021. El 16 de noviembre de 2022, el Tribunal declaró responsable a la República Argentina por la violación de los derechos a la vida, integridad y salud en perjuicio de Brítez Arce, así como los derechos a la integridad personal de sus hijos menores en ese momento.

La sentencia de la Corte IDH encontró que Brítez Arce no recibió el tratamiento médico necesario acorde a su embarazo y factores de riesgo, ni se le brindó información completa sobre las alternativas de tratamiento y sus implicaciones. Por el contrario, sufrió violencia obstétrica en circunstancias que pusieron en riesgo su vida y llevaron a su trágico fallecimiento. El Tribunal destacó "el reconocimiento total de su responsabilidad hecho por el Estado", el cual contribuyó al desarrollo del proceso y "a la satisfacción de las necesidades de reparación de las víctimas".

En el presente artículo se comenzará analizando los antecedentes en el sistema de Naciones Unidas y en la trayectoria de la Corte IDH, para luego continuar con un análisis de los principales argumentos de la sentencia. Esta sentencia representa un precedente importante, ya que establece un nuevo estándar interamericano que insta a los Estados a actuar para prevenir y evitar la violencia obstétrica, garantizando el derecho a la salud con servicios especializados, dignos, libres de discriminación y violencia para las personas gestantes y las situaciones posteriores al parto.

I. Antecedentes del caso:

Dentro de los antecedentes de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Brítez Arce y otros Vs. Argentina* destacamos la Comunicación núm. 17/2008 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, dictada el 27 de septiembre de 2011, y la Opinión Consultiva OC-29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El primero, la Comunicación núm. 17/2008 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante Convención CEDAW), se trató de un caso presentado por María de Lourdes da Silva Pimentel, madre de Alyne, a través de las organizaciones Centro de Derechos Reproductivos (CRR) y Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, contra el Estado brasileño. En este se estableció la responsabilidad internacional del Estado por la muerte materna prevenible de Alyne Pimentel, una mujer afrobrasileña. Alyne falleció a los 28 años debido a complicaciones obstétricas después de que un centro de salud en Río de Janeiro no le proporcionara acceso adecuado y oportuno a tratamiento obstétrico de emergencia. La muerte de Pimentel hubiera podido ser impedida si el centro de salud le hubiera diagnosticado y tratado correctamente por muerte fetal intrauterina.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer determinó que Brasil violó el artículo 12(2) de la Convención CEDAW y señaló la importancia de políticas estatales orientadas a la acción y los resultados, así como la movilización de recursos para garantizar el derecho de las mujeres a una maternidad segura y servicios obstétricos de emergencia.

Esta Comunicación es producto de que el Comité reciba y considere comunicaciones individuales, también conocidas como quejas, de o en nombre de una persona o grupo de personas que aleguen ser víctimas de una violación de la Convención por parte de un Estado parte (establecido en el Protocolo facultativo a la Convención). Para que el Comité pueda recibir denuncias individuales, el Estado parte en cuestión debe haber reconocido la competencia del Comité mediante la ratificación del Protocolo Facultativo. En el caso de Alyne, el Comité de CEDAW decidió que el caso era admisible debido a "retraso irrazonablemente prolongado", dado que habían transcurrido ocho años sin que el tribunal nacional adoptara una sentencia definitiva. Respecto de los méritos, el Comité concluyó que Brasil violaba el art. 12 (2) de la Convención CEDAW y citó la Recomendación General Nro. 28 (2010), que establece que "las políticas del Estado Parte deben estar orientadas hacia la acción y los resultados, así como contar con financiación adecuada". El Comité consideró que la reclamo se refería a la falta de acceso a atención médica relacionada con el embarazo, y que la muerte de la señora Da Silva Pimentel Teixeira debía "considerarse como una muerte materna" (párr. 7.3). En ese sentido, concluyó que no se le dio "acceso a servicios apropiados en relación con su embarazo" (párr. 7.4) y consideró responsable al Estado por no haber cumplido con las obligaciones derivadas del párrafo 2 del artículo 12 de la Convención: "Artículo 12. [...] 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia". El Comité también aseguró que "la falta de servicios de salud materna apropiados tiene efectos diferenciales sobre el derecho de la mujer a la vida" (párr. 7.6).

El segundo antecedente relevante, es la Opinión Consultiva OC-29/22 de la Corte Intera-

mericana de Derechos Humanos. Esta opinión consultiva, publicada en octubre de 2022, brinda directrices claras a los Estados sobre el tratamiento diferenciado y la protección de las personas privadas de libertad en mayor situación de riesgo. La Corte concluyó que los Estados deben aplicar un enfoque diferenciado para garantizar una ejecución de la pena respetuosa de la dignidad humana de estos grupos.

Una Opinión Consultiva de la Corte IDH es un instrumento jurídico mediante el cual la Corte brinda interpretaciones y orientaciones sobre la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos de derechos humanos. A diferencia de las sentencias, las opiniones consultivas no se emiten en respuesta a casos específicos, sino que se emiten a solicitud de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) o de órganos especializados de la OEA.

En la Opinión Consultiva OC-29/22, la Corte IDH concluye que los Estados “deben aplicar un enfoque diferenciado en la atención de las necesidades especiales de los distintos grupos poblacionales privados de libertad para asegurar una ejecución de la pena respetuosa de su dignidad humana”. En particular, los grupos objeto de análisis consistieron en: mujeres embarazadas, en periodo de posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas mayores, y niños y niñas que viven con sus madres en prisión. Esto implica que los Estados deben adoptar medidas especiales para proteger los derechos de las mujeres embarazadas y garantizar el goce efectivo de sus derechos humanos en estas situaciones durante y post embarazo. La diferenciación tiene como objetivo reconocer la singularidad y especificidad de estas situaciones y garantizar una protección adecuada y efectiva de los derechos de estas mujeres y sus hijos e hijas.

El alcance de esta solicitud derivó principalmente de dos consideraciones: a) el impacto diferenciado que enfrentan estos grupos de personas en el contexto de encarcelamiento –identificado, especialmente, en el marco de los mecanismos de monitoreo de la CIDH–, y b) la necesidad de profundizar y desarrollar por parte de la Corte IDH, a la luz de los estándares interamericanos, las obligaciones estatales en la materia.

II. Principales argumentos de la sentencia de la Corte IDH

En el marco del caso “Brítez Arce y otros vs. Argentina”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable a la República Argentina por la violación a la vida, a la integridad y a la salud en perjuicio de Cristina Brítez Arce.

En Junio de 1992, Cristina Brítez Arce (de 38 años de edad) acudió con más de 40 semanas de embarazo a la Maternidad Sardá, aduciendo varias molestias relacionadas con su estado. En ese momento, fue internada y recibió el diagnóstico de feto muerto. En consecuencia, se decidió inducir el parto. Brítez Arce falleció unas horas después.

El caso “Brítez Arce y otros vs. Argentina” llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2001 y fue elevado a la Corte Interamericana en 2021. El 16 de Noviembre de 2022, el Tribunal declaró responsable a la República Argentina por la violación de los derechos a la vida, a la integridad y a la salud en perjuicio de Brítez Arce. También, consideró que se habían violado los derechos a la integridad personal, en perjuicio de sus hijos e hijas menores de edad al momento de los hechos.

Este caso expone la violación de los derechos fundamentales de la Sra. Cristina Brítez Arce en relación con su derecho a la vida, la integridad física y psicológica, y la no discriminación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que el Estado argentino incumplió su deber de garantizar que el parto de su hija se llevara a cabo en condiciones adecuadas y sin violencia obstétrica, y de brindar una atención médica efectiva y adecuada ante la urgencia obstétrica presentada:

"El Estado incumplió su deber de garantizar el derecho a la vida, la integridad física y psicológica, y la no discriminación a la Sra. Brítez Arce, al no garantizar que el nacimiento de su hija se llevara a cabo en condiciones adecuadas, libres de violencia obstétrica, y de brindar una atención adecuada y efectiva ante la urgencia obstétrica presentada el 31 de agosto de 1992." (párr. 104).

A su vez, la sentencia de la Corte IDH pone de relieve una violación adicional de derechos en el caso, relacionada con la falta de garantías de una investigación adecuada y efectiva sobre las circunstancias que rodearon el fallecimiento de la Sra. Brítez Arce. Esta omisión por parte del Estado constituye una denegación de justicia y obstaculiza la protección y garantía de los derechos de la familia de la víctima:

La Corte IDH expresó que:

"Los Estados tienen la obligación de garantizar que las mujeres embarazadas tengan acceso a servicios de atención médica adecuados para proteger su salud y la de su hijo o hija, y que los servicios de atención médica sean proporcionados de manera respetuosa y libre de violencia obstétrica." (párr. 120).

En el ámbito internacional de los derechos humanos, existe consenso en que las mujeres embarazadas tienen derecho a recibir atención médica adecuada, y a que esta atención satisfaga sus necesidades específicas y proteja su salud y la de sus hijos e hijas. Esta obligación se encuentra reconocida en instrumentos internacionales como la Convención CEDAW y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar que las mujeres embarazadas tengan acceso a servicios de salud adecuados y que estos servicios sean proporcionados de manera respetuosa y libre de violencia obstétrica. La garantía de acceso a servicios médicos adecuados y respetuosos con los derechos de las mujeres gestantes implica, según la CIDH, el cumplimiento de cuatro obligaciones por parte de los Estados:

(1) Garantizar servicios de atención de calidad. Los Estados tienen la responsabilidad de asegurar que los servicios de atención médica para las mujeres gestantes sean de calidad. Esto implica brindar acceso a servicios de salud especializados y adecuados para el cuidado prenatal, atención durante el parto y atención posparto. Estos servicios deben cumplir con los estándares internacionales de calidad, incluyendo la disponibilidad de personal médico y de enfermería capacitado, infraestructura adecuada y suministro de medicamentos y equipos necesarios. Los servicios de atención también deben ser culturalmente apropiados y sensibles a las necesidades específicas de las mujeres gestantes.

(2) Asegurar que se provea a las mujeres información completa y consistente. Es funda-

mental que los cuerpos gestantes reciban información completa y consistente sobre su salud, opciones de tratamiento, procedimientos médicos y derechos. Los Estados tienen la obligación de garantizar que las mujeres gestantes tengan acceso a información clara y comprensible, que les permita tomar decisiones informadas y participar activamente en su atención médica. Esto implica que los proveedores de servicios de salud deben brindar explicaciones claras, responder preguntas y asegurarse de que las mujeres comprendan plenamente los procedimientos y tratamientos a los que serán sometidas.

(3) Promover la educación, formación y sensibilización de todas las personas que forman parte del sistema de salud. Los Estados deben tomar medidas para promover la educación, formación y sensibilización del personal de salud que brinda atención a las mujeres gestantes. Esto incluye garantizar que los proveedores de servicios de salud estén capacitados en el cuidado y atención prenatal, durante el parto y posparto, así como en la prevención y abordaje de la violencia obstétrica. La formación debe incluir aspectos técnicos, éticos y legales relacionados con la atención de las mujeres gestantes. Asimismo, es importante fomentar la sensibilización y concientización sobre los derechos de las mujeres gestantes y la importancia de una atención respetuosa, libre de discriminación y violencia. Esto contribuirá a mejorar la calidad de los servicios y a garantizar el respeto de los derechos de las mujeres gestantes en su interacción con el personal de salud.

(4) Establecer mecanismos efectivos de denuncia y acceso a la justicia. Los Estados tienen la responsabilidad de garantizar que existan mecanismos efectivos para que las mujeres gestantes puedan denunciar casos de violencia obstétrica y acceder a la justicia en caso de violaciones a sus derechos. Esto implica la creación y promoción de vías accesibles y seguras para presentar denuncias, así como la implementación de procesos judiciales justos y eficaces que aborden adecuadamente los casos de violencia obstétrica. Además, los Estados deben asegurar que las mujeres gestantes tengan acceso a asesoramiento legal y apoyo durante todo el proceso de denuncia y búsqueda de justicia. Esto incluye brindar información sobre los derechos de las mujeres gestantes, los procedimientos legales disponibles y los recursos disponibles para su protección.

Asimismo, la Corte IDH enfatizó que:

"El Estado también violó los derechos de la familia de la Sra. Brítez Arce al no garantizar una investigación adecuada y efectiva sobre las circunstancias que rodearon su fallecimiento, lo que constituye una denegación de justicia y un obstáculo para la protección y garantía de los derechos de la familia de la víctima." (párr. 289).

La CIDH ha sostenido consistentemente que el deber de investigar violaciones de derechos humanos es una obligación estatal fundamental. Según la Comisión y la Corte, una investigación adecuada y efectiva es esencial para el esclarecimiento de los hechos, el enjuiciamiento de los responsables y la prevención de futuras violaciones (CIDH, 2016; CIDH, 2017). En el caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina, la falta de una investigación apropiada por parte del Estado impide que se haga justicia en relación con el fallecimiento de la Sra. Brítez Arce y obstaculiza los derechos de su familia a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Esta violación de derechos se suma a la ya reconocida violencia obstétrica sufrida por la Sra. Brítez Arce y, en última instancia, amplía el alcance de las violaciones de derechos

humanos en este caso. La falta de una investigación adecuada no solo perpetúa la impunidad de los actores responsables de la violencia obstétrica, sino que también socava la confianza en el sistema de justicia y perpetúa un ciclo de vulneración de derechos.

La jurisprudencia de la CIDH respalda la importancia de una investigación adecuada y efectiva en casos de violaciones de derechos humanos. En el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, la CIDH estableció que "la obligación de investigar [...] debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad [...] Los Estados están obligados a investigar de oficio situaciones de esta naturaleza" (CIDH, 1988, párr. 176). Esta doctrina se ha reiterado y fortalecido en casos posteriores, incluidos los casos Gutiérrez Soler Vs. Colombia (CIDH, 2005) y Vélez Llor Vs. Panamá (CIDH, 2010), donde la CIDH destacó la importancia de una investigación diligente y exhaustiva en el contexto de violaciones de derechos humanos.

En consecuencia, la omisión del Estado argentino de garantizar una investigación adecuada y efectiva sobre las circunstancias que rodearon el fallecimiento de la Sra. Brítez Arce constituye una violación adicional de los derechos de su familia. Esta denegación de justicia no solo afecta la búsqueda de verdad y justicia en este caso específico, sino que también debilita el sistema de protección de derechos humanos en su conjunto.

Esta sentencia representa un precedente importante, ya que reconoce el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, incluyendo la violencia obstétrica, la cual queda expresamente prohibida. Además, establece claramente la obligación de los Estados de prevenir y combatir la violencia obstétrica, teniendo en cuenta la vulnerabilidad que implica el embarazo, el parto y el posparto. En consecuencia, se establece un nuevo estándar interamericano que insta a los Estados a actuar para prevenir y evitar la violencia obstétrica, garantizando el derecho a la salud con servicios especializados, dignos, libres de discriminación y violencia para las personas gestantes.

III. Implicancias en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos

La salud materna es un derecho humano fundamental respaldado por varios instrumentos internacionales que protegen los derechos a la vida, la salud, la igualdad, la no discriminación y la ausencia de maltrato. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2019), la salud materna abarca el bienestar de las mujeres durante el embarazo, el parto, el posparto y el período que los une.

El acceso a una variedad de servicios relacionados con el embarazo, el parto y el posparto es crucial para garantizar una atención adecuada y efectiva en estas circunstancias. Estos servicios engloban la atención prenatal, servicios de parto seguros, acceso a servicios de emergencia obstétrica y atención posparto. Además, es esencial que estos servicios estén disponibles incluso en situaciones de crisis, y se brinden sin discriminación, imposición o violencia. El acceso a servicios de salud adecuados y de alta calidad a lo largo del proceso de embarazo y parto reduce la mortalidad materna e infantil, y asegura la salud y el bienestar tanto de las madres como de los recién nacidos.

Es fundamental que la atención en salud materna se libre de violencia obstétrica. La OMS (2016) define la violencia obstétrica como el uso inapropiado de intervenciones médicas, la falta de respeto hacia la dignidad de la mujer, la negación de atención y tratamientos, o la falta de consideración de las preferencias y necesidades de las mujeres. La violen-

cia obstétrica es un problema grave que afecta la salud y los derechos humanos de las mujeres a nivel mundial, y su erradicación es crucial para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la salud materna.

Esto implica que todas las mujeres embarazadas tienen derecho a un parto seguro y positivo, así como a elegir a quién desean que las acompañe. Además, los padres deben recibir apoyo para amamantar, sostener a los recién nacidos y compartir una habitación con ellos.

Los proyectos de ley relacionados con las defunciones fetales desempeñan un papel importante al establecer medidas para proteger los derechos de las personas embarazadas y las familias que han experimentado la pérdida de un feto. Estas medidas pueden incluir la creación de un registro para las defunciones fetales, la inscripción en los Libros de Defunciones Fetales, la emisión de permisos para la inhumación, la implementación de medidas para el duelo respetuoso y la atención integral frente a la muerte fetal. Estas medidas pueden contribuir a garantizar que las personas embarazadas y sus familias reciban la atención y el respeto que merecen en situaciones de pérdida fetal, lo cual es fundamental para su proceso de curación emocional.

La preocupación por los proyectos de ley relacionados con las defunciones fetales ha aumentado en muchas partes del mundo, dado que la pérdida fetal es un problema que afecta a las personas embarazadas y a sus familias. A nivel global, se estima que ocurren alrededor de 2.6 millones de muertes fetales cada año (OMS, 2018). La falta de atención adecuada y apoyo emocional en estos casos puede tener un impacto negativo en el proceso de curación, por lo que los proyectos de ley son fundamentales para garantizar los derechos de estas personas.

Hasta hace poco, en muchos países no se contemplaba la posibilidad de registrar la defunción de un feto, lo que resultaba en una falta de atención y respeto adecuados para las personas embarazadas y sus familias frente a la pérdida fetal (OMS, 2016). Los proyectos de ley relacionados con las defunciones fetales pueden ayudar a cambiar esta situación al establecer medidas que aseguren que las personas embarazadas y sus familias reciban la atención y el respeto que merecen en estos casos.

Por ejemplo, en Argentina, ya se han promulgado leyes que requieren la inscripción obligatoria de las defunciones fetales en los Libros de Defunciones Fetales, incluso para las defunciones ocurridas antes de las 22 semanas de gestación (Ley Nacional 26.413). Además, estas leyes pueden establecer medidas para facilitar el permiso de inhumación y garantizar el derecho al duelo respetuoso y la atención integral frente a la muerte fetal.

IV. Conclusión

La sentencia Brítez Arce y otros Vs. Argentina emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos marca un hito significativo al reconocer y condenar la violencia obstétrica en un caso contencioso. Esta sentencia establece un nuevo estándar interamericano que insta a los Estados a prevenir y erradicar la violencia obstétrica, garantizando el derecho a la salud de las personas gestantes con servicios especializados, dignos, libres de discriminación y violencia.

El caso ejemplifica las graves consecuencias de la violencia obstétrica y la falta de una respuesta adecuada por parte del Estado. La sentencia encontró que hubo violaciones a

los derechos a la vida, integridad y salud de Brítez Arce, así como a la integridad personal de sus hijos e hijas.

Se presentan desafíos y oportunidades para el desarrollo de los derechos humanos y el sistema de justicia internacional. Establece la importancia de proteger y garantizar los derechos de las personas gestantes durante el embarazo, parto y puerperio, y resalta la necesidad de prevenir y erradicar la violencia obstétrica en todas sus formas. Para lograr esto, es esencial que los Estados implementen políticas y medidas concretas para garantizar una atención obstétrica de calidad, respetuosa, segura y centrada en las necesidades y preferencias de las personas gestantes. Además, se deben promover la capacitación y sensibilización del personal de salud, así como la promoción de la participación activa de las personas gestantes en la toma de decisiones relacionadas con su salud.

Referencias bibliográficas

- Caso Brítez c. Argentina, Sentencia de 22 de septiembre de 2016, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1988). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2005). Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2010). Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2016). Informe sobre la violencia contra las mujeres en la región. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 52/16.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Informe sobre la obligación de investigar, juzgar y sancionar seriamente las violaciones a los derechos humanos en América.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Alynne da Silva Pimentel Teixeira c. Brasil (Comunicación No. 17/2008)
- Opinión Consultiva OC-29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2014). Prevención y eliminación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2016). BANCOS DE DATOS DE DEFUNCIONES FETALES/NEONATALES: LINEAMIENTOS.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2016). Standards for improving quality of maternal and newborn care in health facilities.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2018). Maternal, newborn, child and adolescent health: Stillbirths.

¿Violencia obstétrica? Un caso más

Obstetric violence? Yet another case

Lourdes Isabel Strada¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)17](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)17)

Comentario a

Caso Brítez Arce y Otros Vs. Argentina

Sentencia de 16 de noviembre de 2022

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Acceso al fallo

RESUMEN:

El Estado Argentino reconoce las violaciones en perjuicio de Cristina Brítez Arce y sus dos hijos en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre las cuales se expide la Corte IDH en esta sentencia. Cristina era una mujer de 38 años que transitaba un embarazo riesgoso en virtud de su edad y de su antecedente de hipertensión arterial. Sin embargo, su diagnóstico y tratamiento fueron equivocados y ello condujo a su fallecimiento y a la consecuente desintegración de su familia que luego de iniciar varios procesos judiciales, recién obtuvo justicia 30 años después, dado que la muerte de la Sra. Brítez fue en el año 1992 y la sentencia objeto de este artículo es del año 2022.

ABSTRACT

The Argentinian State acknowledges the violations against Cristina Brítez Arce and her two children within the scope of the Inter-American Human Rights System, as addressed by the Inter-American Court of Human Rights in this judgment. Cristina was a 38-year-old woman going through a high-risk pregnancy due to her age and history of hypertension. However, she was misdiagnosed and received improper treatment, leading to her death and her family structure subsequently falling apart. After initiating several legal proceedings, justice was only served 30 years later, as Mrs. Brítez's death occurred in 1992, and the judgment referred to in this article is from 2022.

PALABRAS CLAVE: Discriminación; Derecho a la salud; Mortalidad materna; Violencia obstétrica; Derechos Humanos de las mujeres.

KEY WORDS: Discrimination; Right to health; Maternal mortality; obstetric violence; Human Rights of women

¹ Contadora Pública (Facultad de Ciencias Económicas – Universidad de Buenos Aires) y estudiante de Licenciatura en Administración y Abogacía, Universidad de Buenos Aires. Ayudante-Alumna en "Instituciones del Derecho Público", Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Mail: stradalourdes@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-7089-6228>

Consideraciones generales:

En el caso *Brítez Arce y otros vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos evidencia una serie de insuficiencias por parte del Estado demandado, quien consciente de ello, aunque sea en parte, reconoce su responsabilidad internacional enmarcada en el Informe de Fondo confeccionado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Si bien el presente caso construye a lo largo de su texto el concepto de justicia para los interesados, no creo que debamos entender a esta causa judicial como aislada, ni mucho menos centrarnos en los aspectos meramente jurídicos sin lograr dimensionar las vivencias de las víctimas.

Esta historia es la de dos niños o adolescentes, Ezequiel Martín Avaro de 15 años y Vanina Verónica Avaro de 12 años, quienes el 1 de junio del año 1992 perdieron a su madre, Cristina Brítez Arce, supuestamente, por un paro cardiorrespiratorio no traumático.

Cristina, Ezequiel y Vanina, tres víctimas. La pregunta que debemos hacernos es: ¿tres víctimas de qué? Analizaremos a lo largo de este artículo las reiteradas violaciones a los derechos humanos, aclarando al lector que el concepto de “reiteración” utilizado no es al azar, dado que la sentencia pone de manifiesto no solamente el sufrimiento padecido por la familia Brítez en diversos ámbitos, sino también el contexto socio-cultural del Estado argentino (y de otros países que integran el mismo sistema regional de protección de los derechos humanos) caracterizado por la existencia de una discriminación estructural hacia la mujer y que afecta a todo el conjunto de instituciones que lo componen.

I. El caso: paso a paso

Cristina Brítez Arce era una mujer de 38 años que transitaba su tercer embarazo cuando acudió a su primer control prenatal el 25 de noviembre del año 1991, momento en el que reporta un antecedente de hipertensión arterial tal como surge de un informe pericial que fue admitido como prueba².

El primero de diciembre del mismo año se hizo su segundo control con 15 semanas de gestación, oportunidad en la que le sugirieron realizarse otro chequeo médico cuatro semanas después. Es así que el 10 de marzo del año 1992 acude por primera vez al Hospital Público “Ramón Sardá”, donde nuevamente hace saber a los facultativos su historial médico destacando el antecedente de hipertensión arterial, tal es así, que el día siguiente, al realizarse una ecografía obstétrica, el cardiólogo que atendió a Cristina tomó nota de dicho antecedente manifestado por la paciente. Del estudio médico se concluye que el diámetro biparietal del feto era compatible con 31 semanas y el fémur compatible con 30 semanas de gestación.³

Luego de esto, Cristina Brítez Arce concurre al Hospital “Ramón Sarda” en 4 ocasiones para asistir a consultas: el 6 de abril, el 21 de abril, el 5 de mayo y el 19 de mayo (este último día con el objetivo de realizarse una ecografía adicional). Sumado a esto, no debemos perder de vista que entre el 10 de marzo y el 1 de junio, la señora Brítez Arce aumentó más de 10 kilos, parámetro que nos permite inducir que la situación sobrepasa

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso *Brítez y otros vs. Argentina*, párrafo 27.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso *Brítez y otros vs. Argentina*, párrafo 28.

la normalidad, dado que “los incrementos considerados -normales- se extienden hasta los quinientos gramos por semana en este período del embarazo”⁴.

Lo dicho hasta aquí nos permite dimensionar el conocimiento de la situación que tenían los médicos que atendieron a la señora Brítez durante tres meses. Los profesionales para el 1 de junio de 1992 conocían sus antecedentes, el estado de su embarazo, su aumento de peso, los posibles riesgos, entre otras cosas que pueden escapar al común de las personas no expertas en medicina. En esa fecha, el 1 de junio del año 1992, Cristina, la madre de dos adolescentes, Ezequiel y Vanina, ingresa a “Maternidad Sardá” con molestias lumbares, fiebre y pérdida de líquido por sus genitales. Allí, una ecografía marcó el inicio de las malas noticias, indicando que el feto estaba muerto, por lo que los médicos decidieron internarla para inducirle el parto. Lo que hasta el momento parecería un acontecimiento inevitable o imprevisible, en realidad, como veremos a continuación, fue producto de la sumatoria de una serie de actos negligentes que se coronaron con la muerte de Cristina ese mismo día a las 18 horas, producto, según el certificado de defunción, de un “paro cardio respiratorio no traumático”.⁵

En este momento y por la implicancia que tiene para nuestro análisis jurídico del caso, no debemos perder de vista que el día de su muerte, la señora Brítez ingresó al Hospital a las 9 de la mañana. Luego de realizarle los estudios médicos, la inducción al trabajo de parto comenzó a las 13:45 horas y finalizó a las 17:15 horas. Durante todo ese lapso de tiempo, la víctima tuvo que esperar nada más ni nada menos que dos horas sentada en una silla, tal como lo declaró su hijo de 15 años, Ezequiel Martín Avaro.⁶

A partir de allí, se han iniciado una serie de causas judiciales impulsadas por el señor Miguel Ángel Avaro, padre de Ezequiel y Vanina, las que han generado mayor controversia, al mismo tiempo que retrasaron la obtención de justicia.

En primer lugar, el 15 de junio de 1992 presentó una denuncia por la muerte de la señora Brítez, solicitando una autopsia, la que se realizó recién el 25 de julio de 1992⁷. Antes de ello, se había presentado el primero de 10 peritajes que tuvo esta historia, el que fue declarado nulo y cuyos peritos fueron demandados por la jueza de la causa N° 2.391 por falsedad de documento público, por encubrimiento y, más tarde, por falsificación de la historia clínica⁸. Esos peritos fueron sobreesidos en la causa N°21.375 del año 1996.

Ahora bien, dado que la jueza de la primera causa había demandado a los expertos, solicitó la realización de otro peritaje, el segundo, que fue entregado el 25 de abril de 1995. Este informe llegó a la conclusión de que la señora Brítez era una paciente de alto riesgo que debería haber recibido un tratamiento diferenciado⁹. Así, en el año 1998 se acusa a dos médicos del Hospital Público “Ramón Sardá” por homicidio culposo¹⁰, en virtud de la impericia y la negligencia que los caracterizó al momento de atender a la pa-

4 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 6 de agosto de 1999. Sentencia de apelación en la causa N°27.985/98.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 29.

6 Ibidem, párrafo 29.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 30.

8 Ibidem, párrafo 35

9 Ibidem, párrafo 32

10 Ibidem, párrafo 33

ciente, respecto de la cual realizaron un diagnóstico equivocado. En dicha causa, fueron absueltos fundamentando que era controvertida la calificación del embarazo de Cristina Brítez Arce como “embarazo de riesgo” y que no se han demostrado los elementos jurídicos para acreditar la imprudencia. No es una cuestión menor aclarar que la Cámara de Apelaciones confirmó esta sentencia y la Corte rechazó el recurso extraordinario federal por extemporáneo¹¹.

Como dije anteriormente, respecto de la causa N°21.375, más allá de la importancia del resultado de sobreseimiento de los acusados, debemos analizarla en el contexto general, dado que, durante este proceso se llevaron adelante un tercer peritaje realizado por el director de la Academia Nacional de Medicina, un cuarto, un quinto y un sexto peritajes que fueron consecuencia estos últimos tres de una pericia plenaria (donde se presentaron tres informes: el principal y dos adicionales) y, un séptimo y un octavo presentados durante el proceso de apelación. Esta serie de peritajes contribuyó a aumentar las incógnitas sobre el caso: ¿Por qué tantos peritajes? Una respuesta coherente es pensar que los detalles no eran tan claros, aunque si nos ubicamos en una postura negativa del asunto, nos podría surgir una nueva pregunta ¿Qué decían esos peritajes? ¿Acaso se buscaba encubrir a alguien? Veremos la conclusión de este artículo para acercarnos un poco más a la verdad, pero lo que no es opinión y está claro es que dichos peritajes no eran con-testes. Mientras que algunos coincidían con el primer informe presentado respecto de que el embarazo de la señora Brítez no puede categorizarse como “embarazo de riesgo” o que, como mínimo, existen dudas al respecto; otros como el séptimo peritaje no solamente sugirieron lo contrario, es decir, que dicho embarazo debía recibir un proceso diferenciado en virtud de los antecedentes de la paciente, sino que también fijaron las pautas que fundamentan las violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal de Cristina Brítez Arce, fundamentando que ella había sufrido una eclampsia (anticipo aquí que la eclampsia es hiperpresión arterial durante el embarazo pero la desarrollaré con mayor profundidad más adelante) generando acidosis y una hemorragia cerebral, combinación que llevó a la muerte de la paciente por paro cardio respiratorio irreversible. Ya en este punto, comienzan a visualizarse las conductas que generaron la muerte de la víctima, lo que daría lugar a analizar la culpabilidad respecto del tratamiento. Sin embargo, las malas noticias no terminan allí. Ese mismo séptimo peritaje sostuvo que se identificaron deficiencias en la historia clínica como omisiones, números adulterados, no se encontraba foliada en su totalidad, en varias hojas no estaba el nombre completo de la paciente, etc.

Sin embargo, el proceso de apelación alejó, nuevamente, al Sr. Avaro y a sus hijos de la tranquilidad de haber obtenido justicia, dado que la Cámara (en octubre de 2002) no basó su decisión en el séptimo peritaje explicado anteriormente, sino que lo hizo sobre el octavo peritaje que concluía que el embarazo tuvo una evolución normal y que la atención médica prestada fue la adecuada¹².

Precedentemente, sostuve que, a partir de la muerte de Cristina Brítez Arce, se iniciaron una serie de causas judiciales. Tal es así que el Señor Miguel Ángel Avaro inició el 1 de abril de 1998 otra más, la N°27.985 denunciando penalmente a los 31 médicos que participaron del cuarto, quinto y sexto peritaje, es decir, el principal y los dos adicionales, sosteniendo que la pericia plenaria era falsa y que ocultó la verdadera causa de la muer-

11 Ibidem, párrafo 39

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 39.

te de la madre de sus hijos¹³. Durante este proceso judicial, uno de los firmantes declaró que le llegó un informe ya firmado por otros profesionales, en el que no se podían realizar consideraciones y que se le imposibilitó la excusación. Sumado ello, se demostró mediante prueba testimonial que se trataba de un dictamen preelaborado en el que no participaron activamente todos los médicos firmantes¹⁴.

El resultado de este litigio también fue negativo para las víctimas, quienes apelaron la decisión del Tribunal de primera instancia, presentaron recurso de casación frente a la confirmación de la sentencia por parte de la Cámara y frente a su rechazo, recurso de queja por la casación denegada, el cual también fue desestimado¹⁵. El 8 de mayo del año 2000 interponen recurso extraordinario federal y presentaron recusación contra los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que la conformación del alto tribunal no cuente con miembros que tengan una relación de jerarquía sobre el Cuerpo Médico Forense que realizó el peritaje objeto de discusión. Sin embargo, este recurso fue declarado inadmisibile¹⁶.

Toda esta secuencia cuenta con dos causas más:

1) En primer lugar, una causa penal contra el perito que realizó el noveno peritaje (explicado a continuación) que tuvo como resultado la absolución por parte de la primera instancia judicial como así también la confirmación de la Cámara de Apelaciones y la denegación de los recursos de casación y queja presentados¹⁷.

2) En segundo lugar, el proceso civil de daños y perjuicios N°42.229/94 iniciado por la pareja de Cristina Brítez contra los médicos del hospital, contra el Hospital "Ramón Sardá" y contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires¹⁸. Durante este proceso se presentaron dos peritajes más; el noveno ordenado por el juez civil que sostuvo que la edad y los antecedentes de la paciente permiten concluir que dicho embarazo era de riesgo, aunque también indicó que el tratamiento seguido por los médicos fue el adecuado, y el décimo, pedido por la parte actora, que informó que el antecedente de hipertensión arterial junto con el aumento excesivo de peso anormal en esa etapa del embarazo conforma un cuadro de preeclampsia. Al mismo tiempo, este peritaje sostiene que si se analiza la ecografía del 19 de mayo de 1992 puede observarse que el embarazo era de 39 semanas con una placenta con posibles signos de envejecimiento, pero en ese momento, erróneamente, se informó que era de 36 semanas. También, el experto sostuvo que la decisión de internar a la paciente tiene que ir acompañada de la realización de una serie de estudios como control de orina, tensión arterial, investigación de la madurez fetal, indicación de un régimen alimenticio determinado, entre otras cosas¹⁹.

Todo este proceso que parecería indicar una sola solución posible finaliza con una sentencia casi sarcástica de primera instancia que no sólo rechaza la demanda, sino que fundamenta el rechazo con la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue la causa de la muerte de Cristina en virtud del plazo de tiempo que transcurrió desde este trágico acontecimiento hasta el momento en el que se realiza la autopsia, dado que esta no se

13 Ibidem, párrafo 40.

14 Ibidem, párrafo 41.

15 Ibidem, párrafo 43.

16 Ibidem, párrafo 45.

17 Ibidem, párrafo 51.

18 Ibidem, párrafo 46.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 48.

llevó adelante inmediatamente después del fallecimiento. Esto no termina aquí, parece repetirse un patrón, la Cámara de apelaciones confirma esta sentencia y la Corte rechaza un recurso extraordinario presentado contra esa decisión²⁰.

II. Marco jurídico sobre los derechos de las mujeres: medidas para eliminar la desigualdad.

Como dije anteriormente, no debemos analizar la historia de Cristina Brítez Arce como un caso aislado ni mucho menos realizar un análisis plenamente jurídico que nos aleje de las vivencias de las víctimas. Todo esto, lo digo con el objetivo de tomar dimensión de lo que significa la opinión de la Corte IDH, no sólo para las víctimas, sino también para todo un grupo social históricamente postergado y que ha sufrido reiteradas discriminaciones a lo largo de la historia. En el mismo sentido, tomo las palabras de la Doctora Mónica Pinto: “Cuando nos referimos a la discriminación contra la mujer no entendemos hacerlo respecto de un caso en específico, sino enfocando el conjunto de conductas y actitudes que evidencian discriminación hacia las mujeres en general, por el solo hecho de ser mujeres. No se trata del enfoque de la igualdad del liberalismo clásico, de corte individualista, sino de una igualdad estructural que incorpora datos históricos y sociales que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a que se encuentran sometidos sectores de la sociedad, entre ellos, las mujeres” (Pinto, 2017: 51)²¹.

Mucho se ha discutido y debatido sobre el término “igualdad”. Coincido con la perspectiva de doctrinarios, entre ellos, Roberto Saba, quien, para ayudarnos a comprender este concepto, plantea dos perspectivas: ¿Miramos a la igualdad desde la “no discriminación” o desde el “no sometimiento”?²² En otras palabras, claro está que existen diferencias entre hombres y mujeres (podríamos comparar dos grupos sociales distintos, pero me centro en las mujeres para profundizar la comprensión de la sentencia objeto de este artículo), el problema es cuando la discriminación realizada por el Estado mediante su acción u omisión implica una prohibición estipulada por el texto constitucional argentino o por un tratado internacional que dicho Estado firmó como es la Convención Americana de Derechos Humanos aplicable en el presente caso.

Si partimos de la idea, entonces, de que sí existen diferencias entre hombres y mujeres, el Estado tiene la posibilidad de actuar de dos maneras conforme lo plantea el párrafo anterior. Por un lado, basado en el principio de “no discriminación” lo que implicaría estipular un ordenamiento jurídico sustentado en la igualdad ante la ley y, por consecuencia, en la igualdad de trato; y por el otro lado, la perspectiva del “no sometimiento”, la que nos hace entender que la base de las normas es una situación de hecho existente que no podemos perder de vista: la desigualdad existe, por lo que el Estado debe diferenciar entre grupos sociales. Así, el Dr. Roberto Saba sostiene: “Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo, a las mujeres sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras (...)” (Saba, 2008: 702)²³.

20 Ibidem, párrafo 49-50.

21 Pinto, Mónica (2017): “Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”, 9 Pensar en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <https://bit.ly/3eMuGCL>. Pp. 51.

22 Saba, Roberto (2008): “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, Roberto, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 695 – 742.

23 Saba, Roberto (2008): “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, Roberto, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 702.

Para complementar este concepto y con el objetivo de brindar claridad, Abramovich plantea (en el mismo sentido): “La noción de igualdad material o estructural parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido las circunstancias que afectan a un grupo desventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, el ejercicio de un derecho. También conduce a examinar la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados” (Abramovich, 2010: 163)²⁴.

Lo dicho hasta el momento nos permite entender la existencia de normas internacionales y nacionales tendientes a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos por parte de las mujeres y, más específicamente, de las mujeres durante el embarazo. Sobre este argumento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Brítez* expone diferentes textos convencionales con el objetivo de encuadrar a este caso en un determinado contexto social y de evitar la existencia de futuras víctimas. Expresamente lo sostiene la Corte cuando fundamenta: “(...) la Corte estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos ocurridos, (...). Ello contribuye a la reparación de las víctimas, “a evitar que se repitan hechos similares” (...)” (el entrecomillado es mío). Es en este sentido que debemos mencionar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que señala: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y a ayuda especial”. En el mismo camino, la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sostiene en su artículo 4.2: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”. Sumado a esto, en su artículo 12.2 establece: “(...) los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Este marco jurídico fue objeto de aplicación por parte de la jurisprudencia internacional. El órgano jurisdiccional del sistema regional Interamericano de Derechos Humanos ya ha recalado en varias ocasiones la situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse una mujer durante su embarazo. Tal es así que en la sentencia “*Gelman vs. Uruguay*” del año 2011 sostuvo: “El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. (...) Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”²⁵.

Todo lo dicho anteriormente también tuvo impacto en las conductas del Estado argentino quien alega haber tomado medidas para eliminar las discriminaciones hacia las mujeres. En otras palabras, en la sentencia *Brítez*, el Estado reconoce su responsabilidad

24 Abramovich, Víctor (2010): Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos 2010 Núm. 6. Pág: 163.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011. Caso *Gelman vs. Uruguay*, párrafo 97.

aunque por otro lado fundamenta el porqué la Corte no debería ordenar las medidas solicitadas por la Comisión que tienen por objeto poner en marcha capacitaciones en los centros de salud tanto públicos como privados orientadas al personal médico para que éste pueda atender a mujeres embarazadas o en período de parto respetando determinados estándares. Es en este contexto que el Estado argentino argumenta que no es necesaria la aplicación de este plan de capacitación porque se han tomado las medidas necesarias para revertir la situación del año 1992. Así, expone la sanción de leyes que nos permiten completar todo el marco jurídico expuesto anteriormente. La ley 25.929 que establece estándares respecto de derechos y prestaciones obligatorias de las mujeres y otras personas gestantes durante el embarazo, parto y postparto. En el mismo sentido, se hizo referencia a la ley 27.610 que reconoció el derecho a interrumpir legalmente el embarazo y a la atención postaborto y a la ley 27.611 que tiene como objetivo según su artículo 1: “fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia”²⁶.

III. Violaciones en el caso Brítez Arce y otros vs. Argentina: Derecho a la vida, derecho a la integridad personal y ¿derecho a la salud?

1. Derecho a la vida y a la integridad personal:

Lo dicho hasta aquí nos permitirá comprender el escenario completo en el que trabaja la Corte IDH para fundamentar las violaciones específicas de este caso, las cuales, repito, fueron reconocidas por el Estado.

En primer lugar, hablamos de la violación al derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley (...)”. Cabe destacar que este derecho fue violado únicamente en perjuicio de Cristina Brítez Arce²⁷.

En segundo lugar, también el Estado argentino reconoce la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 del mismo instrumento jurídico: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. En este caso, no sólo hablamos de la víctima mortal del caso, sino que hacemos referencia a sus dos hijos en virtud de las consecuencias negativas generadas por la muerte de su madre a tan temprana edad de sus vidas²⁸. En este sentido, la Corte IDH hace referencia al sufrimiento padecido por ellos, a la incertidumbre de no conocer la verdadera causa del fallecimiento de su madre, a los sentimientos de impotencia e inseguridad por los obstáculos construidos por las instituciones estatales respecto de la búsqueda de justicia, etc.

En el mismo camino, se agrava la situación aún más si pensamos en la edad de Ezequiel y Vanina, dado que están protegidos por otros instrumentos internacionales orientados al cuidado de la niñez. En el presente caso, la vida de ellos cambió por completo, dado que cambiaron de escuela, barrio, amigos e, incluso, las personas con las que convivían; Mientras que Ezequiel se fue a vivir con sus abuelos quienes murieron al poco tiempo, su hermana se fue a vivir con sus tíos, lo que implica, en sí mismo, la pérdida de contacto cotidiano entre ellos.

26 Ley 27.611 (2020): Ley nacional de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 86.

28 Ibidem, párrafos 86 y 100.

Podemos observar estas consecuencias directas, sin embargo, esto no termina allí. De la declaración testimonial de Ezequiel pueden analizarse sus secuelas emocionales que se transformaron en conductas de rebeldía durante su adolescencia y los siguientes problemas de adicción²⁹.

En el caso de Vanina, como dije anteriormente, fue separada de su hermano mayor, al mismo tiempo que no tuvo la oportunidad de ingresar a la universidad, ni establecer lazos personales duraderos, ni formar una familia y, mucho menos, atravesar un embarazo por el trauma sufrido.

En conclusión, la pérdida de la vida de Cristina en manos del Hospital Público Ramón Sardá no significó simplemente un descuido o una negligencia. Como dije al inicio del artículo, no debemos reducir esta causa a un caso concreto, ni mucho menos realizar un análisis meramente jurídico que nos aleje de las vivencias de las víctimas. Entonces, reflexionemos sobre los resultados negativos generados en la vida de estos dos niños por la muerte de su madre, la que significó ni más ni menos que la “desintegración total de su familia” tal como dice la Corte³⁰.

Es en este sentido que me interrogo a mi misma e interrogo a mis lectores. A Lucio Anneo Séneca (4 a.C; 65 d.C), filósofo, político, orador y escritor romano, se le atribuye la frase: “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”. Entonces, mi pregunta es si una sentencia dictada por la Corte IDH treinta años después de los hechos (Ezequiel tenía 15 años al momento de fallecer su madre y hoy es un hombre mayor de 45 años) más allá de que haga justicia, no tiene el sinsabor amargo de la justicia tardía que es, por lo tardía, tristemente injusta.

2. ¿Derecho a la salud?

Por último, tal como remarco en el título, se plantea un debate respecto de otra violación que el Estado también reconoce. Estamos hablando del derecho a la salud, pero si uno busca alrededor del articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es el instrumento que encuadra la creación y competencia no solo de la Corte sino también de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, podrá observar que este derecho no está consagrado como tal, como sí lo están el derecho a la vida o a la integridad personal antes desarrollados. Desde el punto de vista jurídico, una cuestión interesante, la Corte Interamericana entiende que puede declarar la violación de un determinado derecho que no está consagrado de forma individualizada o concreta en el texto del tratado que limita sus facultades.

Ahora bien, tal es la controversia sobre esto que ni siquiera hay unanimidad sobre el tema entre los miembros del organismo que dictó la sentencia. Así, intentaré presentar los argumentos a favor de una y otra posición.

Por un lado, la mayoría de la Corte al momento de observar las violaciones de los derechos humanos de la paciente Sra. Brítez los encuadra en los artículos 4, 5 (como he mencionado anteriormente) y 26 CADH. Este último artículo sostiene: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la

²⁹ Ibidem, párrafos 93.

³⁰ Ibidem, párrafos 94.

plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Ahora bien, lo estipulado, la Corte, lo combina con otras consideraciones del derecho internacional de los derechos humanos, fundamentando que los mismos son un todo indisoluble, es decir, plantea que no existen relaciones de jerarquía entre los derechos civiles y políticos por un lado y los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales por el otro.

Este argumento, como así también la idea de comprender el acceso a la salud como un derecho autónomo y justiciable por la Corte IDH, no es la primera vez que es sostenido por la Corte IDH. El precedente más claro y en donde el organismo sienta las bases de su teoría es la sentencia “Poblete Vilches y otros Vs. Chile”.

Así, va formando un criterio basado en estas dos condiciones: si los Estados Partes están obligados a tomar las medidas necesarias que en el presente caso se trata de cumplir con determinados estándares para lograr una atención médica adecuada, en caso de que no se cumplan éstos mínimos, estarían violando el derecho a la salud consagrado en otros instrumentos internacionales, pero como la Corte IDH entiende que el ejercicio del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud implicaría la vulneración del derecho a la integridad personal y, en algún caso extremo, del derecho a la vida, fundamenta en esta sentencia que la muerte de Cristina Brítez Arce fue resultado “de un evidente mal funcionamiento de los servicios hospitalarios, y se vio privada de la posibilidad de acceder a una atención de urgencia adecuada (...)”. Tal es el nivel de conexión sostenido por el organismo jurisdiccional que deja entrever, de alguna manera, que la adopción de medidas para garantizar el derecho a la salud son las obligaciones positivas para proteger el derecho a la vida.

¿A qué me refiero con esto? Durante un tiempo, la doctrina ha diferenciado a los “grupos” de derechos humanos tomando como criterio el tipo de obligación que éstos le exigían al Estado. Entonces, se sostenía que los derechos civiles y políticos exigen del Estado obligaciones negativas, es decir, conductas de abstención con el objetivo de no interrumpir el ejercicio a, por ejemplo, la libertad ambulatoria. En otras palabras, ¿Cómo evitar una violación a este derecho? La respuesta podría ser no secuestrar arbitrariamente a esa persona. En cambio, se sostenía que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) son aquellos que implican una actitud activa por parte del Estado para lograr el efectivo ejercicio de, por ejemplo, el derecho a trabajar o a participar en la vida cultural. Esta idea fue abandonada no solo por distintos doctrinarios como Abramovich, sino que la propia Corte IDH acompañó esta idea al sostener que tanto unos como otros generan hacia el Estado la existencia de obligaciones tanto positivas como negativas.

Así, en el presente caso, la Corte al analizar el derecho a la vida, sostiene que no se la debe privar arbitrariamente, determinando una obligación negativa, al mismo tiempo que deben llevarse adelante las medidas necesarias para garantizar este derecho, es decir, obligaciones positivas³¹. Entonces, como dije anteriormente, la Corte entiende que, dentro de esas medidas necesarias, se incluye la atención médica adecuada, aunque el derecho a la salud sea definido por otros instrumentos como un derecho autónomo, que

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 69.

lo es. Con lo fundamentado aquí no se intenta conectar indispensablemente el derecho a la salud con el derecho a la vida, lo que sería erróneo ya que éste último se ve vulnerado por el derecho a la salud, únicamente en un caso extremo como el de Cristina Brítez Arce. La idea planteada ronda respecto de las competencias de la Corte, en el sentido de si ésta tiene la facultad, según el instrumento que la creó, de imputarle responsabilidad a un Estado por violaciones al derecho a la salud.³²

Lo que queremos decir es que la posición mayoritaria de la Corte se basa en entender al conjunto de derechos humanos como un todo inescindible al mismo tiempo que plantea la obligación de tomar medidas para preservar la vida de los habitantes de un determinado Estado, incluyendo dentro de ellas, el ámbito de la salud .

Si bien es compartido todo lo dicho hasta aquí, debemos destacar el voto del juez Humberto Antonio Sierra Porto y el de la jueza Patricia Perez Goldberg. El primero es claro en su postura al sostener: “Dichos principios señalan que todos los derechos tienen igual jerarquía e importancia y que el disfrute de un derecho depende de la realización de otros. Sin embargo, esto no implica que automáticamente se deban incorporar los DESCAs como derechos autónomos y justiciables al contenido de la Convención”³³. En el mismo sentido, se expresa la jueza Perez Goldberg quien entiende que la Corte es incompetente respecto del derecho a la salud (entendido como autónomo), igual posición que la sostenida en casos precedentes como “Guevara Díaz Vs. Costa Rica” y “Mina Cuero Vs. Ecuador”. Su argumento no termina allí: “En síntesis, la Carta de la OEA no reconoce el derecho a la salud, ni menos aún define su contenido. En consecuencia y como he referido en otras ocasiones, concebir el artículo 26 de la Convención como una norma de remisión a todos los DESCAs que estarían comprendidos en la Carta de la OEA desatiende el compromiso adoptado por los Estados Parte y abre un camino de incertidumbre respecto del catálogo de derechos justiciables ante el Tribunal, afectando la legitimidad de su actuación”³⁴.

Como conclusión y habiendo comprendido los argumentos contrapuestos, en mi opinión la conclusión de la mayoría de la Corte es coherente con la letra de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que no significa que exista una mayor incertidumbre para los Estados sobre la competencia de la Corte. ¿Puede acaso observarse una ampliación de su competencia? La respuesta es negativa, lo que sucede se reduce a una cuestión conceptual más simple, aunque acarree complejidades en la práctica: los derechos humanos dependen unos de otros y la obligación del Estado es tomar las medidas necesarias mediante obligaciones negativas o positivas con el objetivo no sólo de respetar, sino de garantizar los derechos comprendidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que, en la medida que una violación de los DESCAs implique directa o indirectamente una afectación a los derechos reconocidos en la Convención, la Corte será competente para tratarlo. Estos fundamentos son un avance en la mirada integral de los derechos humanos.

IV. Agravantes del caso Brítez: mortalidad materna y violencia obstétrica.

Lo dicho hasta el momento nos permite comprender gran parte del panorama de la sentencia, pero nos queda por analizar una pieza más, que es fundamental para com-

³² Ibidem, párrafo 57.

³³ Voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto Humberto Antonio, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 3.

³⁴ Voto disidente de la jueza Perez Goldberg, Patricia, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 12.

prender la gravedad del caso. Esa cuestión es, ni más ni menos, como he dicho reiteradas veces, la implicancia de esta sentencia en un contexto socio-cultural caracterizado por la desigualdad estructural hacia la mujer.

Cuando estudiamos el marco jurídico aplicable, hice referencia a diversos tratados internacionales tendientes a garantizar los derechos de las mujeres. Sin embargo, la normativa internacional va aún más allá y se preocupa por las situaciones de vulnerabilidad por las que puede pasar una mujer, como son el embarazo, el parto y el postparto. En este sentido, se han planteado variadas obligaciones hacia los Estados que demuestran la preocupación frente a las estadísticas de mortalidad y morbilidad materna y que buscan reducirlas. Ahora bien, ¿De qué hablamos? La “morbilidad materna”, según el NICHD (National Institute of Child Health and Human Development – Eunice Kennedy Shriver) consiste en la aparición de problemas de salud inesperados a corto o largo plazo que resultan del embarazo o del parto³⁵, mientras que, por otro lado, la “mortalidad materna”, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), es la muerte de una mujer durante el embarazo, el parto o dentro de los 42 días siguientes a la terminación del embarazo, debida a cualquier causa relacionada con o agravada por el embarazo mismo o su atención, pero no por causas accidentales³⁶.

Estos conceptos deben contextualizarse con estadísticas para comprender la gravedad de los mismos. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en 2020, cada día murieron casi 800 mujeres por causas prevenibles relacionadas con el embarazo y el parto. Entre los años 2000 y 2020, las estadísticas son positivas porque la mortalidad materna se redujo, mundialmente, en un 34%, es decir, podríamos observar un avance, aunque asombran los números antes citados del año 2020.

En el mismo sentido y sin perder de vista la sentencia objeto de examen, la OMS sostiene que las principales causas de mortalidad materna son las hemorragias graves, las infecciones, la hipertensión arterial durante el embarazo (preeclampsia y eclampsia), las complicaciones en el parto y los abortos peligrosos. Desarrollaré los conceptos que nos interesan para terminar de construir los hechos del caso Brítez Arce. La Organización Panamericana de la Salud (OPS) define que “la preeclampsia es un trastorno hipertensivo que puede ocurrir durante el embarazo y el post parto y que tiene repercusiones tanto en la madre como el feto” y agrega: “En la Región, según datos de la Organización Mundial de la Salud, más del 20% de las muertes maternas son provocadas por problemas hipertensivos”³⁷. Por otro lado, la misma organización, OPS, sostiene que dentro de los principales síntomas asociados a este trastorno se encuentra el aumento repentino de peso (recuerdo al lector que Cristina Brítez Arce había aumentado más de 10 kilos en una etapa del embarazo en donde resulta anormal semejante cambio corporal).

En el ámbito nacional, el Ministerio de Salud ha brindado un informe sobre este tema en el 2021, en donde no sólo brinda los indicadores y gráficos de las estadísticas, sino también una serie de definiciones que se asemejan a las de la Organización Mundial de la Salud. En este marco, define que la defunción fetal “es la muerte ocurrida con anterioridad a la expulsión completa o extracción del cuerpo de la madre de un producto de la concepción

35 National Institute of Child Health and Human Development – Eunice Kennedy Shriver (2020): About Maternal Morbidity and Mortality.

36 Organización Mundial de la Salud (2023): Mortalidad materna.

37 Organización Panamericana de Salud (2019): Día de Concientización sobre la Preeclampsia.

(...)»³⁸. No solamente ello, el mismo informe revela que la edad de la madre es un factor de riesgo al momento de cuidar al niño, sosteniendo que los grupos de riesgo son de: alto riesgo las madres menores de 20 años, bajo riesgo entre 20 y 34 años y riesgo intermedio aquellas madres mayores a 34 años. En este último caso, estaría incluía la Sra. Brítez.

Por último antes de ir a las estadísticas argentinas entre 1992 y la actualidad, el Informe antes citado diferencia entre las defunciones obstétricas directas y las indirectas, sosteniendo que mientras las primeras son aquellas que resultan de complicaciones obstétricas del estado de gestación, de intervenciones, de omisiones, de tratamiento incorrecto o de una cadena de acontecimientos originada en cualquiera de las circunstancias anteriores, las indirectas son las que resultan de una enfermedad existente desde antes del embarazo.

Como dije anteriormente, es necesario destacar la situación argentina desde 1992 hasta la actualidad, dado que el fallo de la Corte IDH llegó 30 años después del fallecimiento de Cristina Brítez Arce. Ahora bien, para analizar esto, es necesario utilizar herramientas estadísticas como lo es la razón de mortalidad materna mediante la cual se divide la cantidad de muerte por causas maternas de un determinado lugar geográfico en un año por la cantidad de nacidos vivos registrados en la población de dicho lugar en el mismo año y eso se lo multiplica por 10.000. Es así como, si bien se observan variaciones en esos 30 años, la razón de mortalidad materna en el año 2021 fue de 4.1, mientras que en el año 1992 era de 4.8, diferencia poco considerable si no deshumanizamos su significado³⁹.

Lo planteado en este aspecto nos permite comprender la cruda realidad de la desigualdad estructural. Es por esto que la jurisprudencia internacional diferencia la violencia cuando es ejercida sobre una mujer y presta más atención aun cuando ella se encuentra en un proceso de vulnerabilidad como lo es el embarazo. Sobre esto, la Corte IDH es determinante: "Este Tribunal se ha pronunciado de forma específica sobre la violencia ejercida durante el embarazo, el parto y después del parto en el acceso a los servicios de salud, y ha sostenido que constituye una violación de derechos humanos y una forma de violencia basada en género denominada violencia obstétrica, la cual "abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o postparto, en centros de salud públicos o privados"⁴⁰. Es tal la profundidad y la preocupación por esta realidad social que incluso se expidió sobre el tema el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, quien ha indicado que: "En muchos Estados, las mujeres que tratan de obtener servicios de salud materna se exponen a un riesgo elevado de sufrir malos tratos, en particular en el período prenatal y puerperal" y esos malos tratos "van desde alargar los plazos para llevar a cabo ciertos procedimientos médicos, como suturar las heridas del parto, hasta no emplear anestesia"⁴¹.

Palabras finales:

En el análisis completo de la sentencia intenté abrir distintas aristas como la comprensión de los sentimientos de las víctimas, el entendimiento de que no estamos hablando únicamente de un caso jurídico sino de la vida de una persona, el conocimiento del proceso judicial hasta llegar a la decisión de la Corte IDH, la explicación del marco jurídico

38 Ministerio de Salud de Argentina (2021): Estadísticas Vitales

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2022. Caso Brítez y otros vs. Argentina, párrafo 118.

40 Ibidem, párrafo 75.

41 Ibidem, párrafo 74.

aplicable, los derechos afectados en este caso y la consecuente presentación del debate sobre el derecho a la salud (interesante desde el punto de vista meramente jurídico) que ya había sido objeto de decisión de la Corte pero que lo vuelve a afirmar años después, entendiendo que el efectivo ejercicio de este no es otra cosa que un requisito necesario para poder hacer efectivo otros derechos consagrados en la CADH como lo son el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal. Otra arista que abordé es la demostración de un contexto social que sin dudas avanza en el ejercicio efectivo de los derechos pero todavía muestra grandes deficiencias cuando de grupos postergados se trata, deficiencias que están demostradas y sobre las que tenemos que prestar atención como sociedad.

La sentencia Brítez y otros vs. Argentina es un caso más de violencia hacia la mujer, un caso que nos permite analizar todos los puntos antes planteados. Cristina Brítez Arce perdió su vida en un Hospital Público por el cúmulo de desprolijidades que existieron desde la equivocación del diagnóstico hasta la obligación de esperar dos horas sentada en una silla sabiendo que su hijo en camino había muerto, situación traumática como pocas hay. Lo que quiero decir con esto es que si bien podríamos poner centro en la incompetencia por parte de los profesionales que la tenían a su cargo, y ello es muy importante, por supuesto; Desde mi perspectiva, una cuestión más grave aún es que no es un caso aislado, sino que es una situación generalizada que consiste en el desconocimiento por parte del personal médico y hospitalario de los derechos que la mujer tiene en ese momento de vulnerabilidad. Hablar de una situación generalizada no es excederse ni exagerar, las estadísticas volcadas en este artículo lo demuestran. Es por esas estadísticas que los organismos internacionales se ocupan cada vez más de la discriminación hacia la mujer y, como consecuencia, también los Estados que se obligan mediante tratados internacionales como los ya nombrados. Es tal el avance en este sentido que la Convención de Belém Do Para introduce ya el concepto de “violencia obstétrica” antes explicado. El objetivo del presente artículo es reflexionar desde el punto de vista humano y jurídico acerca de lo que significa la muerte de una persona, de una mujer y de una mujer embarazada, como asimismo entender que la mortalidad materna es un problema existente y grave, pero lo más preocupante aún es que no sólo es previsible, sino también evitable, y es en este aspecto, el de llamarnos a reflexionar, que, paralelamente, nos debe servir la sentencia de Cristina Brítez Arce.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor (2010): Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos 2010 Núm. 6. Pág: 167 – 182.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 6 de agosto de 1999. Sentencia de apelación en la causa N°27.985/98.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de febrero de 2011. Caso Gelman vs. Uruguay.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 8 de marzo de 2018. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.
- National Institute of Child Health and Human Development – Eunice Kennedy Shriver (2020): About Maternal Morbidity and Mortality. Disponible en: <https://espanol.nichd.nih.gov>

gov/salud/temas/maternal-morbidity-mortality/informacion.

- Ley 27.611 (2020): Ley nacional de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/346233/norma.htm>
- Ministerio de Salud de Argentina (2021): Estadísticas Vitales. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/serie_5_nro_65_anuario_vitales_2021_-_web.pdf
- Pinto, Mónica (2017): "Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos", 9 Pensar en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <https://bit.ly/3eMuGCL>.
- Organización Mundial de la Salud (2023): Mortalidad materna. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/maternal-mortality>
- Organización Panamericana de Salud (2019): Día de Concientización sobre la Preeclampsia. Disponible en: <https://www.paho.org/es/noticias/1-8-2019-dia-concientizacion-sobre-preeclampsia>
- Saba, Roberto (2008): "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 695 – 742.

Dar a luz y llegar al mundo desde casa: colisión de intereses jurídicos entre la madre y el *nasciturus*

Giving birth and coming into the world from home: collision of legal interests between the mother and the unborn child

Olga Gil Gómez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)18](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)18)

Comentario a

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio

(Recurso de amparo núm. 6313-2019)

Tribunal Constitucional de España

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El Tribunal debe resolver sobre la constitucionalidad de la orden de ingreso hospitalario de una gestante para el control de la etapa final del embarazo y, en su caso, la inducción del parto; a razón de un aumento del riesgo de muerte fetal intrauterina. Se trata de una decisión judicial contraria a la voluntad materna de llevar a cabo un parto domiciliario. Este contexto pone de manifiesto la existencia de un conflicto entre los derechos fundamentales de la mujer a la libertad personal y a la intimidad personal y familiar, y de un bien constitucionalmente protegido: la vida y la salud del *nasciturus*. Su solución resulta en la limitación de los derechos de la gestante, aun sin haberle otorgado trámite de audiencia. Ello recibe el respaldo del Tribunal Constitucional por tratarse de una medida con fundamento legal, proporcional al fin de protección perseguido y justificada en una situación de extrema urgencia.

ABSTRACT

The Court must rule on the constitutionality of an order for the hospital admission of a pregnant woman for the control of the final stage of pregnancy and, if necessary, the labor induction, due to an increased risk of intrauterine fetal death; against her will to carry out a home birth. This context highlights the existence of a conflict between fundamental rights to personal freedom and personal and family privacy of the woman, and a constitutionally protected good: the life and health of the unborn child. Its solution results in the limitation of the rights of the pregnant woman, even without having granted her an audience. This is

¹ Estudiante de 4º curso de Grado en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Mail: olgagilme02@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3108-3737>

supported by the Constitutional Court because it is a measure with a legal basis, proportional to the purpose of protection pursued and justified in a situation of extreme urgency.

PALABRAS CLAVE: Libertad; intimidad; *nasciturus*; audiencia; motivación.

KEY WORDS: Freedom; privacy; *nasciturus*; audience; motivation.

I. Introducción

El riesgo de contagio en los hospitales y centros médicos durante la pandemia del COVID-19 animó a muchas madres gestantes a retomar lo que había sido una práctica ordinaria entre sus antepasadas, el parto domiciliario. Este interés creciente por un tipo de alumbramiento, ya casi olvidado en las regiones más desarrolladas del mundo, ha traído de vuelta el debate sobre su conveniencia no solo desde las perspectivas ética, sociológica o sanitaria, sino también jurídica. A este respecto, el auténtico desafío para el Derecho está ligado al propio significado biológico del parto y la gestación: junto a los derechos de la futura madre, particularmente los inherentes a su condición de gestante; confluye un bien jurídico susceptible de protección constitucional, el *nasciturus*. si los mismos colisionan, deben ser los poderes públicos quienes medien para lograr la más óptima satisfacción de intereses generales. Así ocurre cuando la gestante opta por alumbrar en su domicilio, asistida comúnmente por facultativos de la sanidad privada, en condiciones de riesgo para el feto.

A día de hoy, en la mayoría de países de Europa y Latinoamérica aún no existe un marco vinculante que revista de certeza y seguridad jurídica a la elección, tan personalísima, de las condiciones en las que se elige traer vida al mundo. Por ello, los Tribunales Constitucionales deben desarrollar juicios de proporcionalidad de marcado carácter casuístico en torno a las medidas judiciales que limitan la facultad de decisión sobre la propia gestación. De esta suerte, nos encontramos ante una realidad judicial que puede ofrecer respuestas muy dispares frente a supuestos de hecho de gran parecido; y que no siempre atiende al deber constitucional de incluir la perspectiva de género en las resoluciones limitativas de derechos unidos a la condición de mujer, tales como los asociados al embarazo.

En la sentencia que se analiza, el Tribunal Constitucional español resuelve un recurso de amparo contra el auto de un juzgado de guardia, por los que se obliga a una gestante a ingresar en un centro hospitalario para controlar la salud del feto y, en su caso, provocar el fin de una gestación prolongada en exceso, con los consecuentes riesgos que para el *nasciturus* y la propia madre ello conlleva. Tal resolución se dicta con motivo de un informe-denuncia de los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma, que, a su vez, atienden a los requerimientos del personal sanitario del centro en que se había desarrollado el seguimiento del embarazo. De este modo, se frustra el propósito de dar a luz en el domicilio familiar, sin ni siquiera otorgar a la gestante trámite de audiencia judicial, ni antes, ni después de acordar su ingreso.

En suma, la sentencia aborda la identificación de los derechos fundamentales y bienes jurídicos en juego, analiza la adecuación de la habilitación legal y la proporcionalidad de la medida restrictiva; así como el respeto a las garantías constitucionales exigibles. Con ello, el Tribunal decide desestimar el amparo, no sin la concurrencia de cinco votos particulares discordantes de la decisión de la mayoría.

II. Antecedentes de hecho.

La gestante confió el seguimiento de su embarazo a un centro hospitalario público de la ciudad de Oviedo (España), a la vez que recibió los servicios privados de asistencia y control de una comadrona, quien atendería el parto en el domicilio familiar una vez llegado el momento: previsiblemente, en abril de 2019. Ante su inminencia, ya superado el término habitual del embarazo, los progenitores acudieron al hospital para realizar un control de monitores, cuyo resultado hizo recomendable la inducción del parto, ante el incremento del riesgo de muerte fetal intrauterina. Asimismo, los facultativos ofrecieron la alternativa de monitorización continuada en dicho centro. En ambos casos, era preciso el ingreso inmediato de la gestante, si bien fue rechazado por ambos progenitores.

Al día siguiente, 24 de abril, ante el requerimiento del jefe de sección de obstetricia del hospital, el subdirector de servicios quirúrgicos del área sanitaria IV del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, remitió un informe-denuncia al Juzgado de Guardia de Oviedo. En el mismo se puso de manifiesto el intranquilizador avance de la gestación, asociado a los riesgos que su excesiva duración entrañaba para el feto; y, paralelamente, se propuso la adopción de la orden de ingreso obligado de la gestante, para el control del embarazo y/o la inducción del parto. Ante tal petición, el Juzgado dio traslado del informe al Ministerio Fiscal, que interesó la adopción de la medida; por el contrario, nunca se escuchó a la gestante. Finalmente, la medida fue adoptada y acatada por ambos progenitores sin grandes actos de oposición.

Así, la gestante fue ingresada en el hospital, desprovista de custodia (por tanto, en situación de libertad ambulatoria); e informada de cuantas pruebas médicas se consideró conveniente practicar, a las que prestó su consentimiento. Posteriormente, los trabajos de parto se iniciaron de forma natural y espontánea, si bien evolucionaron desfavorablemente, con gran dolor para la futura madre. Ante esta situación, la misma solicitó someterse a una cesárea, que se desarrolló urgentemente y finalizó con éxito.

Tras los hechos, la pareja acudió a la vía contenciosa para solicitar la nulidad del auto de 24 de abril por el que se acordó el ingreso obligado de la gestante y, subsidiariamente, interponer recurso de apelación contra el mismo. Ambos fueron rechazados, en fechas 15 de mayo y 31 de julio, respectivamente; de modo que fueron recurridos en amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17 CE) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE). Estas infracciones se habrían materializado en la omisión del trámite de audiencia de la gestante y en la ausencia de una motivación especialmente reforzada con motivo de la limitación de sus derechos fundamentales.

III. Fundamentos de Derecho.

El Tribunal Constitucional debe resolver el conflicto de intereses merecedores de protección constitucional entre la madre y el *nasciturus*.

1. El derecho a la libertad personal y el derecho a la intimidad personal y familiar de la gestante.

El artículo 17.1 CE reconoce el derecho fundamental de toda persona a la libertad, en idénticos términos a los artículos 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos (CEDH) y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR). La relevancia de los últimos radica en la obligación constitucional ex art. 10.2 CE de in-

interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas de conformidad con los tratados y acuerdos ratificados por España.

En este sentido, el concepto de libertad personal ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como la facultad de “quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción” (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4), de modo que su privación tiene lugar cuando “de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita” (STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4). De tales atributos se sirve el Catedrático de Derecho Constitucional López Guerra para consagrar la libertad personal como uno de los bienes más preciados del ser humano, en constante cambio de conformidad con el contexto histórico vigente. Precisamente, la actual concepción de la libertad personal como derecho subjetivo y de reconocimiento generalizado es un rasgo de modernidad característico del Estado de Derecho. Así pues, no cabe duda de que la decisión judicial de ingresar a la gestante de forma obligada, contra su voluntad de dar a luz en casa, constituye una restricción a su libertad de autodeterminación.

Del mismo modo, el citado auto limita su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) o, en otros términos, el derecho a disponer de un reducto propio y reservado frente a la acción de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida. Se trata de la reserva al conocimiento de terceros de un ámbito de la vida personal y familiar, por ello privado, que únicamente puede administrar su titular. Sin duda, la ignorancia de este derecho conduciría a la devaluación del anterior, pues la propia autodeterminación se vería limitada ante su total exposición a ajenos (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Al contrario que en el ámbito de la libertad personal, no existe una total correlación, aunque sí muchos puntos coincidentes, entre la CE y el CEDH en materia de intimidad. Por ello, el TC español se muestra afín a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así pues, la primera (art. 18.1) garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, mientras que el segundo (art. 8) no menciona la intimidad, sino el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar”. A este respecto, el TEDH ha establecido que son manifestaciones de este derecho todas las cuestiones concernientes a la gestación y su término, que incidan sobre la integridad física y moral, la atención médica, la salud reproductiva y la información relacionada con la salud de la gestante. Es decir, las contingencias del embarazo están indisolublemente asociadas a la vida íntima de la mujer. Así también, la decisión de planificar un parto domiciliario [STE-DH de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*].

Para mayor abundamiento, el embarazo no solo incide sobre la estricta privacidad de la futura madre, sino también – de existir – sobre el núcleo familiar formado por los futuros progenitores. En cuanto a esta última dimensión, el derecho a la intimidad protege las circunstancias y hechos en torno al proceso por el que se aumenta la familia, en el que ambos de un modo u otro intervienen. Esta extensión, más allá de la intimidad de la gestante, presupone que la publicidad de los mismos puede incidir sobre la esfera de personalidad de cualquiera de los integrantes del núcleo familiar (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 4). Y, de igual forma, sobre la privacidad de la idea socialmente compartida de unidad familiar, considerada en sí misma. En suma, la decisión de alumbrar en el propio domicilio afecta por igual al derecho a la intimidad personal y familiar de la madre, así como al derecho propio a la intimidad familiar del padre.

Tal y como se acaba de adelantar, el Tribunal Constitucional es constante al afirmar que

la libertad y la intimidad son derechos personalísimos, cuyo disfrute comienza y finaliza al tiempo que la vida del sujeto, es decir, se hallan estrechamente ligados a la propia existencia. Por este motivo, únicamente su titular -dotado de un interés cualificado y específico- se encuentra legitimado para su defensa: en el caso analizado, la gestante. Tal extremo fue tenido en cuenta por el TC como cuestión prejudicial en su sentencia de amparo; sin embargo, resultó inadvertido por las instancias judiciales precedentes, que admitieron como parte demandante al conjunto familiar de la madre, su pareja y la menor (*nasciturus* en el relato de los hechos). No obstante lo anterior, según lo expuesto, el TC debería haber reconocido la legitimación del padre, respecto de su derecho a la intimidad en la vertiente familiar. Acertadamente, sí reparó en que la menor no podía concurrir junto a su madre, en la medida en que la cuestión a resolver consistía en una colisión entre intereses de ambas. Ciertamente, el órgano judicial se sirvió de la protección de la salud del *nasciturus* para restringir el deseo de realizar un parto en casa en situación de riesgo. A este respecto, se plantea un interrogante de Derecho, ¿qué garantías constitucionales deben observarse para limitar derechos fundamentales?

2. La salud del *nasciturus*, un bien jurídico constitucionalmente protegido.

Los artículos 15 CE y 2 CEDH parten del “carácter igualmente valioso de toda vida humana o, si se prefiere, de la convicción de que toda vida humana es digna de ser vivida” (Díez-Picazo, 2021: 205), al reconocer el derecho fundamental de toda persona a la vida: sin salvedades ni particularidades. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de este derecho, entre otras razones, a propósito de la despenalización del aborto. Así las cosas, su jurisprudencia niega al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida, si bien entiende la vida humana en formación -aún no dotada de personalidad- como bien jurídico protegido por el artículo 15 y, por lo tanto, merecedor de protección efectiva por parte del Estado. En otras palabras, “el art. 15 CE no da un derecho subjetivo al *nasciturus*, sino que se limita a proteger objetivamente esta forma de vida humana en cuanto valor o bien jurídico” (Díez-Picazo, 2021: 210). Si nuestro ordenamiento negase tal protección, la autonomía de la gestante como paciente alcanzaría su máxima virtualidad en lo relativo al derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles o el derecho a negarse al tratamiento (artículo 2 de Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Por el contrario, los poderes públicos gozan de instrumentos constitucionales -en los términos que a continuación se explicarán- para preservar la vida y salud del *nasciturus*, en detrimento de los derechos de su madre gestante.

3. Limitación de DDFF.

Cualquier reflexión sobre derechos fundamentales debe partir de una premisa: no son absolutos, sino susceptibles de limitación constitucionalmente admisible (y exigible), por razón del propio contenido del derecho y de otras imposiciones del ordenamiento. Se trata de límites internos y externos, respectivamente. Así pues, alegar el derecho a la libre circulación por el territorio nacional para justificar una colisión contra un vehículo ajeno es a la vez inconstitucional y contrario a toda lógica de un operador medio; puesto que la actuación se aleja de la propia realidad socialmente compartida del derecho (López Guerra, 2016: 139). Huyendo de ejemplos tan extremos, no es menos cierto que tales límites internos evolucionan al tiempo que el contexto cultural, social y económico. En definitiva, el contenido de un derecho fundamental no puede permanecer intangible. Por su parte, los límites externos operan en beneficio de los derechos fundamentales

de terceros y bienes constitucionalmente protegidos, ex art. 10.1 CE. Además de esta cláusula general, ciertos derechos del Título I CE incluyen sus propios límites particulares, entre ellos, aquel que la demandante de amparo estima conculcado: artículo 17.1 CE. En efecto, los poderes públicos pueden privar a su titular del derecho a la libertad personal si existe habilitación legal para el presupuesto de hecho concreto, esto es, “en los casos y en la forma previstos en la ley”. Más allá de estos límites, el ejercicio de derechos fundamentales resulta ilegítimo.

El límite expreso de este precepto no es más que una reiteración constitucional de la vigencia del principio de legalidad en el marco de la injerencia de derechos fundamentales, bien en su desarrollo (“son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales”, art. 81 CE), o bien en la limitación o condicionamiento de su ejercicio, tal y como ocurre en el presente caso (“solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, art. 53.1 CE), (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). Sin perjuicio de ello, la inexistencia de un precepto legal que identifique expresamente el supuesto de hecho en que procede la limitación no puede frustrar la vocación constitucional de restricción. Ello supondría reconocer la incondicionalidad de las libertades públicas, en perjuicio de los bienes o derechos de terceros, por una falta de previsión del constituyente o el legislador. En este caso, el juez de guardia se enfrenta a semejante insuficiencia a la hora de atender la petición de los servicios sanitarios. Por consiguiente, debe realizar una labor de integración para salvar el silencio de ley y, solo así, cumplir su deber inexcusable de resolver conforme a Derecho, limitando derechos fundamentales.

En este sentido, se optó por restringir la intimidad y la libertad de la gestante, con base en los artículos 158.6 del Código Civil y 9.6 inciso segundo de la citada Ley 41/2002. El primero de ellos es en una cláusula abierta que permite al juez, de oficio, dictar las “disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar”; que viene a ser completado por el segundo, es decir, la obligación del juez de autorizar o no una intervención médica sobre el menor, cuando la decisión de los representantes legales pueda resultar contraria a sus intereses. Ciertamente, tal fundamentación resultaría adecuada ante un conflicto de derechos entre la madre no gestante y la menor; sin embargo, el *nasciturus* del presente supuesto no es aún un menor sujeto a la patria potestad, es más, ni siquiera goza de personalidad jurídica propia, que daría paso a la titularidad de derechos: es el nacimiento el que la determina (art. 29 CC, primer inciso). Con el propósito hacer extensibles estos efectos a la vida en formación, la orden de ingreso pone en relación ambos preceptos con el inciso segundo del artículo 29 CC, que permite tener por nacido al *nasciturus* a todos los efectos civiles favorables, si con posterioridad abandona el seno materno con vida. Este cierto grado de tutela, que encuentra su razón de ser en las expectativas reales de adquirir personalidad, tiene un enfoque eminentemente patrimonial. Efectivamente, se extiende hacia el ámbito sucesorio, los negocios jurídicos inter vivos cuya causa son la liberalidad del disponente, e incluso las indemnizaciones de las que es beneficiario el *nasciturus* por los daños sufridos durante la gestación, entre otros. No obstante, el artículo 29 también surte efectos extra-patrimoniales de carácter civil, como el reconocimiento de la filiación o la adquisición de la nacionalidad *iure sanguinis* [Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 1992, (RJ 1992,3474)]. Por lo expuesto, es razonable su aplicación en cuanto a las consecuencias de una futura relación paterno-filial. Con acierto, el TC admite esta argumentación como habilitación legal para la restricción de los derechos de la madre.

A. Juicio de proporcionalidad

Tal y como se comentó *supra*, todos los derechos fundamentales deben ceder en la medida idónea, necesaria y estrictamente proporcional para preservar otros derechos, bienes o intereses merecedores de protección constitucional. En otros términos, el TC no solo defiende que tal limitación responda a un fin constitucionalmente legítimo, sino también que sea proporcionada al fin perseguido (STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5 d). Dicha exigencia, auténtico canon de constitucionalidad, exige evaluar si existe o no una desproporción entre el fin y los medios empleados, a través de tres variables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). Se procede a su análisis.

En primer lugar, la idoneidad implica que la limitación de los derechos de la gestante haga posible alcanzar el objetivo pretendido, este es, salvaguardar la salud y la vida del feto. En este supuesto, dado que la excesiva prolongación del embarazo incrementó el riesgo de muerte intrauterina por falta de oxígeno, se reputa como idónea la decisión de trasladar a la gestante a un centro hospitalario, en el que su salud y la del nasciturus estuviesen bajo la supervisión continuada de sanitarios. Segundo, la necesidad consiste en que no exista una medida menos gravosa o lesiva para restringir los derechos a la libertad personal y a la intimidad de la madre, igual de eficaces que la adoptada. En efecto, la asistencia por facultativos, a través de técnicas y mediante instrumentos que solo existen en el contexto hospitalario, justifican el ingreso de la gestante, que se produjo en igualdad de condiciones al de otras gestantes: sin custodia y permitiendo la libre deambulaci3n. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto incide en que el sacrificio de los derechos de la gestante reporte m1s beneficios que perjuicios al inter3s general. Y ello es indudable, ya que, a medida que transcurría el tiempo, mayores eran las posibilidades de lesi3n o muerte del bien constitucionalmente protegido. En conclusi3n, el juicio de proporcionalidad fue plenamente superado.

B. Motivaci3n de la resoluci3n

El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art3culo 24 CE incluye la obtenci3n de una resoluci3n judicial de fondo, ajustada a Derecho, que estime o desestime razonadamente las pretensiones instadas. Cuando las mismas afectan a derechos fundamentales, como en el presente caso, existe un deber de motivaci3n reforzado. Concretamente, tal cualificaci3n requiere que la *ratio decidendi* de la resoluci3n defina el fin constitucionalmente leg3timo perseguido, as3 como realice un juicio de proporcionalidad entre el mismo y la medida restrictiva acordada. O, en su caso, incluya los elementos necesarios para realizar este juicio con posterioridad (STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 9 y STC 99/2021, de 10 de mayo, FJ 5).

Es por ello que incluso una motivaci3n sucinta, no expl3cita, ni exhaustiva, ni pormenorizada; que razone u ofrezca elementos para razonar acerca de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la limitaci3n de derechos, resulta constitucionalmente admisible. Y, en este sentido, el auto impugnado no adolece de ninguno de estos extremos.

4. Tr1mite de audiencia

La demandante de amparo alega que no fue o3da con anterioridad a la adopci3n de una medida que incidi3 restrictiva y directamente sobre sus derechos fundamentales. Por su parte, el TC coincide en que el 3rgano judicial est1 obligado tanto a informar al titular de

derechos susceptibles de limitación sobre los fines perseguidos a tales efectos, como a concederle trámite de audiencia para que ejercite su derecho de defensa. Una hipotética omisión de este trámite fundamental, al margen de los casos en que la ley lo permite, avocaría a una situación de indefensión de la afectada, por imposibilitarle el ejercicio legítimo de sus derechos o posicionarle en una situación de desventaja respecto del tercero beneficiado. No obstante, Tribunal acoge de igual modo la posibilidad excepcional de apartarse de esta tesis, en caso de concurrencia de circunstancias de extrema urgencia. Y de ello se sirve para avalar la actuación del juzgado de guardia, pues valora *ex post* la situación descrita por los servicios sanitarios como necesitada de una respuesta célere. Específicamente, se sirve de los siguientes argumentos: el constatado peligro inminente de pérdida de la vida del feto por insuficiencia de oxígeno, que tal diagnóstico fuese dictado por los médicos que realizaron el seguimiento del embarazo (por lo tanto, los más adecuados a tal fin); y el preaviso de riesgo a los progenitores.

IV. Voces críticas, votos particulares

El voto particular del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos se opone frontalmente a la constitucionalidad de la omisión del trámite de audiencia. Si bien no niega la urgencia de los hechos, sí pone en tela de juicio que esta circunstancia fuese la realmente tenida en cuenta para negar el derecho de defensa de la gestante. Entiende que, pese a la necesidad de una pronta resolución, se escuchó cada uno de los días de vigencia de la medida a los servicios médicos y en una ocasión al Ministerio Fiscal; sin embargo, nunca existió tiempo para la titular de los derechos subjetivos afectados: la gestante. Asimismo, cuestiona el segundo motivo por el que la sentencia de la mayoría justifica la omisión, este es, la idoneidad del equipo médico para proponer el ingreso obligado. ¿Acaso es tan preponderante la opinión médica como para perder el interés en escuchar a la paciente, obviando su derecho a la tutela judicial? Esta actuación refleja un comportamiento de cosificación de la demandante, tratada como un objeto y no como un sujeto del sistema de justicia. Que una deficiencia de tal calado lo sea respecto de un derecho íntimamente ligado a la condición de mujer, como es la intimidad en la gestación y en el momento del parto, es especialmente preocupante, ya que revela una infracción del deber constitucional de remover los obstáculos que impiden la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 9.2 CE). Específicamente, la despreocupación por extremar el esfuerzo en escuchar a la gestante, antes o después de la toma de la decisión; máxime cuando el ingreso se prolongó durante dos días. En definitiva, esta postura llevaría a declarar nulos los autos impugnados por omitir irrazonablemente una formalidad esencial y, por consiguiente, a estimar el recurso de amparo.

En otro orden de cosas, el voto particular de la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón resulta de interés por advertir que la falta de una regulación expresa sobre las consecuencias jurídicas de elegir partos alejados de los protocolos más habituales, genera en las gestantes una situación de inseguridad jurídica y falta de previsibilidad sobre las posibles reacciones de los poderes públicos. Al respecto, lamenta que la actual labor hermenéutica de los distintos tribunales para suplir el silencio de la ley pueda resultar en respuestas tan dispares ante supuestos de hecho similares.

Conclusiones y opinión

El Tribunal desestima el recurso de amparo por considerar que se ha producido una limitación constitucionalmente admisible de los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) de la gestante, en la medida en que

existe una motivación especialmente reforzada, a propósito de la limitación de derechos fundamentales; y la situación de urgencia justifica la omisión del trámite de audiencia.

Respecto del primer motivo, la *ratio decidendi* del Tribunal es contundente al afirmar que los autos motivan debidamente la proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin constitucionalmente legítimo perseguido, a través del triple juicio de proporcionalidad, que debe presidir cualquier resolución restrictiva de derechos fundamentales. Por el contrario, en lo referente al segundo motivo, el voto particular del magistrado Xiol Ríos, parece conformar una reflexión más garantista y conforme a Derecho que la decisión de la mayoría. Sus dudas sobre la toma en consideración del cuadro médico de urgencia como motivo determinante de la supresión del trámite de audiencia (no sobre la indudable concurrencia de una situación de urgencia) invitan a pensar que el Tribunal considera prescindible la defensa de la principal afectada. Si la medida se mantuvo durante dos días, ¿por qué no se le dio la oportunidad de alegar cuanto estimase conveniente en ningún momento, ni previo ni posterior al ingreso? ¿Por qué hubo tiempo suficiente para escuchar a los servicios sanitarios y al Ministerio Fiscal, pero no a la titular de los derechos subjetivos limitados? Tales interrogantes, no resueltos por la sentencia de la mayoría, menoscaban la validez de los autos impugnados. Y aún más, deberían haber sido la base para estimar el amparo.

Referencias bibliográficas

- López Guerra, L., Espín, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P., y Satrustegui M. (2018). *Derecho Constitucional Volumen I. El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch.
- Díez-Picazo, L.M. (2021). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- Delegación del Tribunal Constitucional de España. (2-3 octubre, 2006). *Tutela de la vida privada, realidades y perspectivas constitucionales* [Comunicación en Congreso]. VIII Conferencia Trilateral, Lisboa. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentos-reuniones/30/ponencia%20espa%C3%91a%202006.pdf>
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2021). *Comentarios al Código Civil*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Referencia: BOE-A-2002-22188. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>.

Suspensión cautelar en vía de amparo: carga de la prueba e inclusión de la salud mental dentro del derecho fundamental a la integridad física

Interim Suspension of amparo proceedings: burden of proof and the inclusion of mental health within the fundamental right to physical integrity

Marc Suñer P.¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)19](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)19)

Comentario a

Alberto Navarro Ramírez vs. Ministerio Fiscal
(Auto 139/2022, de 26 de octubre de 2022)
Tribunal Constitucional de España

Acceso al fallo

RESUMEN:

En momento complicado de la pandemia ocasionada por el COVID-19, el Ministerio Fiscal insta la vacunación, contra dicha enfermedad, de una anciana con capacidad de obrar modificada, cuyo representante legal era su hijo, en contra de la voluntad de este último. Todas las instancias judiciales dan la razón al Ministerio Fiscal, porque consideran que la vacunación era beneficiosa para la madre; por lo que el hijo interpone un recurso de amparo, en el que solicita la suspensión cautelar de resolución, que ordenaba la vacunación de la madre. El Tribunal Constitucional deniega la suspensión basándose en un incumplimiento por parte del recurrente, de demostrar el perjuicio que le ocasionaría la eventual ejecución de la sentencia. Consideramos que esta vía no es la más adecuada jurídicamente, aunque el resultado es correcto. El comentario pretende demostrar un argumento alternativo basado en que la suspensión de la ejecución de la sentencia vulneraría los derechos fundamentales de la madre.

ABSTRACT

During a complicated moment of the COVID-19 pandemic, the Public Prosecutor's Office appeared before a first instance court to petition the vaccination, against said disease, of an

¹ 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

elderly woman with modified capacity. The legal guardian was her son, and the opposed the vaccination of his mother. Every court agreed with the Public Prosecutor's Office, because they considered that the vaccination was beneficial for the woman; therefore, the son filed a "recurso de amparo", requesting the interim suspension of the ruling, which ordered the mother's vaccination. The Constitutional Court denied the suspension on the grounds that the appellant had failed to demonstrate the harm that would be caused by the eventual execution of the ruling. We consider that this argument is not the most appropriate, although the result is correct. This paper intends to demonstrate an alternative argument based on the fact that the suspension of the execution of the ruling would violate the fundamental rights of the mother.

PALABRAS CLAVE: Derechos Fundamentales, integridad física, capacidad, suspensión, cautelar.

KEY WORDS: Fundamental rights, physical integrity, capacity, suspension, interim.

I. Introducción

La controversia tiene lugar en noviembre de 2021. Una señora anciana, cuya capacidad había sido modificada por padecer de Alzheimer, vivía en una residencia para mayores. La representación estaba reconocida a su hijo, quien se negaba a que su madre recibiera la vacuna contra el COVID-19. En noviembre de ese año, el Ministerio Fiscal consideró inadecuado el ejercicio que el hijo hacía de la potestad de guarda de su madre, e instó ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Telde una autorización judicial para que se le administrara la vacuna contra dicha enfermedad.

Es importante recordar el contexto sanitario del momento. El 2 de noviembre de 2021, habían 37.317.388 españoles que contaban con la pauta de vacunación completa. 1.074.853 españoles contaban con una dosis de refuerzo; y desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 2 de noviembre de 2021, aproximadamente 500.000 personas contrajeron la enfermedad y 6.000 personas fallecieron a causa de esta (Ministerio de Sanidad del Reino de España, 2021).

El Juzgado de Primera Instancia autorizó a que se vacunara a la madre, argumentando que "se considera que la vacunación contra el COVID-19 es una medida médico-sanitaria necesaria, que tiende a proteger adecuadamente la salud de la señora (...) que por su edad, su situación pluripatológica, y su estancia en un centro de mayores –donde es un hecho notorio y público que se han dado altos índices de contagio y mortalidad por la Covid-19–, se configura como la última alternativa eficaz para la adecuada protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave por Covid-19".

El Juzgado también tuvo en consideración la siguiente circunstancia: "el hecho de que todos los compañeros de residencia (de la madre) se encuentren vacunados salvo ella ha generado que en cumplimiento de las normas sanitarias, se halle en un estado de semi aislamiento impuesto por las normas de distanciamiento social, lo que unido a su enfermedad degenerativa que le impide comprender su situación, le está generando un perjuicio no solo a su salud física (mayor riesgo de contagio ante el virus y en su caso de efectos más adversos) sino también de salud mental, pues ha perdido la cercanía de los que le rodean y en consecuencia se ve privada de gestos de afectos".

El 1 de abril de 2022, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso de apelación que el hijo había interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia. La Audiencia aplica el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, el cual limita el poder de decisión que tienen los representantes de las personas incapacitadas para prestar el consentimiento en su nombre. La limitación consiste en que aquellas decisiones que no se adopten “atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente” deben ser autorizadas por un Juez, con posible intervención del Ministerio Fiscal en el proceso. Y precisamente, la Audiencia Provincial de Las Palmas, con apoyo del Ministerio Fiscal, desestimó el recurso de apelación del hijo, haciendo suyos muchos de los argumentos del Juez de Primera Instancia.

El hijo interpone un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la resolución de la Audiencia Provincial, y el 13 de septiembre de 2022, el recurso fue admitido a trámite por el Pleno del Tribunal, quien recabó para sí el conocimiento del recurso ex. artículo 10.1.n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (“LOTCT”).

II. Litigio ante el Tribunal Constitucional

I. Posición del demandante en amparo

El hijo de la anciana incapacitada judicialmente alega la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículo 14 CE), a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a la intimidad (artículo 18 CE), en relación con el deber de motivar las resoluciones judiciales (artículo 24.1 CE). Considera que no concurren los requisitos exigidos por la doctrina constitucional para imponer la vacunación obligatoria, que no ha habido el consentimiento informado que exige la Ley de autonomía del paciente, y que no hay evidencias científicas que justifiquen “que la llamada vacuna Covid-19 presente más beneficios que riesgos para la salud de la afectada”.

1. Pieza separada de suspensión

Adicionalmente, solicita que se suspenda la ejecución de la resolución recurrida –que ordenaba la vacunación inmediata de la paciente–, porque llevarla a cabo frustraría el objetivo del propio recurso. Concretamente, el artículo 56.1 LOTC establece que “cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.”

III. Decisión del Tribunal Constitucional sobre la suspensión

La suspensión es denegada por el Tribunal. Para empezar su argumentación, apunta que la interposición de un recurso de amparo, como regla general, no suspende los efectos de la sentencia impugnada. La sentencia únicamente se suspenderá cuando se cumplan dos requisitos acumulativos: (i) que su eventual ejecución produzca un perjuicio al recurrente que haga perder al amparo su finalidad; y (ii) que la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona ex. artículo 56 LOCT.

Al hacer una revisión de su jurisprudencia², el Tribunal recuerda que la suspensión de la ejecución de resoluciones firmes es una medida excepcional y de interpretación restrictiva, ya que todos los actos de los poderes públicos gozan de una presunción de legitimidad³. Además, señala que “el perjuicio irreparable debe ser real, sin que sea posible alegar un perjuicio futuro o hipotético”⁴.

La *ratio decidendi* se fundamentó en una asentada doctrina propia⁵ que sostiene que “no procede la suspensión (...) excepto en el caso de que el recurrente acredite suficientemente la irreparabilidad que para sus derechos fundamentales pudiera tener la ejecución”. Por este motivo –que el recurrente no ha acreditado el perjuicio que la ejecución conllevaría para su recurso– el Tribunal decidió no suspender la ejecución de la resolución recurrida.

Valoración crítica

Nuestro comentario –que realmente inicia aquí– tiene dos objetivos: (i) valorar la doctrina del Tribunal que impone al recurrente el requisito de acreditar los perjuicios que se derivarían de una eventual ejecución de la sentencia recurrida; y (ii) proponer un argumento más jurídicamente coherente para llegar al mismo resultado. No porque la denegación de la suspensión sea *la respuesta correcta en todo caso*⁶, sino porque nuestra lectura honesta del caso nos dice que la denegación de la suspensión es la respuesta jurídicamente correcta.

I. Perjuicio al recurrente que haga perder la finalidad del recurso: carga probatoria

Como hemos dicho, el Tribunal ha basado su decisión en una asentada doctrina propia que impone al recurrente que solicita la suspensión, el deber de acreditar los perjuicios que harían perder al amparo su finalidad, en caso de que se ejecute la sentencia o resolución que se impugna. Esta línea jurisprudencial no es compatible con la literalidad del artículo 56.2 LOTC, que habilita al Tribunal para disponer “de oficio o a instancia del recurrente” la suspensión de los efectos de la resolución cuando su ejecución “produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad”. Esta carga probatoria sobre el perjuicio, que el Tribunal impone sobre el recurrente, no tiene base normativa.

Por muy singular que sea, y por muchas facultades de legislador negativo que tenga (Gambino et al, 2017: 303), el Tribunal Constitucional está sujeto a la Constitución y a su Ley Orgánica. Estas normas definen al Tribunal como el máximo intérprete de la Constitución y le encargan la resolución de determinados recursos; pero dentro de estas labores de interpretación y aplicación de las normas de ninguna forma se encuentra la creación normativa. Precisamente, al imponer la carga de la prueba del perjuicio sobre el recurrente, el Tribunal Constitucional se inmiscuye en labores legislativas, porque no declara la inconstitucionalidad del artículo 56.2 LOTC, sino que establece *ex novo* una regulación sobre la suspensión cautelar.

2 ATC 117/2015, de 6 de julio, FJ 1.

3 ATC 93/2002, de 13 de junio, FJ 2.

4 ATC 250/2013, de 4 de noviembre, FJ 1.

5 Citamos el ATC 81/2012, de 7 de mayo, FJ 2, pero el Tribunal hace referencia a otros 9 autos.

6 En el marco de la discusión que los filósofos del derecho mantienen (García Amado, 2016: 2) sobre si los jueces primero deciden y después motivan, o viceversa. Es decir, si los jueces buscan resultados específicos o aplican el ordenamiento “ciegamente”.

La decisión del legislador al redactar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es evidente: descargar al recurrente de la carga de demostrar cómo una eventual ejecución frustraría la finalidad del recurso. Además de que el artículo lo dice literalmente (vid. *supra*), el apartado 3 del artículo 56 reconoce al Tribunal la facultad de “adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento”. Como vemos, el legislador ha querido aligerar la responsabilidad del recurrente por cualquier deficiencia probatoria de su parte, lo cual es coherente con la finalidad del recurso de amparo: tutela última y principal de los derechos fundamentales. Prueba de esto es que el propio Tribunal Constitucional ha definido el recurso de amparo como “escasamente formalista”.

La regulación de la suspensión cautelar del acto en vía de amparo contrasta con la suspensión cautelar en el orden civil, para la cual el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone la carga de la prueba del perjuicio al recurrente, al decir que únicamente podrán adoptarse “si quien las solicita justifi(ca), que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”. Debido a que los intereses que se tutelan en el proceso civil son de valor inferior a los que se tutelan en vía de amparo, el legislador sí ha impuesto para quien pide la suspensión en el primero, que pruebe el perjuicio que se le ocasionaría por no suspender cautelarmente la resolución impugnada⁸.

Ahora bien, puede parecer que pensamos que el Tribunal Constitucional tiene una función de averiguación e investigación activa, como ocurre con el Juez de Instrucción en el orden jurisdiccional penal. La LOTC únicamente reconoce al Tribunal la facultad de examinar las circunstancias del caso y *decidir por sí mismo* si suspende o no la ejecución de la resolución impugnada (o impone cualquier otra medida), independientemente de lo alegado por el recurrente. En general, el litigante tiene más probabilidades de que prospere la suspensión que ha solicitado si persuade al Tribunal sobre la frustración del objetivo del recurso, aportándole argumentos convincentes. Pero esto no quiere decir que la suspensión cautelar de la resolución impugnada tenga como *conditio sine qua non* que el recurrente deba acreditar el perjuicio que, en caso de ejecutarse, frustraría los objetivos que el recurso persigue. Al menos, no es un requisito legalmente establecido.

No obstante, sin importar que la ley no imponga la carga de la prueba al recurrente, el Tribunal considera que éste “incumpl(e) el gravamen que incumbe al demandante, en orden a acreditar la concurrencia de los presupuestos que justifican la medida cautelar, conforme a lo estatuido en el artículo 56 LOTC”.

II. Que la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona

El Tribunal Constitucional deniega la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida, basándose en que el recurrente no acreditó los perjuicios irreparables que se derivarían de dicha ejecución. Sorprendentemente, el Tribunal no entra a analizar el segundo requisito para la suspensión cautelar –que la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona–.

⁷ STC 28/1982, de 26 de mayo, FJ 1.

⁸ Es interesante que en la suspensión cautelar en el orden contencioso-administrativo, la norma tampoco impone al peticionario de la suspensión la carga de que pruebe el perjuicio (artículos 129 y ss. LJCA), aunque su redacción no es tan garantista como la de la LOTC

A nuestro juicio, es más jurídicamente coherente denegar la suspensión argumentando que ésta lesionaría los derechos fundamentales de la madre. Dedicaremos las siguientes líneas a explicar el porqué, proponiendo que la suspensión perturbaría el derecho de la madre a la integridad física del artículo 15 de la Constitución.

1. Derecho a la integridad física

El artículo 15 CE establece que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. En esta sección analizaremos la configuración del derecho a la integridad física a partir de su origen, precisaremos su contenido y propondremos la solución que estimamos correcta.

A. Orígenes del derecho a la integridad física

El derecho a la integridad física es la expresión jurídica de una concepción que los seres humanos tenemos de nosotros mismos: *grosso modo*, que los seres humanos somos valiosos y dignos de protección. Esta idea, que ha venido desarrollándose durante toda nuestra existencia, emerge en el plano jurídico-constitucional con las primeras declaraciones de derechos (en Estados Unidos y Francia, a partir de la Independencia de los primeros y la Revolución de los segundos) y se ha ido sofisticando y refinando con el paso del tiempo. Esto ha derivado en que cada vez se codifiquen más derechos y se amplíen los ámbitos de protección. Este fenómeno, conocido como *vis expansiva*, es inherente a la existencia misma del Derecho. Actualmente, algunos legisladores, jueces y académicos creativos afirman⁹ que inclusive la naturaleza goza de derechos (Lloredo Alix, 2023: 1011).

Pero el primer paso de esta “conquista de derechos” fue el reconocimiento de la vida humana como algo valioso y digno de protección. El segundo paso –o la consecuencia necesaria¹⁰– fue el de la integridad física. De esta forma, dado que la vida humana es valiosa y digna de protección, el Estado debe resguardar tanto la vida (que es una circunstancia biológica de una persona, en un momento determinado), como la propia persona como tal. Este es el objeto del derecho fundamental de la integridad física: el cuerpo humano.

Curiosamente, la Constitución Española de 1978 protege de modo singular este ámbito de la vida humana. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos protegen la integridad física de modo específico¹¹, sino que han “insertado” este derecho dentro de otros. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que muchas de las situaciones protegidas por el derecho a la integridad física en España, quedan protegidas por el derecho a la vida privada del Convenio (Suñer, 2022: 91).

B. Contenido del derecho a la integridad física

El Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la integridad física como “derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consen-

⁹ ¿Los derechos se crean o se reconocen? ¿Existen aunque no estén reconocidos? Y lo contrario: ¿es posible equivocarnos en la codificación de un derecho? Esto es, que reconozcamos como “derechos”, títulos jurídicos que en realidad no lo son.

¹⁰ Tan necesaria es la consecuencia que el legislador constitucionalista ha decidido integrar ambos derechos en un mismo artículo, el 15.

¹¹ El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce un derecho a la integridad física, psíquica y moral.

timiento¹². Este derecho, a su vez, se compone de dos pautas básicas: (i) la integridad física se halla referida al objeto del cuerpo humano en toda su extensión, abarcando indistintamente cualquiera de las partes o componentes que integran la realidad corporal; y (ii) el término “integridad”, que tiene varias acepciones, se refiere en este caso a la incolumidad del cuerpo humano: que permanezca sin lesión, menoscabo o daño; incluso, sin riesgo de tales (Medrano, 2018: 57)¹³. El Tribunal también ha conectado este derecho a no sufrir lesiones con la salud, ya que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE¹⁴”, de modo que ciertas afectaciones a la salud –únicamente las más graves– son susceptibles de vulnerar el derecho a la integridad personal.

Ciertamente, dentro del ámbito “físico” del derecho a la integridad física debemos incluir la esfera mental o psicológica del humano (Bartolomé Cenzano, 2020: 98), aunque hay autores que la encuadran dentro de la integridad moral (Medrano, 2018: 53). El debate no es ahora pertinente. Incluir la esfera mental o psicológica dentro del derecho a la integridad física es plenamente coherente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se refiere en términos amplios al objeto de protección del derecho (“ataques dirigidos a lesionar su *cuerpo o espíritu*”¹⁵), y también con diversos instrumentos internacionales. Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que todas las personas tienen derecho al máximo nivel posible de salud física y mental; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁶ protege la integridad física y mental de éstas; y específicamente, con la Resolución A/HRC/36/L.25, del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, suscrita por España, que recuerda el derecho de toda persona a la salud mental.

C. La vulneración del derecho a la integridad física y el Alzheimer

Una vez precisado el contenido del derecho a la integridad física, es posible afirmar que la decisión jurídicamente correcta era la de denegar la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, porque dicha suspensión vulnera el derecho fundamental de la madre a la integridad física. Haber suspendido la ejecución de la resolución hubiese implicado que no se vacunase a la madre contra el COVID-19. Pero la vulneración de sus derechos no reside en un mayor o menor riesgo contra dicha enfermedad, sino en la situación de aislamiento en la que se encontraba la anciana madre, la cual, por no estar vacunada, debía cumplir con unas normas de distanciamiento social que implicaban “el deterioro de su salud mental por la pérdida de la cercanía de los que la rodean y en consecuencia, se ve privada de gestos de afecto”, en palabras del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Telde

La solución que pasa por considerar que la vulneración de su derecho a la integridad física proviene de un posible contagio por COVID-19 no es acertada. El Tribunal Constitucional ha aclarado que el derecho a la integridad física solo puede lesionarse mediante daños graves y ciertos a la misma¹⁷, aunque también ha admitido que los “peligros

12 STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2

13 MEDRANO, A. P. (2018). LA INTERMINABLE CONFIGURACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Revista Española de Derecho Constitucional, 114, 47–72. <https://www.jstor.org/stable/26557973>

14 STS 5/2002, de 14 de enero, FJ 4

15 STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.

16 Es aplicable al caso porque el artículo 1 de la Convención incluye en la categoría de “discapacitados” a las personas que padezcan de un trastorno mental.

17 STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 5.

reales¹⁸ o “riesgos inmediatos o futuros¹⁹” son susceptibles de lesionar dicho derecho.

Por esta razón, no puede sostenerse el siguiente argumento: “si la madre no se vacuna, enfermará de COVID-19, y por esto verá lesionado su derecho a la integridad física”. Es evidente: el argumento está basado en una circunstancia hipotética, que posiblemente nunca ocurra. Lo cierto es que dejar de vacunar a la anciana madre no ocasiona ningún menoscabo en su salud física, únicamente aumenta las probabilidades de que dicho menoscabo ocurra. Para el Tribunal Constitucional, las circunstancias *inciertas*, como esta sin duda lo es, no son susceptibles de vulnerar el derecho fundamental a la integridad física. Riesgo, *incierto por definición*, que es excluido por el Tribunal Constitucional. No obstante, admitimos estar ante un escenario probabilístico y reconocemos la razonabilidad de quienes consideran que el riesgo probabilístico *en este caso* sí es susceptible de vulnerar el derecho fundamental a la integridad física de la madre.

Conclusiones

El activismo judicial es un fenómeno que parece venir en aumento. Su presencia dentro del sistema legal es negativa, porque aumenta la inseguridad jurídica (priva al Derecho de uno de sus elementos más valiosos: la previsibilidad). Sí es cierto que en este caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentra lo suficientemente asentada como para ser previsible, pero no por ello deja de ser ilustrativo de un comportamiento patológico que emana de los Jueces y Tribunales. Hemos intentado exponer un argumento alternativo, y a nuestro juicio más adecuado, dentro de los límites legales de la suspensión cautelar en vía constitucional, amparándonos en los derechos fundamentales, para demostrar que el activismo judicial no solo es indeseable, sino muchas veces innecesario.

Referencias bibliográficas

- Bartolomé Cenzano, J. (2020). *El derecho a la vida: Nuevos retos jurídicos para su disfrute con dignidad y sostenibilidad en tiempos de crisis*. Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://www.digitaliapublishing.com/a/76721>
- Gambino, S. (2019) *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- García Amado, A (2016). Teoría de la argumentación jurídica (II). *Almacén de Derecho*, 10-02-2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/teoria-de-la-argumentacion-juridica-ii>
- Lloredo Alix, L. (2023). A post-humanist and anti-capitalist understanding of the rights of nature (with a coda about the commons). *Oñati socio-legal series*, 13, 1003-1035.
- Medrano, A. (2018). La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 144, 47-72. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/26557973>.
- Ministerio de Sanidad del Reino de España. (2021). *Gestión integral de la vacunación del COVID-19* (Portal de transparencia). Madrid.
- Suñer, M. (2021). La Salud en su vertiente preventiva y el derecho al respeto a la vida privada: conclusiones sobre la sentencia Vavricka del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Derecho y Salud*, 7, 83-96.

18 STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

19 STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3.

El derecho de huelga a tiempo parcial limitado por razones sanitarias

Right to strike at part time limited by healthcare reasons

Pablo Ahijado Novoa¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)20](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)20)

Comentario a
STC 2/2022, de 24 de enero
Tribunal Constitucional de España

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El derecho de huelga, aunque está reconocido constitucionalmente, no está demasiado desarrollado en España, lo que desemboca en situaciones en las que el Tribunal Constitucional tiene que aclarar si se está haciendo un uso adecuado y motivado de los servicios mínimos, o si nos encontramos ante una limitación excesiva de este derecho. En la sentencia 2/2022 del Tribunal Constitucional, se resuelve el recurso de amparo sobre unos servicios mínimos que involucraron a la totalidad de los trabajadores de un área de la empresa, con objeto de mantener el nivel habitual de servicios bajo el pretexto de preservar el derecho a la salud de los ciudadanos.

Este caso decide favorablemente para el sindicato que demandaba amparo, al considerar vulnerado el derecho a huelga de los trabajadores de la empresa. Así, entran en debate diversos conceptos jurídicos como la proporcionalidad de los servicios mínimos, la existencia de un bien constitucional que para protegerse necesite limitar el propio derecho de huelga, la trascendencia constitucional de los hechos como elemento formal en el proceso del recurso de amparo, o las huelgas convocadas en tiempo parcial (que no ocupan toda la jornada laboral del trabajador).

ABSTRACT

The right to strike, despite being constitutionally recognised, is not fully developed in Spain, which leads to situations in which the Constitutional Court must clarify whether an adequate and motivated use of the minimum services is being made, or whether we are facing an excessive limitation of the right to strike. In judgment 2/2022 of the Constitutional Court, the

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

appeal of constitutional protection treats minimum services that involved all the workers of an area of the company, to maintain the usual level of services under the pretext of preserving the right to health of citizens.

This case decides favorably for the Union that demanded constitutional protection, considering that the right to strike of the company's workers had been violated. Thus, various legal concepts enter debate such as the proportionality of minimum services, the existence of a constitutional good that needs to limit the right to strike to protect itself, the constitutional significance of the facts as a formal element in the process of the appeal for constitutional protection, or part-time strikes (the ones which do not occupy the entire working day of the worker).

PALABRAS CLAVE: Huelga; Tiempo parcial; Recurso de amparo; Real Decreto-ley 17/1977; Sector aéreo.

KEY WORDS: Strike; Part time; Appeal of constitutional protection; Real Decreto-ley 17/1977; Aviation sector.

I. Introducción

El sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores de España inició un proceso judicial contra la resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento de 30 de noviembre de 2017. Basaba su demanda en la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores de la empresa Áreas, S. A. en lo relativo a la determinación de los servicios mínimos establecidos para una huelga convocada los días 4, 5, 22, 23, 29 y 30 de diciembre de 2017.

Se siguió el procedimiento judicial ordinario llevando el caso a la Audiencia Nacional, que desestimó las pretensiones del sindicato, posteriormente en recurso de casación al Tribunal Supremo, que fue inadmitido, y finalmente se llevó en modo de recurso de amparo al Tribunal Constitucional. Así, fue finalmente en la Sentencia 2/2022, de 24 de enero, en la que se resolvió definitivamente el asunto.

Los derechos que se consideraban vulnerados fueron el derecho de huelga, contenido en el artículo 28.2 de la Constitución Española (en adelante CE), el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

II. Contexto jurídico del caso

1. Derechos fundamentales afectados

A. Derecho de huelga (28.2 CE)

El derecho de huelga viene recogido en el artículo 28.2 de la Constitución Española en los siguientes términos: "Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad". La norma de rango legal que regula este derecho es el Real Decreto Ley 17/1977, que se tratará en mayor profundidad a lo largo del texto. Si atendemos a una definición más específica, podríamos definir la huelga como

“suspensión colectiva y concertada en la prestación de trabajar por iniciativa de los trabajadores”(Alonso y Casas, 1995: 900).

Precisamente, es este Real Decreto-Ley el que da una definición a la huelga en su artículo siete: “la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias”. Sobre esta definición es importante resaltar que nos encontramos ante un derecho de aplicación colectiva, aunque de decisión individual. Es decir, que se lleva a cabo por conformidad entre varios trabajadores, mientras que la decisión de unirse a la huelga es un derecho individual que puede ejercitar cada trabajador. En consecuencia, estaría prohibido que trabajadores en huelga impidan a otros realizar su trabajo si optan por no secundar la misma.

La CE prevé el “mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” para poder proteger otros bienes o derechos constitucionales. De esta forma, se ponderarán ambos derechos constitucionales y en caso de necesidad se establecerá la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal (STC 53/1986 y 27/1989).

Asimismo, cabe destacar que el derecho de huelga es inherente a los trabajadores por cuenta ajena, es decir, este no es de aplicación a jubilados, autónomos o desempleados.

B. Derecho a la libertad sindical (28.1 CE)

El derecho a la libertad sindical queda definido en el artículo 28.1 CE de la siguiente forma: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

La ley que desarrolla este derecho es la Ley Orgánica 11/1985, de libertad sindical. Se establecen ciertas limitaciones al ejercicio de este derecho en el artículo primero de dicha norma, específicamente se exceptúan de este derecho a miembros de las Fuerzas Armadas, de los Institutos Armados de carácter militar, Jueces, Magistrados y Fiscales. También se establece en el Título II la necesidad de que las organizaciones sindicales se rijan por principios democráticos. Es remarcable el Título V, en el que se reitera la ilegalidad de obligar a un trabajador a afiliarse a un sindicato y la nulidad de cualquier precepto que beneficie o perjudique a algún empleado por el hecho de estar afiliado.

La principal consecuencia de este derecho fundamental es la instrumentalización de los sindicatos para llevar a cabo la negociación colectiva. El objetivo de este mecanismo es llegar a un acuerdo entre la empresa y la voluntad mayoritaria de los trabajadores para conseguir mejores condiciones laborales, pudiendo recurrirse a la huelga como medida de presión por parte de los trabajadores siempre que lo consideren adecuado.

C. Derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE)

El artículo 24.1 CE se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Sin embargo, si se busca una definición más completa, se puede acudir a la dada por Martín Diz: “El derecho a la tutela efectiva de la justicia ha de ser un derecho fundamental constitucional, con carácter de derecho prestacional de configuración legal y que demandaría que los poderes públicos dispongan un sistema público de Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinadas a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto realización de la justicia”(Martín Diz, 2014: 169).

El apartado más importante y que mejor resume el artículo 24.1 CE es la frase “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” Esa expresión recoge el núcleo central del derecho fundamental, la capacidad de los ciudadanos para recurrir a los tribunales o a la Administración de Justicia siempre que estimen que sus derechos han sido vulnerados. Por su parte, los tribunales deberán respetar todos los derechos y garantías del proceso judicial, tanto en su vertiente material como formal, para ofrecer a la ciudadanía una resolución de su caso en la que se respeten todos los estándares nacionales e internacionales de calidad en el proceso judicial.

2. Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

El contexto político en el que se aprueba el Real Decreto-ley 17/1977 es el de un periodo de cambio social producido tras la muerte de Francisco Franco en 1975 y la consecuente reforma política y transición hacia un modelo democrático, culminado con la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978. Un momento de paso de un sistema que únicamente permitía la existencia de un sindicato vertical y que prohibía el derecho a la huelga y la manifestación dentro de las relaciones laborales, declarado en el artículo 11.2 del Fuero del Trabajo (1938), ley fundamental del régimen franquista: “Los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella, serán considerados como delitos de lesa patria”.

Al ser las relaciones laborales una materia ampliamente controvertida, especialmente en aquella época y ante la incertidumbre producida por la propia “Transición”, se optó por aprobar un Real Decreto-ley que regulase este ámbito antes de la convocatoria de las primeras elecciones generales democráticas y de la aprobación de la Constitución Española, que consagraría el derecho de huelga como derecho fundamental. Esta situación acaba resolviéndose con un recurso de inconstitucionalidad, zanjado en la STC 11/1981, planteado por la oposición del Parlamento en ese momento.

El Tribunal Constitucional declara el sentido en el que se debe interpretar la cuestión controvertida y la inconstitucionalidad de diversos preceptos de este Real Decreto-ley. Con la doctrina constitucional, se va perfilando el derecho a huelga en España, consolidando una postura facilitadora de la labor de los sindicatos como medio de resolución de los conflictos entre empresarios y trabajadores a través de la negociación colectiva. Además, permite que se vayan diluyendo ciertos poderes otorgados al Estado, que le permitían negar el derecho a la huelga o disolverlas cuando el interés general se viera perjudicado.

Es remarcable que después de más de 45 años de la aprobación del texto constitucional, el derecho laboral en general y el derecho fundamental de huelga en particular sigan regulados por una norma preconstitucional; principalmente causado por la controversia aún presente respecto a este tema.

3. Procedimiento del recurso de amparo

La base de la regulación del recurso de amparo constitucional se encuentra en el artículo 53 CE. Sus principales características son la restricción de su uso en las lesiones de derechos fundamentales (artículos 14 al 29 CE y 30.2 CE) y su ajuste a los principios de preferencia y sumariedad en el proceso judicial anterior al Tribunal Constitucional. A este recurso le resulta de aplicación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y se establece que su finalidad es el restablecimiento o preservación del derecho por el que se inicia el procedimiento.

Se pueden encontrar tres actos cuya vulneración de un derecho fundamental permitiría el recurso de amparo: las decisiones parlamentarias, las decisiones gubernativas y administrativas, y las decisiones judiciales; además de las decisiones de las Juntas Electorales en época de elecciones. Asimismo, cabe destacar a los potenciales emisores del recurso de amparo: El Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal y cualquier persona natural o jurídica.

El plazo para la interposición del recurso es de veinte días desde la notificación de la resolución que pone fin a la vía judicial previa en casos contra decisiones gubernativas o administrativas, y de treinta días desde el mismo momento para casos contra decisiones judiciales. Además, la Ley Orgánica 6/2007 reforma los requisitos y añade la necesidad de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. La STC 155/2009 estableció los criterios para reconocer la especial constitucional de un caso, entre los que se encuentran las cuestiones en las que el Tribunal Constitucional no haya sentado doctrina, como es el caso de las STC 2/2022. Este nuevo requerimiento se desarrolló dado el elevado número de recursos de amparo que estaban llegando al Tribunal Constitucional y sobre los que en muchos casos ya existía doctrina acerca del asunto, pero que debían ser estudiados de todas formas según la legislación anterior a 2007. Esta condición ha llevado a una gran contestación por parte de los juristas con diversos argumentos como “sobre todo porque es posible considerar que la eventual vulneración de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos presenta, por definición, una especial trascendencia constitucional” (Matia Portilla, 2009: 354).

III. Análisis en profundidad del caso

1. Hechos declarados y pretensiones de las partes

Se convocó una huelga por parte del comité de empresa de Áreas, S.A., entidad encargada del servicio de hostelería en el Aeropuerto Internacional Adolfo Suárez Madrid-Barajas. La huelga estaba programada los días 4, 5, 22, 23, 29 y 30 de diciembre de 2017, entre las 13:00 y las 15:00 horas. Por tanto, nos encontramos ante un paro parcial respecto al horario de la jornada laboral de los trabajadores afectados. La convocatoria se dirigía a los empleados de cuarenta y nueve puntos, incluyendo la totalidad (doce establecimientos) de los que se encuentran en el área de embarque (la zona que empieza una vez pasado el control de seguridad del aeropuerto).

No se consiguió llegar a un acuerdo entre ambas partes, por lo que la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento resolvió que los servicios mínimos se fijarían mediante la apertura de todos los puestos gestionados por la empresa en el área de embarque. Esto supone un 24,5% de los establecimientos que gestiona la empresa y el 17,75% del conjunto de la plantilla programada. Se justificó por parte de la Secretaría de Estado, que esos servicios mínimos eran necesarios ya que las huelgas en el sector aéreo tienen un efecto multiplicador que podría impactar negativamente en el turismo (una de las principales fuentes de riqueza nacional); se podría afectar negativamente a la seguridad y salud de los pasajeros al ser la nutrición un elemento fundamental de la misma; los pasajeros no tienen gran capacidad de elección de alternativas a los establecimientos de la zona de embarque una vez cruzan el control de seguridad del aeropuerto; y no se puede asegurar la suficiencia de las máquinas expendedoras para hacer frente a la demanda de los pasajeros, especialmente en horario de 13:00 a 15:00 horas.

Así el sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores de España presentó sendos recursos ante la autoridad judicial competente para denunciar que se habían vulnerado los derechos de huelga y de libertad sindical, ya que consideraba insuficiente la motivación para fijar unos servicios mínimos tan desproporcionados. Una vez seguido todo el procedimiento judicial de recursos y en cuanto el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación para defender sus pretensiones, el sindicato empleó el recurso subsidiario del Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ya que se trataba de derechos fundamentales protegidos por la Constitución Española.

2. Opiniones del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado

Durante el proceso, el Ministerio Fiscal consideró fundamentados los argumentos del Sindicato y reiteraba el interés en que se estimara el caso. Principalmente, consideraba una vulneración del derecho de huelga el hecho de que los servicios mínimos afectaran al cien por cien de la plantilla en el área de embarque, significando esto la imposibilidad de los trabajadores de ejercer un derecho fundamental. Además, se justificó el carácter mixto del recurso de amparo, teniendo en cuenta que las vulneraciones de derechos serían tanto por parte de la fijación de los servicios mínimos (art. 28.2 CE) y por el incumplimiento de la motivación reforzada exigida en casos donde se afecta a derechos sustantivos (relacionado con la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE).

Por tanto, los argumentos del Ministerio Fiscal se centran en denunciar la falta de datos concretos y de una motivación suficiente por parte de la autoridad competente en el establecimiento de los servicios mínimos. Asimismo, consideraba justificado que el Sindicato tuviese una pretensión indemnizatoria, a pesar de que el derecho de huelga sea un derecho individual, porque la restricción del derecho de huelga (de ejercicio colectivo) produce un perjuicio moral en la organización sindical.

Por otro lado, la Abogacía del Estado se mostraba contraria al recurso y ponía incluso en duda la especial trascendencia constitucional del caso, proponiendo que se inadmitiera el mismo. La argumentación se centraba en la consideración de los servicios mínimos como un aspecto fuera del núcleo sustantivo del derecho fundamental de huelga, por tanto, no sería un caso en el que se podría emplear el recurso de amparo. La Abogacía del Estado mantiene así una argumentación que demuestra la controversia en la limitación de los derechos fundamentales, ya que "no son, sin embargo, los límites explícitos

que la Constitución impone los que plantean problemas de interpretación, sino los denominados límites intrínsecos, esto es, aquellos que derivan de su mera incorporación y conformación constitucional como tales derechos” (Aguilar de Luque, 1993: 17).

Además, se interpreta que no se puede considerar que el cien por cien de los trabajadores se vieran afectados por los servicios mínimos (lo cual correspondería a los de la zona de embarque), sino que se trataría del 24,5% de los establecimientos dependientes de la empresa y únicamente un 17,75% de la plantilla. Por tanto, se defiende la tesis de que los servicios mínimos convocados estaban tanto justificados como que eran proporcionales después de ponderar la defensa de dos bienes constitucionales.

3. Fallo del Tribunal Constitucional

Después de considerar todos los argumentos a favor y en contra del caso, el Tribunal Constitucional termina llegando a varias conclusiones interesantes.

A. Especial trascendencia constitucional del caso

El argumento de la Abogacía General del Estado que buscaba inadmitir directamente el caso se considera nulo ya que el Tribunal Constitucional reitera que ese no es el objeto de este recurso de amparo. Es discreción del propio Tribunal el apreciar la especial trascendencia constitucional del caso en el momento de admitir a trámite el recurso. Desde ese momento, esta característica ya no está siendo puesta en duda.

B. Argumentos no considerados por el Tribunal Constitucional

Varios argumentos del Sindicato fueron desestimados al considerar que no eran ajustados a Derecho o que no vulneraron el derecho fundamental de huelga. Se considera suficientemente justificada, y por tanto, motivada, la limitación del derecho de huelga, mediante el establecimiento de servicios mínimos al entrar esta huelga en colisión con otro bien protegido constitucionalmente, como sería la salud de los pasajeros del aeropuerto. Además, se han aportado suficientes datos específicos y concretos que expliquen la necesidad de esos servicios mínimos. De este modo, no se puede apreciar la vulneración del derecho fundamental por estos motivos.

C. Argumentos que decantaron el fallo

El principal motivo que decanta la decisión final del Tribunal Constitucional es el hecho de que los servicios mínimos no deben ser un medio para mantener un servicio protegido constitucionalmente en sus capacidades normales, sino que se debe garantizar el mínimo indispensable del servicio para que no peligre el otro bien constitucional (en este caso la salud). Teniendo en cuenta que el Tribunal, apoyando la tesis del Sindicato, considera que se deben analizar únicamente a los trabajadores de la zona de embarque (suponiendo entonces que los servicios mínimos afectaron a la totalidad de la plantilla), los servicios mínimos habrían supuesto no simplemente una limitación del derecho de huelga, sino una privación del derecho de los trabajadores. Sin embargo, también hay otros argumentos, como la existencia de otras empresas que ofrecen servicio de restauración, además de la empresa demandada y la capacidad de reforzar este servicio, por ejemplo mediante máquinas expendedoras, que provocaron un fallo a favor del Sindicato.

D. Fallo del Tribunal

Finalmente, se decide anular todas las resoluciones impugnadas (también las judicia-

les) para retrotraer a las partes a la situación existente antes de la primera sentencia judicial. El Tribunal Constitucional confirma la retroactividad de los derechos constitucionales, “el Tribunal sustentaría la eficacia retroactiva de la Constitución en el inciso final de la disposición transitoria 2.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que permite una «débil eficacia retroactiva de la Constitución» en relación con leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y que «no hubieran agotado sus efectos». Sin embargo, ya desde el primer momento se opondría al reconocimiento de una retroactividad en grado máximo por cuanto que esta iría contra la misma seguridad jurídica que el artículo 9.3 de la Constitución garantiza” (Fernández Segado, 1993: 215).

Así, existe la posibilidad de que el Sindicato reciba una indemnización por la lesión del derecho a huelga, no obstante, el Tribunal Constitucional no resuelve esta última cuestión ya que es función de la jurisdicción contencioso-administrativa de dilucidar si hay derecho a indemnización y la eventual cuantía de la misma.

Conclusiones

El derecho de huelga en España necesita urgentemente un desarrollo legislativo que fije el alcance y los límites materiales y formales de una manera clara. El hecho de que desde la primera sentencia del Tribunal Constitucional anulando preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, la amplia mayoría de las aclaraciones sobre este derecho hayan venido por parte del Tribunal Constitucional y no por parte de una ley ejemplifica bastante bien la controversia y falta de consenso respecto al propio derecho de huelga en el espectro político contemporáneo.

En la sentencia 2/2022 tratada en profundidad, se puede observar una especificación respecto al derecho de huelga que nunca antes había tenido una aclaración por parte del Tribunal Constitucional, que es el caso de los servicios mínimos convocados en huelgas de horario parcial. Además, se recalca la necesidad de dividir a los trabajadores que son llamados a una huelga en áreas de servicio por parte de la Administración a la hora de determinar los servicios mínimos. De esta manera, se puede evitar la privación del derecho de huelga a una parte de la plantilla que podría encontrarse en una zona concreta o realizando una tarea específica, defendiendo de esta manera ese derecho fundamental de los trabajadores.

Referencias bibliográficas

- Aguilar de Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 9-34
- Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M. (1995). *Derecho del Trabajo, decimocuarta edición, Facultad de Derecho – Universidad Complutense*, Madrid
- Fernández Segado, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 195-247
- Martín Diz, F. (2014). Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia. *Revista europea de derechos fundamentales*, 23, 161-176
- Matia Portilla, F. (2009). La “especial transcendencia constitucional” y la inadmisión del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 343-368.

La adopción como respuesta a los desafíos de la gestación subrogada transfronteriza: Observaciones críticas a la STS 277/2022, de 31 de marzo

Adoption as an answer to address the challenges of cross-border commercial surrogacy: critical observations of the supreme court ruling 277/2022, of march 31st

Álvaro Sánchez Martín¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)21](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)21)

Comentario a

STS 277/2022, de 31 de marzo

Acceso al fallo

RESUMEN:

El presente análisis tiene por objeto examinar la problemática que conlleva el reconocer la inscripción de la filiación de menores a las madres por deseo que acuden a la praxis de la gestación subrogada en terceros países. A pesar del rechazo mostrado por el Tribunal Supremo a los acuerdos que regulan las relaciones privadas en este tipo de negocios, en el caso concreto, sugiere incoar un proceso de adopción sobre la criatura objeto del negocio siguiendo la estela de dos casos recientes resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una respuesta que no parece satisfacer a ninguna de los sujetos involucrados si atendemos a los diferentes derechos e intereses en juego. De este modo, el trabajo pretende resaltar las deficiencias argumentales sobre las que se construye el sentido del fallo de la STS 277/2022, de 31 de marzo.

ABSTRACT

The present analysis aims to examine the issues related to the recognition of the filiation of minors to mothers by choice who resort to the practice of surrogacy in foreign countries. Despite the rejection shown by the Supreme Court towards agreements that regulate private relationships in this type of business, in this specific case, it suggests initiating an adoption process for the child subject to the transaction, following the path of two recent cases resolved by the European Court of Human

¹ Investigador predoctoral en el Instituto de Derecho Público Comparado “Manuel García Pelayo” de la Universidad Carlos III de Madrid. Nro. de ORCID <https://orcid.org/0009-0008-7174-963X>

Rights. This response does not seem to satisfy any of the parties involved if we consider the different rights and interests at stake. Thus, the work aims to highlight the argumentative deficiencies on which the meaning of the ruling of the STS 277/2022, of March 31, is constructed.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada; gestación por sustitución; interés superior del menor; filiación; adopción.

KEY WORDS: Surrogacy; cross-border commercial surrogacy; best interests of the child; guardianship; adoption.

I. Introducción

La gestación por sustitución o subrogada es uno de los paradigmas jurídicos más sonados, quizás, por lo complejo y morbosos de su objeto. Una técnica que plantea serios y evidentes interrogantes ético-jurídicos y cuyo tratamiento por los tribunales españoles parece no satisfacer a ninguna de las partes involucradas. El pronunciamiento núm. 277/2022, de 31 de marzo, de nuestro Tribunal Supremo al cual nos acercamos es claro ejemplo de este *conundrum*. Los hechos se resumen en las siguientes letras: El padre de una mujer de nacionalidad española que recurrió a los servicios de una empresa privada de gestación subrogada en el Estado de Tabasco, México —donde esta técnica se encuentra legalmente permitida—, ejerce la acción de filiación ante los tribunales españoles en favor de su hija, la madre no biológica, sobre la criatura fruto del negocio jurídico. Un negocio en el que la madre de intención no realiza aportación alguna de material genético. Ante esta contienda que no supone mayor novedad para su tratamiento por los tribunales españoles, el Tribunal Supremo acaba concluyendo que la inscripción de la filiación a través del proceso de adopción se concibe como la opción que mejor satisface los intereses de todos los sujetos implicados (FJ 4, aps. 13 y 14). Es decir, no se reconoce la acción de filiación como método oportuno para optar al resultado deseado por los demandantes, sino que el Tribunal les insta a incoar un proceso de adopción para alcanzar aquel.

En este sentido, las presentes líneas tienen como objeto exponer de forma sucinta la cuestión que subyace a la conclusión que la Sala Primera del Tribunal Supremo deduce a través de su resolución núm. 277/2022, de 31 de marzo. Así, comenzamos el presente análisis trayendo el interrogante surge de forma irremediable al observar la doctrina —aludida y parcialmente expuesta en la argumentación del Tribunal en el asunto— sentada por medio de su pronunciamiento STS 835/2013, de 6 de febrero: si el ordenamiento español prohíbe la técnica de la gestación por sustitución, ¿cómo cabe justificar que en la práctica llegue a consentirse? Y cuando hablamos de práctica nos referimos al resultado que se pretende con aquella: la inscripción de la filiación.

II. La línea argumental del Tribunal

El Tribunal, desde un inicio es claro a la hora de enmarcar la cuestión: la posibilidad de ejercer la acción de filiación contra el menor fruto de un acuerdo para la gestación subrogada en los tribunales españoles (FJ 4, ap. 2). Así las cosas, la formulación del interrogante inicial se hace entonces evidente: ¿cabe en estos casos la inscripción de la filiación de un menor a través de la norma española? En este sentido, si bien el instrumento a identificar para hallar la respuesta a esta cuestión parece señalarse sin mayor controversia, el art. 9.4 CC, el Tribunal desatiende infelizmente el carácter del precepto.

La Sala Primera confirma, sin más, que “la (única) normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, España”. Así, si bien la subsunción de los hechos a las líneas del art. 131 CC con respecto a la posesión de estado sería perfectamente razonable, la especificidad del art. 10.2 LTRHA imposibilita el reconocimiento de la filiación a través del fuero nacional. Súbitamente, el Tribunal cierra la puerta a cualquier razonamiento para que la acción de filiación prospere en razón de su interpretación del art. 9.4 CC, creando, paradójicamente, una situación que seguidamente se dispone a soslayar tras privar al menor de cualquier opción de gozar de los derechos derivados de la filiación. No obstante, tal y como referencia Cuartero Rubio (2022; 3), el art. 9.4 CC se comprende como una norma de conflicto materialmente orientada. La norma favorece la consecución de un resultado: el ejercicio de la filiación. Así, no ha de admitirse la reducción a la que el Tribunal somete al art. 9.4 CC al considerar parcialmente sus líneas. Si bien “la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, España, no la del Estado en que haya nacido”, en el caso que aquella no pudiera hacerse por este cauce (art. 10.2 LTRHA), se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento, en el asunto, la mexicana. Así, el Código Civil español sólo permite que la filiación no se establezca si así lo impiden tres foros materiales —en el presente supuesto dos, al coincidir el primero y el último—: la ley de residencia habitual del menor, la ley de la nacionalidad del menor y el Derecho español. De esta suerte, la *lex fori* es determinada en cascada: en caso de que la filiación no pueda darse por la primera remisión de la norma, habrá que acudir a las siguientes de forma consecutiva hasta que pueda alcanzarse el resultado deseado.

Desde un primer momento el argumento seguido por el Tribunal es, a nuestro entender, impreciso. Si bien el ordenamiento sustantivo español no permite la inscripción de la filiación en estos supuestos, la Sala debió de haber remitido la cuestión a lo dispuesto en la norma mexicana que, en estos casos, es permisiva en cuanto al ejercicio de la acción de filiación en el escenario de la gestación subrogada. Sin embargo, la deriva argumental del Tribunal conduce inexorablemente a la misma cuestión que inspira nuestras líneas. Como bien insistiremos, el hecho de que la Sala confirme que la adopción se erija como la figura jurídica que mejor responde a la necesidades de las partes involucradas desemboca, igualmente, en la incoherencia de la indulgencia del ordenamiento al permitir el resultado de una práctica que atenta contra los propios cimientos del mismo. De este modo, el Tribunal se ve en la necesidad de estudiar, una vez más, la posibilidad de que una ley extranjera cause en territorio nacional unos efectos no sólo no deseados por el ordenamiento doméstico, sino contrario a sus pilares. Ciertamente, lo que se plantea en el asunto es un supuesto distinto del que resolvía el pronunciamiento que sentó doctrina en la materia, pero trae de nuevo el debate que subyace a ambos: la eficacia de normas extranjeras en la jurisdicción española y su colisión con el orden público internacional. Sin embargo, la consideración expresa sobre la vulneración del orden público internacional español a través de este precepto del Código Civil destaca por su ausencia en el razonamiento del Tribunal. El conjunto del ordenamiento entendido como Estado-persona parece quedar fuera de la argumentación en el fondo, obviando uno de los elementos fundamentales en el juego de la ponderación. Será sobre esta cuestión sobre la que nos detendremos.

III. La gestación subrogada y el orden público internacional español

La respuesta otorgada por el Tribunal Supremo ante la encrucijada que supone la cues-

tión que se le plantea es, cuanto menos y tal y como hemos venido introduciendo, insatisfactoria para la totalidad de las partes. Idea que la propia Sala parece asumir al haberlo “intentado” (FJ 4, ap. 14) y adoptado tibiamente la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH *Paradiso y Campanelli*, de 24 de enero de 2017, Gran sala; o *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2021), perpetuando, en todo caso, “la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica *se reconozca el resultado*” (FJ 4, ap. 6). Sin embargo, hemos de insistir en lo divergente entre las posiciones del Tribunal de Estrasburgo y los diferentes tribunales nacionales. El TEDH no se encuentra incorporado en un sistema de fuentes ni integrado en uno de poderes asimilable a los nacionales, por lo que el Tribunal goza de un escenario aséptico para la construcción de su juicio, adquiriendo una sensibilidad especial y menos acotada a la hora de examinar cuestiones como la presente. En cualquier caso, entendemos las palabras de Cuartero Rubio (2022; 2) cuando se refiere a que “la Sentencia, que apunta decididamente a calificar la gestación subrogada como contraria al orden público internacional español, no lo dice. Cuando esta, y no la otra, era la cuestión”. Es decir, el pronunciamiento debía, en todo caso, estudiar si el acogimiento del resultado en la jurisdicción española por parte de la norma extranjera genera una externalidad negativa intolerable (art. 12.3 CC).

Como sabemos, el ordenamiento español regula expresamente la cuestión de la gestación por sustitución. El artículo décimo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, reza que:

- “1.Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.”
- 2.La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”

En el pronunciamiento que hoy nos concierne, si bien el Tribunal acaba considerando la adopción como la figura óptima para alcanzar el efecto deseado —la inscripción de la filiación—, aquel estaba obligado a adentrarse en la inmediata externalidad que esa conclusión causa en el conjunto del ordenamiento. En este sentido, cuando los magistrados hacen referencia a que de acuerdo al Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el asunto ha de ser “valorado *in concreto*” (FJ 4, ap. 14), no deben de caer en el error de despreciar el coste que supone la inaplicación de la cláusula del orden público internacional y su repercusión sobre futuros pronunciamientos. En cualquier caso, cuando nos referimos al orden público internacional doméstico —concepto jurídico indeterminado, pero determinable— no debemos asumir, que aquel está formado por normas sustantivas del Derecho español, sino por determinados principios (RDGRN 6 de abril de 1979). Por ello, asumir en este supuesto que el art. 10 LTRHA dibuja el orden público internacional español —tal y como proclama el Ministerio Fiscal (FJ 1, ap. 6)— es inexacto, sin perjuicio de que la relación entre la norma y su fin es uno de los aspectos esenciales de la estructura normativa del ordenamiento. Debe, más bien, hacerse referencia a “normas que contienen principios integrantes de aquel orden público internacional”. Unos principios que deben poder ser catalogados como *fundamentales* en tanto refleja valores esenciales e irrenunciables, “intereses generales de la sociedad” necesarios para la conservación de la misma en una época determinada (STS 5 de abril de 1966, STS 31 de diciembre de 1979, SAP Guadalajara 23 de marzo de 2006). “Valores sobre los que se

funda el cemento de la nación” (Carrascosa González; 2008; 2360). Así, el registro constitucional identifica estos principios fundamentales. Unos principios esenciales y absolutos susceptibles de actuar como veto en las situaciones internacionales.

Habiéndonos referido a esta cuestión, el Tribunal sí es claro a la hora de fijar que “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos” (FJ 3), y por tanto, entendemos implícito el permitir los efectos en el territorio que se derive de esa práctica. Si bien la aproximación a la vulneración del orden público internacional no se realiza a través del art. 12.3 CC, alude directamente a las líneas constitucionales para definir aquel. Por lo tanto, lejos de lo expuesto por la profesora, la cuestión parece centrarse, más bien, en el hallazgo de una excusa para la no aplicación de la cláusula del orden público internacional, y es que el Tribunal en la adopción de su fallo —recurrir a la adopción— en ningún caso obvia el contenido del orden público internacional español.

Así, una vez confirmado que el acto es contrario al orden público español, lo que verdaderamente debió haberse argumentado en la fundamentación es el daño que su superación pudiera tener en el sustrato del ordenamiento nacional, recordando que ha de discernirse el asunto hoy tratado de aquellos casos de externalidades producidos por responsabilidad civil extracontractual. A diferencia del segundo escenario, en materia de gestación subrogada, la externalidad negativa no la sufre uno o varios individuos concretos, sino que aquella se extiende a una más elevada estructura supraindividual: la totalidad de la sociedad española.

Como acertadamente señala Carrascosa González, “los datos específicos del supuesto concreto constituyen la clave fundamental para decidir si debe o no debe intervenir la cláusula de orden público internacional”, o en este caso, la excusa de su mediación. Es innegable el conflicto que surge entre el interés público y privado, como también es indudable que el orden público internacional español imposibilita *de iure* la eventualidad de fallar, sin más, en la aceptación de los efectos causados por la norma de conflicto en su remisión al ordenamiento extranjero. Así, la apreciación de la posibilidad de excusar la falta de aplicación del orden público internacional español en el asunto deberá de atenderse bajo la lupa de la economía de los derechos, es decir, estudiar el coste —daño— a asumir por una u otra parte en función del sentido del pronunciamiento, de tal modo que el sujeto que pueda soportar el fallo no deseado a un menor coste será el que acabe enfrentándose a aquel. (2008; 2355 y ss.). Así las cosas, debemos comprender holísticamente las posiciones de las partes, los derechos involucrados y su tratamiento por parte del Alto Tribunal para obtener la “solución menos mala” en términos de eficiencia jurídica.

En lo que concierne al coste al que se rinde el ordenamiento, nos remitimos a lo señalado hasta el momento: el sometimiento de los valores sobre los que se eleva el Estado sin olvidar que el resquebrajamiento de este a través de una excepcionalidad puntual podría resultar en una excepción orgánica a la norma. Ahora bien, ¿en qué medida afecta el fallo de la STS 277/2022, de 31 de marzo, a las diferentes partes involucradas? ¿Y si su sentido hubiese sido el contrario? Estas serán las principales cuestiones que atenderemos. Consiguientemente, el mantenimiento de una perspectiva amplia de los sujetos partícipes en el mismo nos permite una comprensión más profunda del razonamiento y resultado de la decisión, proporcionando así un análisis más detallado de las repercusiones sobre los intereses de la totalidad de los actores comprometidos que nos ayuda a responder

a la cuestión que encierra el asunto: ¿queda justificada la inaplicación de la cláusula del orden público internacional en un supuesto como el presente?

IV. Desequilibrio de posiciones y eficiencia jurídica

Si bien el señalamiento de los sujetos que toman parte de la controversia podría considerarse una cuestión menor por su manifiesta evidencia, su atención es especialmente relevante para desmembrar la argumentación que orbita alrededor del encaje en el ordenamiento del resultado que pretenden los defensores de esta práctica. La STS 277/2022, de 31 de marzo, parece atender de forma desigual a aquellos. Los diferentes apartados que el Tribunal dedica a su consideración para el tratamiento y ponderación de sus derechos es notoriamente desequilibrado, dedicando exclusivamente sus esfuerzos en la comprensión del estatus del menor sobre el que se reclama la filiación. Resulta así en el desentendimiento de la posición de la madre gestante y como hemos venido argumentando, más sorprendentemente, del interés de la sociedad española en su conjunto para el mantenimiento de sus fundamentos jurídicos básicos e imperativos. Posiciones que tensan el argumento en direcciones dispares.

1. El interés superior del menor

El interés superior del menor es, sin duda, el argumento que inclina definitivamente la balanza para la decantación del sentido del pronunciamiento. Este principio se erige como la piedra angular de la fundamentación jurídica en el asunto, acercándose sinuosamente a su concepción bajo la lupa del *custody law* (Ravetllat Ballesté; 2012; 95). Una concepción que se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente, para reclamar su efectividad (art. 39 CE). Sin embargo, cuando nos referimos a esta noción y su determinación empiezan a surgir las primeras divergencias ¿quién y cómo decide cuál es y cómo se concreta ese interés? Cuando el Tribunal Supremo hace referencia al interés superior del menor y le dedica, con el celo merecido, prácticamente la totalidad de sus letras, realiza un ejercicio de proyección a futuro. Un enfoque que pretende facilitar la formación y desarrollo personal del menor (Roca Trías; 1994) y para el que trae convenios internacionales en los que España es parte. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño o el Protocolo Facultativo de la misma.

Tal y como referencia Lara Aguado (2022; 12), el dilema al que tiene que hacer frente el Tribunal Supremo es cómo compatibilizar la exigencia de respeto a los derechos fundamentales con la satisfacción del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución. Su labor ha de partir en el esbozo de la composición de los derechos del menor objeto de su interés. Así, el Tribunal identifica la vulneración de dos derechos como resultado de la realización de la técnica a la cual identifica como una “venta de niños” (FJ 3, ap. 5). Por una lado, la dignidad e integridad del mismo —que desde un punto de vista jurídico-formal basta con identificar aquella dignidad del menor con los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad— y, por otro, el derecho a conocer su origen biológico.

A) Dignidad e integridad del menor

Tal y como expresa el Tribunal, no supone materia controvertida la asunción de que la dignidad del menor se ve confrontada al ser “cosificado” (FJ 3, ap. 9) por medio de un acto de intercambio remunerado o retribuido (FJ 3, ap. 5). Ahora bien, debemos dudar hasta qué punto la solución adoptada por el mismo revierte aquella situación

degradante. La conclusión manifestada en los últimos apartados del pronunciamiento se resume en que la adopción se constituye como “solución que satisface el interés superior del menor [...]” (FJ 4, aps. 11 y ss.). No obstante, a nuestro entender, el juicio de la Sala Primera adolece de la siguiente problemática: 1) La adopción por parte de la demandante del “servicio” perpetúa y consolida el acto denigrante que da inicio a la causa. Al permitir y alentar a que la “futura madre” adquiera la maternidad a través de la adopción se favorece a la aceptación y legitimidad a la transacción, normalizando el tratamiento del ser humano como objeto intercambiable. 2) Que el sujeto que costea la técnica puede ostentar un interés viciado al convertirse en adoptante del menor. Sus motivaciones iniciales pueden estar más centradas en satisfacer su deseo de tener un hijo biológico o, sin el componente genético, en su más temprana etapa de vida, que en el bienestar y los intereses del propio menor. Se plantean así interrogantes sobre si se priorizará el bienestar del menor o se mantiene el enfoque de los deseos de los padres durante el proceso de adopción. Por todo ello, la adopción por parte de los mismos sujetos que desembolsaron una cantidad de dinero a cambio de “un servicio” no garantiza un entorno neutro y aséptico para el menor. Por el contrario, la intervención de una figura ajena a la transacción original sería, a nuestro entender, más proclive a brindar un contexto más objetivo y asegurar que las decisiones se tomen considerando exclusivamente el interés superior del menor, sin influencias o conflictos adicionales.

B) Desarrollo de la personalidad

En cuanto al desarrollo de la personalidad, el Tribunal parece no hacer especial alusión de forma directa. Sin embargo, y tal y como brevemente se ha señalado, las conclusiones de la Sala Primera se suscriben en virtud de una proyección futura del menor y su bienestar. De este modo, ese interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor con miras a posibilitar el *libre* desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). De este modo, la luz que ha de proyectarse deberá ser limitada para la consecución de esa *libertad*. El tribunal no enfoca la cuestión del desarrollo de la personalidad a un objetivo concreto. De sus letras no ha de extraerse un *ple-no* desarrollo de la personalidad presumiendo un posible desarrollo completo que responde a unas potencialidades concretas de cada individuo, sino un *libre* desarrollo de aquellas (Santana Ramos; 2014). Cabe esperar que este libre desarrollo de la personalidad refleje un modelo de vida que aún está por determinar, el modelo que cada individuo decide darse a sí mismo en el uso de su libertad personal, por lo que el entendimiento del desarrollo de la personalidad en los conflictos como el hoy comentado ha de comprenderse como la salvaguarda de un estadio de libertad. Si bien no es necesario prescindir de referencia a la felicidad, bienestar personal y al equilibrio emocional y afectivo del menor, su consideración debe limitarse atendiendo a las divergencias orgánicas entre un mero conflicto civil cuyos efectos tienen un alcance privado y otro cuyo impacto es susceptible de sacudir los cimientos del ordenamiento doméstico, como es el caso. De lo contrario, a nuestro juicio, el Tribunal caería en el error de elevar a un mismo plano la felicidad y el bienestar del menor en el sentido más absoluto frente a la vulneración de derechos fundamentales de la madre gestante, y a través de ello, resquebrajar el sustrato del orden nacional. Por ello, cuando la Sala Primera alude a la jurisprudencia del mismo Tribunal y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 4, ap. 8), ha de recordarse que los lazos personales y afectivos que puedan haber surgido —tras “una duración relevante”— han de

protegerse en tanto que responden al desarrollo de la personalidad en su sentido de libertad, no de felicidad.

C) El derecho a conocer su origen biológico

El Tribunal Supremo en su decisión de 21 de setiembre de 1999 proclamó la existencia de un derecho constitucional e ilimitado de las personas adoptadas al conocimiento de su origen biológico. Reconoció el derecho al ejercicio de una acción para conocer, sin necesidad de ejercitar la filiación. La doctrina que este pronunciamiento vino a introducir ha sido refrendada como constitutiva de un derecho *principalísimo*, e incluso catalogado como el más cercano al derecho a la vida. Un derecho fundamental que encuentra su razón en la dignidad humana y cuyo ejercicio contribuye al referenciado desarrollo de la personalidad, debiendo de prevalecer sobre los otros intereses en conflicto (Gonzales Pérez de Castro y Delgado Martínez; 2020; 130)

Tal y como el Tribunal Supremo referencia en su pronunciamiento, la técnica de la gestación subrogada atenta contra este genuino derecho constitucional a conocer nuestro origen biológico. No obstante, en este supuesto, el hecho de no reconocer la filiación a la madre que no aportó material genético en el contexto de la gestación subrogada no debe afectar al derecho del menor a conocer su origen biológico. En tanto que aquel derecho se centra en la identificación de sus progenitores biológicos, no depende necesariamente del reconocimiento legal de la filiación o de los lazos legales establecidos a través de la gestación subrogada. Asimismo, el hecho de que la madre que no aportó material genético no pueda ser reconocida legalmente como madre no impide que el menor pueda tener acceso a información sobre su origen biológico. De este modo, además de la filiación legal existen registros y documentación que pueden proporcionar esta información sobre el origen biológico del menor. Esto puede incluir información sobre los donantes de gametos o detalles sobre la gestación subrogada, como los acuerdos realizados durante el proceso. El acceso a esta información puede garantizar que el derecho del menor a conocer su origen biológico se cumpla sin requerir el reconocimiento legal de la filiación.

2. La mujer gestante y la vulneración de sus derechos

El papel que juega la mujer gestante dentro de la argumentación del Tribunal es prácticamente residual, sin perjuicio de que aquella forma parte de las consideraciones por las que el Ministerio Fiscal sustenta la formulación del recurso de casación y su *situación* es referenciada a lo largo del fondo. Sin embargo, es más que llamativo que el Tribunal haya dedicado una cuarta parte de la fundamentación a la exposición literal del documento contractual suscrito entre las partes (FJ 1). Una opción que no ha de pasarse por alto por su manifiesta intencionalidad. La exposición textual del acuerdo sin detenerse en su comentario permite al lector de la resolución evaluar sus términos. Un examen que lleva necesariamente a transmitir una postura implícita de repulsa y desaprobación hacia el mismo y que expone indirectamente su evidente contrariedad para con el orden público internacional español. Un rechazo que se traslada explícitamente en la enumeración de derechos vulnerados, suspendidos o suprimidos a la madre gestante, a saber: derechos de maternidad, derecho a la salud, derecho a la intimidad y confidencialidad médica, integridad física y moral, dignidad y libertad de movimiento y residencia (FJ 3, ap. 7). Situación a la que, el Tribunal insiste, “no es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante

que vulnera sus más elementales derechos” (FJ 3, ap. 8).

Volvamos a traer las letras con las que se culmina la resolución: “Esta solución —la *adopción*—satisface el interés superior del menor, [...] pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes [...], que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución,” (FJ 4, ap. 14). Ahora bien, ¿acaso el compendio de derechos de la madre gestante queda degradado sólo en la medida en la que “se potencia(ra) la práctica comercial”? ¿No es más cierto que el acto de reconocimiento del resultado de una gestación por sustitución comercial, una vez más, perpetúa y consolida su posición? Cuando el tribunal se refiere a que la adopción “intenta salvaguardar [...] los derechos fundamentales de las madres gestantes” surge irremediabilmente la pregunta de en qué medida aquellos actos son correlativos entre sí, y en todo caso, hasta qué punto esa intencionalidad es “suficiente”.

3. Las expectativas de la madre de intención

Que en el supuesto la mujer que había recurrido a la gestación subrogada para la satisfacción de un deseo no cuenta con ningún derecho subjetivo implorable con respecto a lo dispuesto en el ordenamiento español es algo que no requiere mayor explicación. Así, el Alto Tribunal acertadamente expresa que “el art. 8 del CEDH *no garantiza* el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia” (FJ 3, ap. 12). Si bien su posición en tiempo de llevar a cabo la práctica en un estado cuya legislación es permisiva se reducía a una expectativa, los tribunales nacionales son claros al exponer que la tutela judicial se reserva a derechos consolidados, asumidos e integrados en el haber del sujeto y no a meras expectativas de futuro (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6, y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9).

Conclusiones

Si bien el hilo argumental del Tribunal es a nuestro juicio impreciso, deriva necesariamente a la cuestión paradójica que parece perpetuarse en jurisprudencia del Tribunal Supremo: la incoherencia de permitir en la jurisdicción española el resultado de una práctica que atenta contra los propios cimientos del ordenamiento que la vertebraba. Naturalmente, la aplicación del Derecho extranjero puede vulnerar la estructura jurídica básica de la sociedad de aquel territorio en el que despliega sus efectos, razón por la que el ordenamiento español prevé una cláusula de orden público internacional (art. 12.3 CC), cuya aplicación —siempre de forma excepcional— garantiza la protección y defensa de los “intereses generales”, proporcionando la solución menos dañina para el conjunto de los sujetos implicados.

En el caso que nos concierne, la STS 277/2022, de 31 de marzo, identifica felizmente el hecho de que la permisión de que el acto amparado por el ordenamiento mexicano despliegue sus efectos en la jurisdicción española vulnera gravemente el orden público internacional. No obstante, el argumento que los Magistrados elaboran para esquivar su aplicación en favor del interés del menor es, tal y como se ha venido introduciendo desde el inicio de este breve comentario, insatisfactorio por las razones aducidas y que condensamos:

1) La perspectiva seguida por el Tribunal al elaborar su fallo, centrada en el interés superior del menor específico, no debe suponer la omisión de las implicaciones y riesgos que acarrea para con el resto del sistema jurídico doméstico: convertir una excepción puntual al reconocimiento de los efectos de un acuerdo de subrogación en una excepción orgánica de la norma. Al elaborar decisiones basadas únicamente en el interés superior del menor *in concreto*, se corre el riesgo de crear precedentes inconsistentes que alimentan la incoherencia en el trato de la gestación subrogada y acaban deteriorando el orden moral sobre el que se erige el Estado.

2) Es fundamental mantener un equilibrio entre el reconocimiento del interés superior del menor y la preservación del orden público internacional español. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, parece que los derechos de los sujetos involucrados son tratados de forma desequilibrada, presumiendo, en todo caso, que el interés del menor se ve satisfecho a la luz del sentido del fallo. No obstante, a nuestro entender, la solución adoptada por el Tribunal es del todo inconsistente. No observamos que, efectivamente, los intereses del menor hayan sido preservados. Al contrario, somos testigos de la confirmación y perpetuación de su degradación a la vez que los derechos e intereses del resto de sujetos afectados por el negocio son desatendidos. De este modo, es la parte que confió en que sus conductas quedaban sujetas a la Ley designada por la norma de conflicto española la que se ve mayormente satisfecha con el pronunciamiento. La parte que únicamente contaba con una mera expectativa acaba asumiendo un menor coste que resulta siendo repartido, incomprensiblemente, entre el resto de actores implicados. De este modo, entendemos que, en el presente asunto, no hay excusa para la no aplicación de la cláusula del orden público internacional.

Así las cosas, el trato que el Tribunal Supremo otorga a asuntos como el brevemente comentado es, tal y como hemos venido insistiendo, desafortunado para la totalidad de las partes involucradas, por lo que habremos de estar pendientes a futuras argumentaciones que puedan arrojar luz sobre esta delicada cuestión. Hasta entonces, sin duda, continuará siendo objeto de debate e inspiración de textos como el presente.

Referencias bibliográficas

- CUARTERO RUBIO, M.V. (2022) “*E pur... es internacional: una observación a la STS de 31 de marzo de 2022 sobre gestación subrogada*” Centro de Estudios de Consumo, disponible aquí.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008) “Orden público internacional y externalidades negativas” Boletín del Ministerio de Justicia, Año 62, núm. 2065, págs. 2351-2378.
- GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M. Y DELGADO MARTÍNEZ, A. S. (2020) “Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿cuáles son sus límites? una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada” Revista de Derecho. Vol. 22, págs. 115-136.
- LARA AGUADO, A. (2022) “La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales” Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 120, págs. 243-270.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012) "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término"
Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación, Vol. 30, Núm. 2, (Ejemplar dedicado a: Infancia, derechos y educación), págs. 89-108.
- ROCA TRÍAS, E. (1994). "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado", discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 4. págs. 915-992.
- SANTANA RAMOS, E.M. (2014) "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad" en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 29, págs. 99-113.

El rol de la Justicia en la determinación de precios en contratos de salud privada: nueva doctrina jurisprudencial de ISAPRES en Chile

The role of Justice in pricing in private health care contracts: new jurisprudential doctrine of ISAPRES in Chile

Pamela Ignacia Urrejola Fernández¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)22](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)22)

Comentario a

FREDES CON ISAPRE BANMÉDICA S.A. 30 de noviembre de 2022

Tercera Sala Constitucional, Corte Suprema

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En el fallo comentado, se presenta un recurso de protección contra ISAPRE Banmédica, por aplicar un factor de riesgo por cada miembro del grupo familiar, lo que afecta, según la recurrente, el precio base del plan de salud. Se argumenta que esto va en contra de la interpretación correcta de las normas y menciona la inaplicabilidad de la tabla de factores según una sentencia previa del Tribunal Constitucional en 2010. Se alega, que la actuación de la ISAPRE viola garantías constitucionales y se solicita que se acoja el recurso, ordenando a la ISAPRE considerar solo el valor del plan base para todo el grupo familiar y restituir los montos pagados en exceso. La sentencia divide la controversia en tres aspectos: la legalidad o arbitrariedad de utilizar una tabla de factores de riesgo que altere el precio del plan de salud contratado, la legalidad de considerar el número de beneficiarios o cargas adicionales al determinar el precio final del contrato individual de salud, y la legalidad de los factores de riesgo y su cuantía establecidos por la ISAPRE, especialmente en el caso de una nueva carga menor de dos años, junto con el planteamiento final del voto disidente.

ABSTRACT

In the aforementioned ruling, an appeal for protection is filed against ISAPRE Banmédica, for applying a risk factor for each member of the family group, which, according to the

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ayudante actual de las Cátedras de Derecho Administrativo, Derecho de Aguas y Procedimientos Penales; Mail: pameurrefer@gmail.com / pamela.urrejola@uc.cl; Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0879-1656>

appellant, affects the base price of the health plan. It is argued that this goes against the correct interpretation of the rules and mentions the inapplicability of the table of factors according to a previous ruling of the Constitutional Court in 2010. It is alleged that the ISAPRE's actions violate constitutional guarantees and it is requested that the appeal be upheld, ordering the ISAPRE to consider only the value of the base plan for the entire family group and to reimburse the amounts paid in excess. The judgement divides the controversy into three aspects: the legality or arbitrariness of using a table of risk factors that alters the price of the contracted health plan, the legality of considering the number of beneficiaries or additional charges when determining the final price of the individual health contract, and the legality of the risk factors and their amount established by the ISAPRE, especially in the case of a new charge of less than two years, together with the final approach of the dissenting vote.

PALABRAS CLAVE: ISAPRE; tabla factores riesgo; precio base; precio final; tabla única.

KEY WORDS: ISAPRE; risk factors table; base price; final price; unique table.

I. Introducción:

Para iniciar, es bueno tener un contexto del sistema de Salud en Chile, el cual es mixto, es decir, existe un sistema público (FONOSA) y un privado (ISAPRE). Ahora bien, el presente comentario de jurisprudencia se basa en una sentencia que dice relación con la ISAPRE Banmédica, por ende, del sistema privado, de esta manera es importante señalar que “el financiamiento privado es básicamente a través de la cotización para salud (7%) que realizan las personas en alguna de las siete ISAPRES abiertas o de las seis que son cerradas” (Aguayo, 2017: 2). Por otro lado, a modo de marco histórico en 1981 se crean las ISAPRES, como una alternativa al sistema FONASA para otorgar prestaciones de salud a las personas, “entre 1990 y 2005, la supervigilancia de las Isapres estuvo a cargo de la Superintendencia de Isapres; a partir de ese año se creó la Superintendencia de Salud encargada de fiscalizar tanto a Fonasa como a Isapres” (González et al., 2019: 82).

Ahora bien, el análisis a realizar se centra en los planes de salud ofrecidos por las ISAPRES y la manera de determinarlos. La controversia del caso dice relación con que la recurrente alega que la ISAPRE Banmédica S.A. al determinar su plan de salud base, aplica un factor de riesgo por cada miembro del grupo familiar, y pide que sólo considere el valor del plan base respecto de todo el grupo familiar, y que, por ende, se abstenga de multiplicar por coeficientes de las tablas de factores de riesgo. Ahora bien, el comentario se dividirá en los aspectos fundamentales que trata la sentencia, tomando como postura, que la Corte Suprema estuvo en lo correcto con su fallo, ajustándose de esa manera a la ley y al ordenamiento jurídico del país.

II. Ilegalidad o arbitrariedad de emplear tablas de factores de riesgo de salud, en la determinación del contrato de salud.

Como bien plantea el fallo analizado, la controversia puede resumirse en la afirmación de que es arbitraria un alza en el precio final de un contrato de salud por aplicación de una tabla de factores de edad o sexo del afiliado o contratante, sin embargo, era un hecho no controvertido en esta causa, que fue corroborado por los documentos acompañados, que para calcular el precio final del contrato de salud individual de la recurrente, se aplicó una tabla de factores acompañada a dicho plan de salud complementario, que no distinguía entre sexos, y solo contemplaba 7 grupos etarios.

Por lo que, atendido a los antecedentes del caso, la tabla de factores usada por la recurrida para el presente contrato de salud, tenía concordancia con la instrucción general contenida en la circular IF/N343, de 11 de diciembre de 2019, donde la Superintendencia de Salud establece una tabla única de factores.

1. Tablas de factores de riesgo en el pasado y Tabla Única de Riesgo en el presente

Para poder analizar el presente fallo, se debe hacer una diferenciación muy importante que dice relación con la tabla de factores de riesgo, ya que ha habido un desarrollo jurisprudencial y legal en torno a esta materia, y tener clara la vigencia actual de esta tabla, hará que se llegue a conclusiones adecuadas. En sí a modo de definición de tabla de factores, podemos irnos a la dada por el Decreto con Fuerza de Ley 1, en su artículo 170 letra n², que explica que la tabla de factores de riesgo, dice relación con aquella tabla que elaboran las diversas ISAPRES, donde se expresan factores que muestran una relación de los precios de planes de salud para las personas, en torno a tópicos como el sexo, edad y condición del cotizante o carga, que deben basarse según instrucciones de general aplicación que da la Superintendencia. Como se explicó, al final la tabla de factores que se realizaba en el pasado tenía criterios para diferenciar a las personas, es decir había “diferenciación entre el hombre y la mujer para efectos del riesgo. En tal sentido, se considera más riesgosos a la mujer en edad fértil y al hombre de tercera edad, junto a los menores de 2 años” (Zárate, 2010: 5).

Esta consideración de tabla de valores hace referencia a la antigua manera de ver este sistema, ya que, si bien como plantea la definición, son los factores según edad, sexo y condición del cotizante o carga, eso ha sido modificado en el presente. En principio esta modificación, como bien explica Cordero (2011) venía de un fallo que fue dictado por el Tribunal Constitucional (TC) en agosto de 2010, el cual actuando de oficio, declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, este artículo regulaba la normativa y la forma que las ISAPRES podía determinar el precio de los planes de salud de sus afiliados, en sí Cordero señalaba también que el uso de esta facultad, constituía el ejercicio más intenso de las potestades contra mayoritarias reconocidas en la Constitución Política de Chile.

Ahora bien, en sí este fallo sobre inconstitucionalidad, el TC venía a resguardar las garantías constitucionales de las personas estableciendo que con estas tablas anteriores había una “violación al derecho a la igualdad ante la ley, pues no existía una fundamentación razonable para las distinciones en el trato con relación al sexo y la edad que permitía efectuar la norma objetada (...) igualdades esenciales que no admiten tratos discriminatorios” (Cordero, 2011: 156). Luego de este caso del 2010, hubo un cambio grande en la manera de calcular los contratos de salud, ahora como bien señalaban, Benavides *et al.* (2023):

Las Isapres podían utilizar las tablas de factores para determinar el precio final al momento de suscripción de un nuevo contrato, pero la Superintendencia limitó

2 Decreto con Fuerza de Ley 1/2006, del Ministerio de Salud y Subsecretaría de Salud Pública, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley n° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469 señala en el art.170 letra “n) La expresión tabla de factores por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan”.

la facultad de las entidades para generar nuevas tablas para la comercialización de nuevos planes de salud, señalando que, de confeccionarse, los factores utilizados en ellas debían considerar diferencias por sexo y edad inferiores a las que se encontraban vigentes en tablas anteriores ya aprobadas por la Superintendencia. (p.13)

Con todo, el paso del tiempo hizo necesario un factor unificador, donde existiese una sola tabla de factores, que no se prestase para arbitrariedades, razón por la cual la Corte Suprema legitimó la existencia de una Tabla Única de Factores, confeccionada en diciembre de 2019 por la Superintendencia de Salud, en este sentido, la Superintendencia de salud en la circular IF N°343 (2019) planteaba que las instituciones de salud previsual, es decir, las ISAPRES, iban a tener el deber de utilizar para todos sus planes de salud que comercialicen, durante los próximos cinco años contados desde la entrada en vigencia de las instrucciones que se dictaban en ese momento, una Tabla de Factores Única, la cual tiene en consideración dos factores principales, en primer lugar eliminar la discriminación por sexo y en segundo lugar restringir la discriminación por edad en la fijación de los factores.

Pese a esto, este cambio sólo regía para los nuevos planes que se fueran a contratar, es decir, desde abril de 2020, esas personas serían beneficiadas por este sistema, por lo que, si sólo regía para futuro, sin tener efectos retroactivos, gran cantidad de personas, quedaron bajo el antiguo sistema, considerándose las tablas de factores de riesgo discriminatorias para ellas. Ante esta situación, en el pasado año 2022 la Corte Suprema, en su misión por tratar de regular de mejor manera los múltiples casos que le llegaban, de recursos de protección contra ISAPRES, es que se fue dando un nuevo paradigma en torno a la salud privada, se creó una “nueva doctrina jurisprudencial respecto a diferentes aspectos contractuales de las isapres y cotizantes como lo son el plan base, la tabla de factores, incorporación de nonatos y niños y niñas hasta los dos años, entre otros. En las sentencias (roles 16.630-2022; 25.570-2022; 14.513-2022 y 13.979-2022)” (Poder Judicial, 2022).

En este sentido, en las sentencias citadas anteriormente se puede desprender que la Corte Suprema señaló que si hubiera alguna tabla de factores de riesgo creada por las ISAPRES “distinta a la Tabla Única (...) contravendría los fundamentos del Fallo de 2010, incluso cuando dicha tabla fuere usada en planes de salud anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Tabla Única” (Benavides *et al.*, 2023), de esta manera vemos que la CS decidió teniendo en consideración el análisis realizado anteriormente, que las ISAPRES no pueden hacer sus propias tablas de factores de riesgo ni por sexo ni edad, ya que es inconstitucional, sin embargo, legítima la mencionada tabla de la Superintendencia de salud para ser la única que rija al calcular los contratos de salud.

A. Tabla Única de factores y el fallo comentado

Como se analizó anteriormente el concepto de tabla factores ha tenido un desarrollo muy importante con el paso del tiempo, vemos que de existir una libertad total de crear cada ISAPRE su propia tabla de factores de riesgo, ya en el 2019 se llegó a la implementación de una sola, la contenida en la circular IF/N° 343 del 11 de diciembre de 2019 de la Superintendencia de Salud, para evitar discriminaciones arbitrarias y no infringir garantías constitucionales de los afiliados, esto ha sido un avance muy grande en el país, dando seguridad para muchas personas.

En cuanto al fallo en comento, es uno de aquellos que la Corte Suprema ha tomado como relevantes para hacer parte de su nueva doctrina jurisprudencial, donde es totalmente legítimo y no arbitrario la utilización de la Tabla Única de Valores comentada anteriormente, tal como establece el caso en su considerando Décimo tercero³, ante esto, podemos decir que con relación al estudio de la ilegalidad o arbitrariedad de emplear tablas de factores de riesgo de salud en la determinación de los contratos de salud, consideramos que la decisión de la Corte es del toda acertada, ya que el contrato de la recurrente fue determinado con la tabla única de factores de la Superintendencia, lo que hace que la actuación sea legal y no arbitraria, como podría haber sido con las antiguas y arbitrarias tablas de factores de riesgo.

III. Ilegalidad o arbitrariedad de considerar para la determinación del precio final de un contrato individual de salud, tanto el número de sus beneficiarios o cargas adicionales al cotizante o afiliado.

Para entender de mejor forma la discusión en este caso, la recurrente, expresa que sólo se debería considerar el valor del plan base respecto de todo el grupo familiar, absteniéndose de multiplicarlo por coeficiente alguno, es decir, solicita que no se adicione precios bases por cantidad de miembros y mucho menos multiplicar este factor de riesgo alguno.

Sin embargo, la Corte consideró que el actuar de la recurrida estaba bien, y ajustado al texto legal, ya que el contrato de salud fue calculado, multiplicando el precio base ofertado por la suma de los factores de la respectiva tabla única de factores, de todos los miembros de su grupo familiar, ante esta situación, debemos hacer un estudio tanto del concepto de precio base del contrato y precio final del contrato, ya que como se desprende de la sentencia, la recurrente incurre en un error, en cuanto a la diferenciación de estos dos conceptos.

1. Diferencia entre Precio Base del contrato y Precio Final del contrato

Para poder comprender y definir el concepto de precio base, nos iremos nuevamente al Decreto con Fuerza de Ley 1, en su artículo 170 letra m⁴, que define el precio base en simples palabras como aquel asignado por la ISAPRE a cada plan y este es uno para todos los que tengan ese mismo plan, y en cuanto al precio final, se señala en la ley, que se obtiene multiplicando este mencionado precio base por el factor de la tabla correspondiente.

Ahora bien, con relación a este primer concepto de precio base, como afirma Candia (2017) por estipulación de la ley este precio base, tiene que ser el mismo para todas las personas que estén afiliadas a un mismo plan de salud en una ISAPRE, de esta manera, si existe un reclamo de algún afiliado en tribunales, las diferentes ISAPRES no podrían fundar su decisión de reajuste a ese beneficiario en particular de manera individual, ya que es uno sólo para todos. Por otro lado, como bien explican Benavides *et al.*, (2023):

3 Décimo tercero: “Que, en consecuencia, tras este nuevo estudio de los antecedentes, esta Corte entiende que no es ilegal, para la determinación del precio final de un nuevo contrato individual de salud, multiplicar el precio base del plan complementario de salud ofrecido por el factor de riesgo del cotizante o afiliado determinado en una tabla de general aplicación, que no discrimine por sexo y que establezca grupos etarios correspondientes a sus riesgos de salud, de conformidad con la instrucción general contenida en la Circulas IF/Nº 343, de 11 de diciembre de 2019, de la Superintendencia de Salud. El precio final así fijado al momento de contratar no podrá modificarse al alza por el solo cambio de grupo etario del cotizante o afiliado durante la vigencia del contrato”.

4 Letra “m) La expresión precio base, por el precio asignado por la Institución a cada plan de salud. Se aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan. El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores”.

Desde su consagración en los inicios del nuevo sistema privado de salud, la facultad de las Isapres para modificar anualmente el precio base de sus contratos de salud ha experimentado una serie de modificaciones. De acuerdo con la normativa original, los contratos de salud se celebraban por periodos anuales y se permitía a las Isapres determinar libremente los precios para el periodo anual siguiente. (p.15)

En este sentido, las ISAPRES en su momento podían variar este precio base libremente, pero para todos las personas, como dijimos anteriormente, pese a esto, como señala Candia (2017), desde hace muchos años ya, el 2007, y más intensamente desde el 2011 se han acogido muchos recursos de protección, que ordenan dejar sin efecto diversas alzas del precio base de los planes de salud de las personas, aún más, se prohibió que se hicieran reajustes a futuros beneficiarios sobre los cuales la Corte ya falló, en este sentido, lo que Candia nos hace ver, es que el argumento que la Corte ha tenido con respecto al precio base, es que en muchos casos no había una real justificación de las alzas de los precios, por ende esto era arbitrario, e incluso más, inconstitucional.

Si bien, en un primer momento, en relación a nuestro fallo en comento, la recurrente expresa que en su caso al aplicar la Tabla de Factores al cotizante y a cada nuevo beneficiario, se le estaría cobrando tantos planes base como la suma de factores resultante, vemos que en la causa, existe un error de la recurrente a la hora de considerar el cálculo de su contrato de salud, ya que como se expresó anteriormente el precio base es un monto único para todos los afiliados que contraten el mismo plan, de una misma ISAPRE, el cual no va a variar por la tabla de factores, sino que lo que puede variar entre un contrato y otro es el precio final, el cual dependerá de la cantidad de beneficiarios y del los factores de riesgo que los miembros tengan en consideración a la Tabla Única de Valores mencionada anteriormente, en este sentido el artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley 1⁵, expresa la manera que se calcula el precio final, que a fin de cuentas, es el aplicado correctamente por la recurrida según el Tribunal y según la opinión de este comentario.

A. Cálculo correcto del Precio Final en la presente sentencia

Vemos que la recurrente yerre al confundir ambos conceptos de precio base y precio final, de esta manera es muy relevante lo que plantea la Corte Suprema en su considerando Décimo Séptimo⁶, que explica la aplicación del citado artículo 199.

En este sentido, si bien el análisis que se dio en un inicio sobre los diferentes recursos interpuesto por un cambio en el monto del precio base, vemos que en el caso, la discusión se centra en la forma de calcular el precio final, y había sido un error de conceptos por parte de la recurrente, por lo que confirmamos el correcto actuar de la Corte Suprema, al considerar que el procedimiento del cálculo del precio final de su contrato de salud había sido correcto, multiplicando el precio base por la suma de los factores de la Tabla Única, antes analizada, de todos los miembros del grupo familiar.

5 Artículo 199 DFL 1 de 2006: "Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores".

6 La operación regulada en el artículo 199 del DFL N°1 exige que, para determinar la cotización pactada en el precio final de cada contrato individual, el precio base del plan contratado ("Precio Base Plan") sea multiplicado por la suma de los factores de riesgo que correspondan a cada uno de los beneficiarios ("Factor Grupo Familiar"), cantidad que deberá ser sumada a las primas GES, CAEC y los beneficios adicionales, tal como se expresa en las casillas del Formulario Único de Notificación preparado por la Superintendencia del ramo.

Junto con esto, para el cálculo del precio final, la sentencia se hace cargo de la especial situación de la carga no nata y el menor, o la menor de dos años, ya que la recurrente planteaba que a su carga se le aplicaba un factor de 1,0, sin embargo, no se corroboró esta información, por lo que se tiene realmente en consideración el factor de 0,6 de la tabla única de la Superintendencia de Salud, en este sentido, lo relevante aquí, es que tanto al no nato y menor de dos años que se nombró, los “cubre completamente el GES, por lo tanto no se le puede aplicar una tabla de factores. Después de esa edad legal, se le aplica un plan correspondiente a los dos años, el que es inmodificable en el tiempo, salvo que sea a la baja” (mesa de noticias El Mostrador, 2022), pese a esto, la misma Corte señalaba que el cálculo es correcto, ya que como se estipulaba en los hechos no controvertidos, con fecha 1 de diciembre de 2021 la recurrente celebró este plan de salud individual, registrando también una beneficiaria vigente que nació el 20 de julio de 2018. Sin embargo, el cálculo realizado por la recurrida es ajustado a derecho, puesto que, al momento de llevarse a cabo este contrato, esa carga tenía más de 3 años de vida, por ende, ya pasó de los dos años donde no se le podía aplicar la Tabla de Valores, y ahora se le aplica el 0,6 correspondiente por su edad. Por lo que consideramos ajustado nuevamente el razonamiento de la Corte.

IV. Voto Disidente del Caso

La sentencia en comento fue acordada con el voto en contra del Ministro Señor Muñoz, quien estuvo por revocar lo apelado de la sentencia, y declarar que la ISAPRE podía considerar sólo el valor de un plan base para el titular y los beneficiarios, sin adicionar otros precios base, ni tablas de factores al monto, ya que las normas jurídicas que habilitaban a las ISAPRES para aplicar y gestionar tablas de valores elaboradas por esas mismas entidades, perdieron validez producto de la sentencia de inconstitucionalidad del 9 de agosto de 2010, comentada en los apartados superiores.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con lo afirmado por el Ministro ya que, ante esta situación y como dijimos anteriormente en el título I. sobre la legalidad o arbitrariedad de emplear tablas de factores de riesgo de salud en la determinación del contrato de Salud, vimos que “las isapres no pueden elaborar tabla de factores por sexo y edad por ser inconstitucional, pero la Corte Suprema legitimó una tabla confeccionada por la Superintendencia de Salud” (Mesa de noticias El Mostrador, 2022), por otro lado, tal como lo señalan Benavides et al.(2023), la CS estimó que utilizar una tabla diferente a la otorgada por la Superintendencia contenida en la circular IF/N° 343 sería ilegal y arbitrario, y eso contravendría los fundamentos del fallo de inconstitucionalidad de 2010, pero este no es el caso, respetándose de esa manera esta nueva doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

Conclusiones

El presente fallo ha sido uno de los decisorios para el cambio de paradigma en torno a la determinación del monto de los contratos de salud de las personas afiliadas a alguna ISAPRE en Chile, como bien vimos, este comentario desarrolla una sentencia relacionada con una ISAPRE, y su fundamento principal es la forma que se determinan los planes de salud de estas personas. La controversia se centra en que la recurrente alega que la ISAPRE Banmédica S.A., al determinar su plan de salud base, aplica un factor de riesgo por cada miembro del grupo familiar, y pide que solo se considere el valor del plan base para todo el grupo familiar, sin multiplicar por coeficientes de las tablas.

La Corte Suprema falló a favor de la ISAPRE, argumentando que la Tabla de Factores utilizada estaba en concordancia con la instrucción general emitida por la Superintendencia de Salud, que establece una Tabla Única de Factores. En este sentido del estudio realizado, vimos que el concepto de tabla de factores de riesgo ha evolucionado con el tiempo. Anteriormente, cada ISAPRE podía crear su propia tabla, pero en 2019 se implementó una tabla única de factores para evitar discriminaciones arbitrarias.

Se respaldó la existencia de esta tabla única en diversos fallos del año 2022 y ahora no sólo se debe aplicar para nuevos contratos, sino que tienen que ser modificados contratos que estuvieran calculados con las antiguas tablas de factores de riesgo, debiendo devolver excedentes de ser el caso, “la devolución por el cobro considerado como excesivo fue estimada en uno 1.400 millones de dólares, los que debían ser devueltos en un periodo de seis meses a todos quienes hayan sido perjudicados con los parámetros establecidos” (Dote, 2023).

Por otro lado, en cuanto a la determinación del precio final de un contrato individual de salud, la Corte Suprema consideró que era legítimo multiplicar el precio base por los factores de la tabla correspondientes a todos los miembros del grupo familiar. La recurrente argumentaba que solo se debía considerar el valor del plan base para todo el grupo familiar, pero la Corte señaló que esto estaba ajustado al texto legal ya que la misma ley indica en su artículo 199 del DFL 1 de 2006, la manera de calcularlo.

Para finalizar, el presente comentario, volvemos a recalcar que la Corte Suprema estuvo en lo correcto al respaldar el uso de la Tabla Única de Factores de Riesgo y la multiplicación del precio base por los factores correspondientes a todos los miembros del grupo familiar. Estas decisiones se consideran ajustadas al marco legal y contribuyen a evitar discriminaciones arbitrarias en la determinación de los contratos de salud en el sistema privado de Chile. Ahora bien, cabe señalar, que si bien el sistema privado de salud en Chile a sido objeto de diversas críticas y debate, las diversas reformas al mismo, como las señaladas en el presente comentario, han hecho que sea más compatible con las garantías constitucionales de las personas, y no se produzcan tantas injusticias con un tema tan primordial como lo es la salud de las personas.

Referencias bibliográficas

- Aguayo Ormeño, I. (2017). *Planes de salud en Isapres: Chile*. Valparaíso: Asesoría técnica parlamentaria.
- Candia, A. (2017). Judicialización en Isapres: antecedentes y alternativas de solución. Serie informe social ISSN 0717 – 1560.
- Cordero Vega, L. (2011). Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales. *Anuario De Derechos Humanos*, (7), pp. 151–159.
- Dote, S. (2023). Las nueve claves de la crisis de la salud privada en Chile: de un fallo a la “aclaración” de la Corte Suprema. *El País*, 15-06-2023. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2023-06-15/las-nueve-claves-de-la-crisis-de-la-salud-privada-en-chile-de-un-fallo-a-la-aclaracion-de-la-corte-suprema.html>

- González, C., Castillo-Laborde, C., Matute, I. et al., (2019). *Serie de salud poblacional: Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno*. Santiago, Chile: CEPS, Fac. de Medicina, CAS-UDD.
- Mesa de noticias El Mostrador (2022). Ante alzas en isapres, Suprema acoge recursos de protección y fija nueva doctrina respecto a plan base y tabla de factores. El Mostrador, 01-12-2022. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/2022/12/01/ante-alzas-en-isapres-suprema-acoge-recursos-de-proteccion-y-fija-nueva-doctrina-respecto-a-plan-base-y-tabla-de-factores/>
- Poder judicial (2022). Corte Suprema acoge recursos de protección y fija nueva doctrina respecto a plan base y tabla de factores de isapres. *Noticias del Poder Judicial*, 01-12-2022. Disponible en: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/83477>
- Zárate, S. (2010). Los efectos de la sentencia del TC en el caso Isapres. Facultad de Derecho UC. Apuntes Legislativos del Observatorio de Iniciativas Legislativas

Los derechos del nasciturus en el sistema constitucional ecuatoriano

The rights of the unborn child in the Ecuadorian constitutional system

Gonzalo M. Gaibor Gallardo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)23](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)23)

Comentario a

La sentencia N.º 50-14-IN/22 (Acción pública de inconstitucionalidad).

Interviene en calidad de accionante: Mishelle Estefanía Bermeo Vivar.

Caso resuelto el 13 de octubre de 2022

Tribunal: Corte Constitucional del Ecuador

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El 04 de diciembre de 2014 fue interpuesta una acción pública de inconstitucionalidad en contra del segundo inciso del artículo 20 CONA. Según la parte accionante, el artículo en cuestión se contrapone al art. 45 de la Constitución del Ecuador que garantiza el derecho a la vida desde la concepción. Una errónea interpretación del segundo inciso del art. 20 CONA podría impedir las intervenciones quirúrgicas desde la fecundación del óvulo hasta su nacimiento, aun cuando estas se realicen para garantizar el derecho a la salud y a la vida del que está por nacer. A pesar de que no existían mayores argumentos que justificasen la interposición de la acción, la Corte Constitucional resolvió declarar su admisibilidad y realizar un amplio análisis acerca de la obligación constitucional del Estado de garantizar el derecho a la vida y la salud desde la concepción. Mediante sentencia N.º 50-14-IN/22 la Corte Constitucional denegó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta el 04 de diciembre de 2014 y confirmó la constitucionalidad de la norma. En el presente comentario queda en evidencia la posición que asume la Corte Constitucional del Ecuador a la luz del nuevo Estado de “derechos” y el régimen del “Buen vivir”.

ABSTRACT

On December 4, 2014, a public action of unconstitutionality was filed against the second paragraph of article 20 CONA. According to the plaintiff, the article in question is contrary to Article 45 of the Constitution of Ecuador, which guarantees the right to life from conception. A mistaken interpretation of the second paragraph of article 20 CONA could prevent surgical interventions from the fertilization of the ovum until its birth, even when these are performed to guarantee the right to health and life of the one to be born. Despite the fact that there were no stronger arguments that justified the filing of the action, the Constitutional Court resolved to declare its admissibility and carry out a thorough analysis regarding the constitutional obligation of the State to guarantee the right to life and health from conception. Through sentence N.º 50-14-IN/22 the Constitutional Court denied the demand for unconstitutionality filed on December 4, 2014 and confirmed the constitutionality of the norm. In the present commentary it is evident the position that the Constitutional Court of Ecuador assumes in light of the new State of “rights” and the regime of the “Buen vivir”.

¹ Abogado; Máster en Derecho Constitucional; Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de Derecho internacional público de la Universidad Metropolitana-Sede Machala. Abogado litigante. Mail: gonzalogaibor988@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3902-095X>.

An erroneous interpretation of the second clause of article 20 CONA could prevent surgical interventions from the fertilization of the ovum until its birth, even when they are performed to guarantee the right to health and life of the unborn child. Despite the fact that there were no further arguments to justify the filing of the action, the Constitutional Court decided to declare it admissible and made a broad analysis of the constitutional obligation of the State to guarantee the right to life and health from conception. By judgment No. 50-14-IN/22 the Constitutional Court denied the unconstitutionality action filed on December 04, 2014 and upheld the constitutionality of the norm. This commentary shows the position assumed by the Constitutional Court of Ecuador in light of the new State of "rights" and the regime of "Good Living".

PALABRAS CLAVE: Derechos; nasciturus; garantismo constitucional; buen vivir; dignidad.

KEY WORDS: Rights; nasciturus; constitutional guarantees; good living; dignity

I. Introducción

El 04 de diciembre de 2014, Mishelle Estefanía Bermeo Vivar, en calidad de procuradora común de Jaime Alfonso Dousdebés Costa, Dayana Lizeth Naranjo Jaramillo, Allison Michelle Vasco Campoverde y Guillermo Brando Zapatier Nájera presentó una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional del Ecuador. En la referida acción se demanda la inconstitucionalidad por razones de fondo del segundo inciso del artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia² (CONA).

Una vez que la Sala de Admisión admitió a trámite la acción de inconstitucionalidad, según consta en el auto de 12 de febrero de 2015, la Corte Constitucional solicitó informes al Ministerio de Salud Pública, al Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, al Consejo Nacional para la Igualdad de Género, al Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, al Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana y al Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades. Asimismo, convocó a una audiencia pública en la que participaron varias organizaciones sociales e instituciones relacionadas con el tema.

El derecho a la vida, a la salud y al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, constituyen derechos inmanentes al ser humano, garantizados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos³, la Convención Americana de Derechos Humanos⁴, la Convención sobre los Derechos del Niño⁵, y, por supuesto, en la Constitución de la Repú-

2 Art. 20. Código de la Niñez y Adolescencia (CONA): "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. **Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral**".

3 Art.3. Declaración Universal de Derecho Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

4 Art. 4, numeral 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

5 Art. 6. Convención sobre los Derechos del Niño: "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

Art. 24. Convención sobre los Derechos del Niño: "1. Los Estados Partes garantizarán 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".

blica del Ecuador⁶. La posibilidad de que en la legislación ecuatoriana exista un artículo cuya interpretación podría ser opuesta a la Constitución y los instrumentos internacionales podría traer consigo la vulneración del derecho a la vida desde la concepción, y, en consecuencia, al principio básico sobre el que se construyen los instrumentos internacionales: la dignidad humana.

El 13 de octubre de 2022, la Corte Constitucional dictó la sentencia N.º 50-14-IN/22 en la que declara la constitucionalidad del segundo inciso del art. 20 CONA al considerar que no contraviene al derecho a la vida y a la salud desde la concepción, ya que son derechos que se fortalecen a través de la aplicación íntegra de la Constitución, los tratados internacionales y el CONA. Para resolver esta acción de inconstitucionalidad la Corte desarrolló una interpretación sistemática de la norma cuestionada a la luz de los artículos 45 y 66.3 literal d) de la Constitución de la República del Ecuador.

El objetivo del presente trabajo se centra en efectuar un análisis amplio de los derechos del nasciturus y de los criterios jurídicos que utilizó la Corte Constitucional para desestimar la acción de inconstitucionalidad interpuesta a la luz del nuevo enfoque del constitucionalismo ecuatoriano. Determinar el origen y los alcances de los “novedosos” principios constitucionales que incorporó la Constitución del Ecuador contribuirá al fortalecimiento de la dogmática jurídica que se ha desarrollado durante los últimos años, pero más importante aún, podría promover el diseño de herramientas técnico – jurídicas que favorezcan su viabilidad práctica.

II. El garantismo constitucional en el Ecuador

Como es consabido, a partir del año 2008 la Constitución del Ecuador implementó a nivel dogmático principios constitucionales que se inspiraron en las prácticas ancestrales de los pueblos andinos⁷. La institucionalización de un nuevo orden constitucional denominado Estado constitucional de “Derechos y justicia”⁸, y la forma en la que se replanteó en la Constitución el Estado de bienestar es una muestra de los esfuerzos hechos por el constituyente para garantizar los derechos de los ecuatorianos. “El nuevo paradigma constitucional pospositivista que con dificultad se intenta abrir paso en el Ecuador, no es un mero trasplante acrítico de los postulados del neoconstitucionalismo europeo y norteamericano, sino que es un intento de juridificar en el plano del derecho positivo los elementos propios de la realidad y necesidades locales” (Montaña et al.: 2013, 24).

A tal efecto, con la Constitución del 2008 surge en Ecuador el estado del “Buen vivir” o “Sumak Kawsay”, modelo constitucional que prioriza la protección de los derechos de los ciudadanos en armonía con la naturaleza⁹, hecho que significó un nuevo enfoque de los dere-

6 Art. 45. Constitución de la República del Ecuador (CRE): “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”. Art. 66 (CRE): “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: (...) d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos”.

7 Preámbulo (CRE): “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza”.

8 Art. 1. CRE. “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

9 “La visión del neoconstitucionalismo ecuatoriano no busca alejarse de los conceptos desarrollados en el campo del Derecho constitucional a lo largo de los últimos dos siglos; al contrario, pretende generar la sinergia necesaria entre la visión del Derecho que se deriva de las costumbres propias de los pueblos y nacionalidades andinas y los principios de los sistemas constitucionales europeo

chos, entre los que destaca la garantía del derecho a la vida desde la concepción. Asimismo, la Constitución ecuatoriana implementó un complejo sistema de garantías jurisdiccionales que se encuentra a disposición de los jueces de la justicia ordinaria y constitucional.

Lo cierto es que el sistema de justicia ecuatoriano adquirió un carácter garantista en cuanto se refiere a la tutela de los derechos, situación que obliga a la Corte Constitucional a asumir la función de guardián del orden constituido, responsable de armonizar a través de su jurisprudencia el contenido de las normas jurídicas con la Constitución.

1. Los Derechos del nasciturus

Determinar a nivel ético y jurídico cuáles son los derechos del nasciturus no siempre ha sido un tema pacífico, al contrario, su discusión entre los distintos actores sociales provoca tensiones y discusiones, es un tema sobre el que no existe una respuesta absoluta por parte de la filosofía, así como tampoco del Derecho. “Pero las discrepancias comienzan a manifestarse cuando se pretende elucidar si la vida que se origina en la fecundación es una vida humana individual y personalizada o no. La cuestión no es baladí: si se afirma que con la concepción comienza “la vida humana” pero no necesariamente un nuevo individuo o persona...” (Corral Talciani: 1997, 51). Dicho de otro modo, el derecho a la vida desde la fecundación es una discusión que mantiene su vigencia hasta la actualidad; no obstante, es un bien jurídico tutelado por la Constitución del Ecuador y los instrumentos internacionales.

Lo cierto es que las sociedades no se sostienen a través de normas morales individuales, dicho de otro modo, el “ser humano por su propia razón”, tal como lo señala la ética Kantiana (León Correa: 2010, 82), por el contrario, hace falta la convergencia de principios comunes, garantizados a través de normas jurisdiccionales, tendentes a fortalecer el Estado de Derecho. Desde luego, todas estas afirmaciones no implican desconocer la existencia de diversas posiciones en torno al derecho a la vida desde la concepción.

A pesar de ser un tema controvertido, lo cierto es que garantizar el derecho a la vida desde la concepción es una norma constitucional que por regla general prevalece sobre las demás disposiciones jurídicas, no obstante, no es un derecho absoluto¹⁰. A la luz de todas estas consideraciones es posible afirmar que las circunstancias matizan la aplicación de la Constitución y la ley, hecho que supone cierto grado de relativización de los derechos que conforman el régimen del “Buen vivir”.

A la luz de todo lo dicho en líneas anteriores, aun cuando no existan acuerdos en los debates a nivel del campo de la ética sobre el nasciturus como sujeto de derechos o no, lo cierto es que el orden constitucional ecuatoriano tutela como bien principal ponderado el derecho a la vida y a la salud desde la concepción. La calidad de “persona” con derechos y obligaciones (en este caso deberes), se adquiere a partir del nacimiento, no obstante, la calidad de ser humano se encuentra implícita desde el momento de la fecundación. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”.

2. El derecho a la vida y a la salud desde la concepción

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho

y americano” (Gaibor G: 2022, 174).

10 “El derecho a la vida no es un derecho absoluto, sino relativo, en el sentido de que puede ser limitado o restringido por razones de interés general o de protección de otros derechos fundamentales” (Corte Constitucional de Colombia, STC. C-239/97).

a la vida desde la concepción, es un bien jurídico tutelado en el que se circunscriben todos los derechos que se agrupan en el régimen del Buen vivir¹¹. Por tanto, es una obligación del Estado ecuatoriano la protección de los derechos del ser humano sin distinción alguna, así como garantizar la satisfacción de los derechos sociales de forma progresiva. Los elementos en mención dejan en evidencia la permanente obligación del Estado de garantizar el bienestar de todos los ecuatorianos, al menos así es como consta en la Constitución.

A este respecto, es pertinente enfatizar en que la Constitución es un instrumento eminentemente jurídico, por tanto, sus normas rigen para todos los miembros del Estado, aun cuando existan divergencias en cuanto a su contenido. Por otro lado, los debates éticos y morales en torno al derecho a la vida y a la salud del nasciturus tienen plena validez en el campo de las ciencias y contribuyen a la construcción de normas jurídicas. En definitiva, este es un tema que se encuentra en permanente debate, propio de las democracias constitucionales donde impera el Estado de Derecho.

3. La esfera de lo no decidible y la protección del nasciturus

La Constitución es un instrumento que se funda en los conceptos mínimos sociales aceptados por todos los miembros del Estado, y, en este caso específico, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho a la vida desde la concepción, además de todos los derechos que se vinculan a la dignidad humana. Por tanto, el Estado debe adoptar todas las medidas posibles para garantizar la vida y la salud del nasciturus. En esta línea, una vez que se encuentra en vigor la Constitución, los debates éticos pasan a un segundo plano ante el deber ser constitucional. A este respecto, merece la pena recordar la teoría de las esferas de los Derechos de Ferrajoli:

“Es así como estos derechos, en su conjunto, diseñan lo que he llamado la esfera de lo no decidible: la esfera de lo indecidible que, constituida por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía, que, en cuanto expectativas negativas, imponen la prohibición de las decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo indecidible que no, determinada por el conjunto de los derechos sociales, que, en cuanto expectativas positivas, imponen la obligación de las decisiones dirigidas a satisfacerlos. Solo lo que queda fuera de esta esfera forma la esfera de lo decidible...(2014, 54)”.

En los sistemas constitucionales vigentes existen escenarios en donde el Estado no puede no decidir, dicho de otro modo, el derecho a la vida y a la salud desde la concepción pertenecen a la esfera de los derechos no decidibles según la Norma fundamental ecuatoriana. En definitiva, es una obligación del Estado proteger el derecho a la vida de todos los seres humanos aun cuando sus derechos no sean efectivos. “*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis eius agitur*”¹². La base del actual sistema constitucional ecuatoriano se concentra en el respeto al derecho a la vida y su desarrollo en armonía plena con la naturaleza.

III. La sentencia N° 50-14-IN/22 (Resolución)

Dentro de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, la parte accionante argumentó que la norma jurídica que contiene el segundo inciso del art. 20 CONA prohíbe la manipulación médica y genética del nasciturus desde su fecundación hasta su nacimiento.

11 La CRE implementó en el Título VII el régimen del Buen vivir. Constituye un conjunto de derechos que garantiza el desarrollo integral y sostenible del ser humano en armonía con el medio ambiente.

12 Regla en latín que surgió en el Derecho romano que significa “El concebido se tiene por nacido, siempre que se trate de sus beneficios” (Volterra: 1991, citado en Corral Talciani: 1997, 48).

Dicho esto, a su juicio la proposición normativa “manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del ovulo” incluye a la prohibición de intervenciones médicas aun cuando estas se practiquen con la finalidad de garantizar el derecho a la vida y a la salud del nasciturus. Interpretación contrapuesta a los artículos 45 y 66.3.d) de la CRE. La Corte Constitucional al resolver este caso enfatiza en el hecho de que la Constitución y la legislación ecuatoriana protege el derecho a la vida y a la salud desde la fecundación.

Finalmente, en el párrafo 38 de la referida sentencia la Corte manifiesta que el segundo inciso del art. 20 CONA se debe entender “a la luz de la nueva evidencia científica en este campo” en consonancia con el art. 45 y 66.3.d) CRE. Hecho que resulta un tanto contradictorio ya que en la decisión final la Corte desestima la demanda, pero no dispone que se deba realizar una interpretación conforme del 2do inciso del art. 20 CONA. Es probable que la Corte Constitucional consideró innecesaria la introducción de una interpretación conforme, dado que si se practica una lectura integral del texto normativo se puede evidenciar que la norma jurídica cuestionada garantiza la vida y la salud del nasciturus.

1. La protección de los derechos del nasciturus en la legislación ecuatoriana.

La legislación ecuatoriana a través del art. 45 CRE equipara la protección de los derechos del nasciturus con aquellos específicos de los niños, niñas y adolescente, al brindar una protección especial en cuanto se refiere al derecho a la vida, a la salud y al desarrollo integral desde la concepción. De tal forma, “...Desde los orígenes del derecho en Occidente, se encuentra el concepto de potencialidad del nasciturus como objeto de protección jurídica, y se carga con responsabilidades a quienes producen su muerte o atentan contra su vida, a la cual se le debe cuidar y proteger” (Galvis Plazas: 2019, 97).

A este respecto, la Ley Orgánica de la Salud en el art. 212 garantiza las intervenciones sobre el genoma humano, células de la línea germinal y células madre, únicamente por razones predictivas, preventivas, diagnósticas o terapéuticas; además el art. 214 del Código Orgánico Integral Penal sanciona las intervenciones medicas que manipulen el material genético con un fin diferente al de garantizar la salud o la vida. De tal modo, el ordenamiento jurídico del Ecuador garantiza las intervenciones medicas desde la fecundación con la finalidad de mejorar la calidad de vida o garantizar la salud del nasciturus.

A la luz de todo lo anterior, la parte accionante interpreta de manera errónea el 2do inciso del art. 20 CONA, ya que inobserva los métodos y reglas de interpretación constitucional que se encuentran previstos en el art. 3, numerales 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹³. A partir de una lectura sistemática y sintáctica resulta evidente que el segundo inciso del Art. 20 CONA se refiere a la manipulación médica contraria al bienestar del nasciturus, una interpretación opuesta implicaría apartarse de los fines de la disposición jurídica¹⁴. No obstante, cabe preguntarnos ¿Por qué la Corte Constitucional realizó un extenso análisis de la constitucionalidad de la norma objetada a pesar de su evidente constitucionalidad?

13 Art.3 LOGJCC: “5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía. 6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo. 7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación”.

14 De modo particular concuerdo con lo manifestado en el párrafo 17 del Voto Salvado de la Jueza Carmen Corral y Teresa Nuques. El 2do inciso del art. 20 CONA es claro, no existen interpretaciones ambiguas.

2. El rol educador de los jueces

Tal como se señaló en líneas anteriores, el pleno de la Corte Constitucional podía haber declarado de forma directa la inadmisibilidad de la causa, no obstante, la Corte Constitucional dictó una sentencia en la que realiza un amplio análisis acerca de la protección de los derechos del nasciturus, de tal forma, ratificó a través de sus precedentes vinculantes que la legislación ecuatoriana garantiza el derecho a la vida desde la concepción.

La supremacía de la constitución se afianza mediante los precedentes vinculantes de las cortes constitucionales, que cumplen una función orientadora en materia de justicia constitucional, especialmente en los primeros años de su funcionamiento¹⁵. Por eso, la Corte Constitucional del Ecuador no se limitó a inadmitir la acción de inconstitucionalidad por falta de motivaciones, al contrario, dictó sentencia para desarrollar jurisprudencia sobre el derecho a la vida y a la salud del nasciturus.

A la luz de todo lo anterior, merece la pena destacar la influencia del nuevo garantismo constitucional ecuatoriano; un sistema constitucional que propende a fortalecer las vías jurisdiccionales utilizadas para garantizar la tutela de los derechos y la defensa de la Constitución a la luz del nuevo Estado de "Derechos" y del régimen del Buen vivir. Situación que "exige una mayor y mejor comunicación entre Corte Constitucional y la justicia ordinaria" (Grijalva: 2012, 234).

3. La protección del derecho a la vida y a la salud desde la concepción en el Derecho comparado

Garantizar el acceso a intervenciones médicas desde el momento mismo de la concepción implica mejorar la calidad de vida del nasciturus, ya que supondría una oportunidad para brindar el tratamiento oportuno de enfermedades congénitas o genéticas, inclusive, la interrupción voluntaria del embarazo, en casos que supondrían un riesgo mayor para la vida de la madre. A nivel internacional, varios tribunales constitucionales han resuelto casos análogos al que se suscitó en Ecuador.

A continuación, veamos lo que señala en torno a los derechos del nasciturus la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español: "esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales" (STC 53/1985). El Tribunal Constitucional Español, establece de forma clara que aun cuando el nasciturus no es titular del derecho a la vida y a la integridad física gozan de una protección constitucional.

Del mismo modo, en una reciente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia se establece la protección del derecho a la vida y a la salud del nasciturus: "...de acuerdo con los parámetros del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional, la protección del valor de la vida no impone el reconocimiento de la vida prenatal, como titular de los derechos de las personas desde la concepción. Ni implica un desconocimiento del deber de protección de la vida en potencia, a pesar de lo cual, tal garantía envuelve un carácter gradual e incremental..." (Sentencia C-327/16). Tal como se ha mencionado,

15 La Corte Constitucional del Ecuador, antes Tribunal Constitucional, entró en funciones en el año 2008.

por encima del debate bioético, la Corte Constitucional Colombiana reconoce a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales que la vida es un bien jurídico tutelado, sea como derecho personal o como bien jurídico constitucionalmente protegido.

Conclusiones

Al analizar la sentencia de la Corte Constitucional, resulta evidente la posición garantista que asume este órgano jurisdiccional, más allá del debate ético y jurídico. Propio de los países donde impera el Estado constitucional de Derecho, ha de prevalecer los principios constitucionales, es decir, la Constitución.

En este sentido, la vida es un bien jurídico tutelado por la Constitución ecuatoriana desde el momento de la concepción. Por ello, la Constitución, las leyes y los reglamentos prohíben la manipulación de material genético que tienda a alterar de forma negativa la integridad del nasciturus. A pesar de que la acción de inconstitucionalidad pudo ser inadmitida o desestimada por falta de argumentos o por la inexistencia de objeto, el Pleno de la Corte Constitucional dictó sentencia en este caso para crear precedentes vinculantes en torno a los derechos del nasciturus desde la concepción; necesarios para fortalecer las decisiones futuras de la justicia ordinaria y constitucional.

En definitiva, el nuevo estado de "Derechos" garantiza el desarrollo integral del ser humano desde la concepción. Así, el derecho al "Buen vivir" es el cimiento principal de la dogmática constitucional ecuatoriana. Lo cierto es que este nada pacífico tema requiere hallar un punto de equilibrio entre las diferentes corrientes filosóficas, sociales y jurídicas que existen sobre los derechos del nasciturus desde la fecundación.

Referencias bibliográficas

- Corral Talciani, H. (1997). "El embrión humano: Del estatuto antropológico al estatuto jurídico". *Revista De Derecho (Coquimbo, Chile)*, (4), 47-62. doi:10.22199/S07189753.1997.0001.00005
- Ferrajoli, L. (2014): *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid.
- Gaibor, Gonzalo. (2022). "La paz como finalidad del constitucionalismo ecuatoriano". *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, (23), 163-181.
- Galvis Plazas, M. X. (2019). "Límites y alcances jurídicos sobre los derechos del nasciturus". *Prolegomenos*, 22(43), 93-107. doi:10.18359/prole.3188.
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito-Ecuador.
- León Correa, F. J. (2010). "El aborto desde la bioética: ¿autonomía de la mujer y del médico?". *Cuadernos De Bioética*, 21(71), 79-93.
- Montaña, J., Pazmiño, P., Núñez, D., Benavides, J., Alarcón, P., Andrade, K., Villacrés, J. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito-Ecuador.

El control estatal sobre el autocultivo de cannabis con fines medicinales

State control over self-cultivation of cannabis for medical purposes

Eugenia Alvarez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)24](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)24)

Comentario a

Asociación Civil Macame y otros c/Estado Nacional Argentino - P.E.N.
s/ amparo ley 16.986 - Sentencia del 5 de julio de 2022

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto analizar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 5 de julio de 2022 en el marco de la causa caratulada "*Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986*", en la cual se trató la acción de amparo interpuesta por una asociación civil junto con un grupo de madres a fin de que se les garantizara el acceso gratuito al aceite de cannabis sin forzar a los niños a someterse a un programa estatal de investigación experimental, y cuestionando toda aquella norma que prohibiera el autocultivo para el consumo medicinal de los menores de edad a su cargo. El máximo tribunal rechazó por unanimidad la acción intentada, afirmando que el Estado se encuentra obligado por nuestra Constitución Nacional a adoptar medidas tendientes a salvaguardar el derecho a la salud, y que el registro creado con tales fines –Reprocann– implicaba un control estatal razonable.

ABSTRACT

This paper analyzes the decision issued by Argentina's Supreme Court of Justice on July 5, 2022 in the case "*Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16. 986*". The Supreme Court's decision dealt with the amparo action filed by a civil association, together with a group of mothers –in their own right and on behalf of their minor children–, which sought to guarantee them free access to cannabis oil without forcing children to undergo a state experimental research program, and questioning any regulation prohibiting self-cultivation of cannabis for medicinal use of minors in their care. The Supreme Court unanimously rejected the action on grounds that the State exercises reasonable control and that Macame's claim should be addressed in the context of the right to health, not privacy.

¹ Estudiante de Abogacía (UBA). Ayudante alumna de la Cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA). Se desempeña como escribiente de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Mail: eu80667@gmail.com.
Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-2593-0702>.

PALABRAS CLAVE: Autocultivo; Cannabis; Control Estatal; Fines Medicinales; Derecho a la Salud.

KEY WORDS: Self cultivation; Cannabis; State Control; Medicinal Purposes; Public health.

I. Introducción al caso

El 5 de julio de 2022 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario que ratificó el rechazo de la acción de amparo intentada por la Asociación Civil Macamé –y otros– contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 7 de la ley 27.350 como así también del artículo 5° –incisos a, e y dos últimos párrafos– y del artículo 14 –segundo párrafo– de la ley 23.737.

Por un lado, el artículo 7 de la ley 27.350 establece que “la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa”.

Por otro lado, la ley 23.737 en su artículo 5 –incisos a y e– dispone la pena de prisión y multa para aquel que, sin autorización o con destino ilegítimo: “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” y “Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijadas”.

Asimismo, establece, en sus dos últimos párrafos, que “en el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un (1) mes a dos (2) años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21” y que “en el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, sugiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21”.

II. Normativa vigente en materia de autocultivo de Cannabis con fines medicinales

Previo a ingresar al análisis del caso, resulta conveniente repasar brevemente la legislación en torno al cultivo y uso del cannabis con fines medicinales.

El uso con fines medicinales, terapéuticos y/o paliativos de la planta de cannabis fue habilitado en el año 2017 mediante la sanción de la ley 27.350, la cual tiene como finalidad “establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica de dicho uso, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud” (artículo 1), para lo cual dispuso, en su artículo 2, la creación del Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales. Según Lorena Lampolio (2023), fue con el dictado de esta ley que

“comenzó a cambiar el paradigma de la criminalización del consumo en nuestro país, ya que por primera vez el Poder Legislativo Nacional reconoció el uso medicinal, terapéutico y/o paliativo de la planta y sus derivados, estableciendo un marco regulatorio para la investigación médica y científica al respecto” (Lampolio, 2023).

En el mismo año se dictó el decreto 738/2017, reglamentario de la ley aludida precedentemente, a fin de poner en efectivo funcionamiento el programa en cuestión. Ahora bien, en el año 2020 se dictó el decreto 883/2020, el cual aprobó la nueva reglamentación de la ley y derogó el decreto referido anteriormente. Entre sus considerandos, se pone de relieve el hecho de que, en virtud del mismo, el acceso al aceite de Cannabis y sus derivados se volvió restrictivo, ya que estaba limitado a aquellos que se incorporen a protocolos de investigación en epilepsia refractaria, y, económicamente excluyente, atento el alto costo que implica su importación.

Esta nueva reglamentación vino a concluir con las dificultades que habían surgido, las cuales obstaculizaron la efectiva aplicación de la ley, impidiendo así lograr el objetivo perseguido por ésta (Petrillo, 2021).

Como dice Raúl Alejandro Corda (2022), entre las modificaciones más relevantes que introdujo el nuevo decreto, se encuentran la posibilidad de acceder al cannabis a cualquier persona que cuente con indicación médica, la ampliación del acceso gratuito a toda persona en tales condiciones, tenga o no cobertura de salud, como así también el reconocimiento del autocultivo como vía de acceso a la sustancia (Corda, 2022).

La nueva reglamentación establece diversos objetivos. Al respecto, Paola M. Petrillo (2021) sostiene 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).

III. Pretensiones de las actoras

En primer lugar, pidieron que se les garantizara el acceso al aceite de cannabis de forma gratuita, sin que los niños deban someterse previamente a un programa experimental. Es por ello que exigieron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7° de la ley 27.350.

Por otro lado, solicitaron que se declare inconstitucional la penalización del autocultivo para consumo medicinal de los menores de edad (artículo 5° –incisos a, e y dos últimos párrafos– y artículo 14 –segundo párrafo– de la ley 23.737 y de toda aquella norma que penalizara el autocultivo para el consumo con fines terapéuticos).

En este sentido, manifestaron que ambas cuestiones se encontraban relacionadas con el derecho a la salud y a la integridad de los niños. Afirmaron, asimismo, que el consumo del aceite cannabis medicinal por parte de los niños no resultaba peligroso sino que, por el contrario, aportaba beneficios para su salud. Por último, sostuvieron que el medicamento que podía importarse era inadecuado ya que no permitía la rotación de cepas que la salud de los menores de edad requerían.

IV. Circunstancias sobrevinientes

En forma previa a ingresar en el estudio de la cuestión, el máximo tribunal hizo referencia a la entrada en vigor del decreto reglamentario 883/2020 y de las resoluciones 800/2021, 673/2022 y 782/2022 del Ministerio de Salud, estando ya la causa en trámite ante su dependencia. En este sentido, el decreto referido estableció un registro específico para los usuarios que cultivan Cannabis con fines medicinales, terapéuticos y/o paliativos denominado "Registro del Programa de Cannabis" (REPROCANN). Asimismo, las resoluciones mencionadas se encargaron de regular ciertos aspectos relacionados al autocultivo de Cannabis.

Efectuada la vista de las reglamentaciones sobrevinientes a las partes, las actoras cuestionaron la constitucionalidad del registro y control del cultivo bajo el fundamento de que "ningún habitante de la Nación Argentina debería pedir 'autorización', a través del REPROCANN para realizar una acción privada que no perjudica a terceros, esto es: para autocultivar cannabis con fines medicinales, terapéuticos y/o paliativos". Asimismo, cuestionaron la razonabilidad de la reglamentación y solicitaron la despenalización del autocultivo con fines terapéuticos.

En virtud de la pauta jurisprudencial que establece que el tribunal debe circunscribirse a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, la entrada en vigencia del decreto 883/2020 tornó inoficioso el pronunciamiento de la Corte respecto del reclamo de las actoras en relación el acceso gratuito al aceite de cannabis, ya que si bien solicitaron la inconstitucionalidad del artículo 7° de la ley 27.350 por considerar que esa norma condicionaba el acceso gratuito a la previa incorporación de los pacientes a un programa estatal de investigación médica y científica, dicha limitación surgía del decreto reglamentario 738/2017 y de la resolución 1537-E/2017, los cuales fueron dejados sin efecto por el decreto referido precedentemente.

V. Cuestiones a resolver

Sentado lo anterior, el máximo tribunal procedió a analizar y decidir sobre tres cuestiones. Primero, si el ámbito de autonomía individual amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional impide al Estado Nacional controlar y autorizar el autocultivo de cannabis con fines medicinales. Segundo, la razonabilidad de la regulación atento a los agravios que la parte actora planteó en los términos del artículo 28 de la Carta Magna. Tercero, si resulta necesario que se pronuncie sobre el planteo de inconstitucionalidad de las normas que penalizan las conductas involucradas en el autocultivo y elaboración de aceites caseros de cannabis con fines medicinales.

1. Autonomía individual y derecho a la salud

En lo que respecta a esta primera cuestión, toda vez que consistía en analizar la validez de una autorización administrativa para el autocultivo de cannabis con fines medicinales, la Corte consideró que se trataba de un asunto de salud pública y que, en consecuencia, debía abordarse desde el marco del derecho a la salud.

En este sentido, mencionó que la Constitución Nacional no sólo permite, sino que obliga a las autoridades públicas a adoptar medidas y políticas tendientes a proteger la salud de la población. Asimismo, expresó que si bien la Comisión de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas eliminó el cannabis de la Lista IV de la citada Convención,

dicha sustancia se mantiene en la Lista I, lo que implica que está sometida a diversas medidas de fiscalización por parte de los Estados y que, en consecuencia, el Estado argentino debe adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias.

Por otro lado, el tribunal afirmó que existen también razones de seguridad pública que justifican el control estatal respecto del cultivo de cannabis relacionadas con la prevención del tráfico ilícito. En este sentido, manifestó que una autoridad estatal no puede soslayar la posibilidad de que el cultivo persiga fines distintos –no medicinales– que se encuentran prohibidos.

De tal modo, concluyó que “las razones de salud y seguridad públicas involucradas resultan suficientes para justificar que el Estado expida autorizaciones administrativas en el marco de la ley 27.350 para el autocultivo y la elaboración de productos derivados del cannabis con fines medicinales. Ello determina, a su vez, que la intervención estatal en esta área no implica una interferencia injustificada en la autonomía personal consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional” (Considerando 15).

Por último, agregó que la pretensión de las actoras tampoco encuentra justificación atendiendo al interés superior del niño, en tanto la intervención estatal se encuentra justificada en los riesgos que los efectos adversos del uso de cannabis medicinal puede generar sobre los niños, ya que los Estados tienen el deber de elegir las alternativas que consideran más apropiadas a los fines de evitar daños en la salud de aquellos.

2. Razonabilidad del control

Una vez resuelto el primer asunto, la Corte procedió a tratar la segunda cuestión, esto es, la razonabilidad de la reglamentación cuestionada. Para ello, consideró pertinente determinar si los requisitos exigidos para obtener la autorización resultan adecuados a los fines de salud y seguridad públicas que se persiguen.

En este sentido, el Estado ha establecido que aquellas personas que accedan al cannabis autocultivado con fines medicinales deben cumplir con una serie de recaudos, estos son: contar con indicación médica y haber suscripto el consentimiento informado correspondiente en las condiciones establecidas en la reglamentación (artículo 8°, Anexo I, del decreto 883/2020). Por otro lado, el área a cultivar debe cumplir con los requisitos del Anexo II de la resolución 800/2021 (cantidad de plantas florecidas, metros cuadrados cultivados, condición de cultivo y transporte). Una vez cumplido con estos requisitos, la persona debe inscribirse en el REPROCANN y obtener el certificado de autorización conforme a las normas reglamentarias aplicables.

En cuanto a los fundamentos esgrimidos por el Estado, este consideró que las exigencias mencionadas precedentemente buscan “proporcionar una respuesta equilibrada entre el derecho de acceso a la salud y la seguridad sanitaria” así como también manifestó que “un Estado presente, en el que la Salud Pública es un eje prioritario, demanda establecer las condiciones necesarias para que la accesibilidad de sustancias para su uso medicinal responda a estándares de calidad y seguridad sanitarios”. Asimismo, hizo mérito de que “existen experiencias a nivel internacional que indican que, en un marco de seguridad y calidad, junto con el acompañamiento médico, se reducen los daños potenciales que el uso del Cannabis de un mercado no controlado puede producir”.

Luego de repasar los requisitos y fundamentos mencionados precedentemente, el máximo tribunal afirmó que “la reglamentación analizada tiende a preservar un interés estatal relevante como el cuidado integral de la salud pública, basándose en que el suministro del cannabis y sus derivados puede originar efectos secundarios o adversos de distinta intensidad” (Considerando 18, *in fine*) y que “ante la importancia de esa finalidad, a la que se añaden las razones de seguridad pública referidas en el considerando 14, los requisitos exigidos para obtener la autorización no resultan irrazonables” (Considerando 19).

A mayor abundamiento, concluyó que “dichas medidas de control estatal constituyen una injerencia mínima que, lejos de proscribir el autocultivo con fines medicinales, lo someten a una regulación que se limita a asegurar cierta supervisión por parte del Estado, registrar el consentimiento del paciente y garantizar la intervención médica indispensable” (Considerando 19).

Por último, al referirse a los agravios de las actoras, determinó que los mismos carecían de fundamentos en cuanto a la razonabilidad de los requisitos que impone la norma cuestionada.

3. Penalización de las conductas involucradas en el autocultivo

Ya descartada la alegada inconstitucionalidad de la exigencia de una autorización estatal para el autocultivo de cannabis con fines medicinales, tanto en los términos del artículo 19 como del 28 de la Constitución Nacional, el supremo tribunal procedió a analizar el planteo de la parte actora con respecto a la validez del castigo penal de dichas conductas previsto en el artículo 5° –incisos a, e y dos últimos párrafos– y en el artículo 14 –segundo párrafo– de la ley 23.737.

En este sentido, remarcó que de la legislación vigente se desprende que “los pacientes pueden usar legalmente los derivados del cannabis para fines medicinales adquiriéndolos como producto medicinal farmacéutico o mediante el autocultivo de la planta de cannabis con autorización administrativa del REPROCANN”.

Así, afirmó que “el régimen dictado en el marco de la ley 27.350 desplaza las conductas vinculadas al uso medicinal del cannabis del alcance del régimen penal de la ley 23.737, tornándolo inaplicable para tales supuestos” (Considerando 20). En igual sentido se pronunció la Procuración General de la Nación en su dictamen al señalar que “el beneficiario al pasar a estar autorizado ya no realiza el tipo penal del artículo 5° ni del artículo 14”. De tal modo, concluyó que las conductas que las actoras pretendían preservar mediante la acción de amparo intentada ya se encontraban excluidas de la persecución penal que impugnan, por lo que devino innecesario examinar la validez constitucional de las normas penales cuestionadas.

VI. Aclaraciones formuladas por la Corte

Una vez resuelta la cuestión de fondo, la Corte procedió a efectuar dos aclaraciones con el fin de precisar el alcance de su pronunciamiento.

En primer lugar, en atención a que las reclamantes cuestionaron la validez del artículo 5°, inciso a, de la ley 23.737, manifestó que lo resuelto en la sentencia bajo análisis no implica adoptar posición con respecto al supuesto de quien ha sido imputado penalmente por cultivar cannabis con fines medicinales sin contar con esa previa autorización.

En segundo lugar, recordó que en la audiencia pública celebrada con motivo del caso en estudio se hizo referencia a demoras del organismo pertinente en expedir autorizaciones. Así, estableció que más allá de que en el presente caso no se acreditó la configuración de dicho retardo, sí resulta necesario que las solicitudes de autorización sean tramitadas rápidamente a fin de evitar que una deficiente implementación del régimen previsto en la ley 27.350 afecte el derecho a la salud que busca proteger.

Finalmente, procedió a confirmar la sentencia apelada y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo intentada.

Conclusiones

De la sentencia bajo análisis se desprende, por un lado, que no hay inconstitucionalidad en la exigencia de una autorización estatal para el autocultivo de cannabis con fines medicinales y, por el otro, que no resultan punibles las conductas llevadas a cabo en el marco del régimen de la ley 27.350. En este sentido, la Corte basó su decisión en la facultad estatal de regular, con acciones positivas, todas aquellas cuestiones relacionadas con el derecho a la salud.

Ahora bien, aun cuando el tribunal rechazó la acción, el presente fallo no implica un retroceso de los derechos, sino que permite la visibilización de la temática y, en particular, reconoce el derecho de las familias a cultivar cannabis en sus casas –siempre y cuando cuenten con autorización estatal–.

La Corte no habla de protección en términos de seguridad desde una lógica de criminalización o punición, sino que busca controlar para que las personas accedan a la salud o no se vean afectadas debido a la inacción estatal. En ese sentido, de acompañamiento de las personas usuarias, y la obligación que tiene el Estado de otorgar protección a estos colectivos de niñas, niños o adolescentes con discapacidad, el Reprocann es una herramienta de mínima injerencia razonable que garantiza como mínimo que la gente haya pasado por un médico (Baca Paunero, 2022).

El máximo tribunal le brinda respaldo al decreto 883/2020 y a la resolución 800/2021 que pone en marcha el Reprocann, como así también a la 782/2002 que amplía dicho registro e incluye a las asociaciones civiles, quienes van a poder cultivar para hasta ciento cincuenta pacientes. De este modo, sienta un piso de derecho mínimo (Baca Paunero, 2022).

Cabe destacar el enfoque adoptado por el tribunal en la resolución del caso bajo análisis, el cual tiene en cuenta el rol fundamental del Estado a la hora de resguardar la salud pública como un bien jurídico protegido, en virtud de los principios constitucionales que le exigen garantizar el derecho a la salud de todos los ciudadanos.

Por último, es importante mencionar que la Corte evaluó las consecuencias de su decisión para decidir como lo hizo, lo que hace a la razonabilidad de la resolución. En este sentido, la previsibilidad del máximo tribunal a la hora de resolver controversias o establecer criterios jurisprudenciales constituye un valor innegable, ya que le brinda seguridad al sistema jurídico.

Referencias Bibliográficas

- Baca Paunero, V. (2022). Comunicación presentada en el *Seminario de actualización jurisprudencial de la CSJN*. Disponible en: SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL, FALLO "ASOCIACIÓN CIVIL MACAME".
- Lampolio, L. (2023). Cannabis y derecho a la salud en la Argentina. Una aproximación. *Ministerio Público de la Defensa*, 15-02-2023. Disponible en: <http://www.mpdefensa.gob.ar/comunicacion/novedades-judiciales-la-defensa-publica/cannabis-y-derecho-a-la-salud-la-argentina-una>
- La previsibilidad de las decisiones de la justicia. (2020). *La Nación*, 29-10-2020.
- 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
- Corda, R. Alejandro (2022). Comentario al fallo "Macame": entre lo previsible, los sesgos "prohibicionista" y algunas notas positivas. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Erreius, 2022-9, 969-978.

Medicina prepaga: la mala fe del afiliado y su consecuencia jurídica

Prepaid medicine: the affiliate's bad faith and its legal consequence

Cinthia N. Aguirre¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)25](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)25)

Comentario a

"A., B. R c/ Swiss Medical S.A Medicina Privada s/ amparo ley 16986",
20 de septiembre de 2022

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En el presente comentario a fallo nos proponemos abordar la decisión adoptada por la Cámara Federal de Mar del Plata y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la consecuencia jurídica que tiene el hecho de que un afiliado a la medicina prepaga haya obrado sin buena fe al momento de completar su declaración jurada de afiliación. En ese sentido, nuestro máximo tribunal, adhiriendo a lo expresado por el Procurador Fiscal, resolvió que el caso se encuentra contemplado en la norma, la que es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo y que le atribuye a la conducta engañosa una específica consecuencia, que es la facultad de la empresa de rescindir la relación contractual. Sentadas esas bases, concluimos en que a fin de conservar el vínculo entre las partes, que tiene como objeto la protección a la salud, resulta necesario repensar la sanción dispuesta por la norma y su reemplazo por otra pecuniaria, a la vez que, en el estado actual, advertimos la pertinencia de cuestionar la adecuación constitucional de la norma a la luz de los derechos humanos.

ABSTRACT

In the present comment to judgment we propose to broach the decision of the federal chamber of Mar del Plata and the supreme court of justice of the nation about the legal consequence when a member of the prepaid medicine acts without good faith completing his affidavit of affiliation. In that sense, our highest court, adhering to what was expressed by the Fiscal Prosecutor, resolved that the case is contemplated in the norm, that it is clear and does not require a greater interpretive effort and that attributes a specific consequence to the deceptive conduct, which is the power of the company to terminate the contractual relationship. Established these bases, we conclude that in order to preserve the link between the parties,

¹ Abogada (UNLaM); Especialista en Derecho Administrativo (UNLaM); Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UNLaM). Docente – Investigadora. Mail: cinthianoeliaaguirre@hotmail.com. Nro. De ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6697-4196>

whose purpose is health protection, it is necessary to rethink the sanction provided by the norm and its replacement by another pecuniary one, while, in the current state, we note the relevance of questioning the constitutional adequacy of the rule in light of human rights.

PALABRAS CLAVE: Medicina prepaga; rescisión contractual; mala fe; falsedad de la declaración jurada; incremento de la cuota.

Prepaid medicine; termination of the contract; bad faith; falsity of the sworn declaration of income; increasing the share.

I. Introducción

En el presente artículo nos proponemos analizar la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada esta última el día 20 de septiembre de 2022 en los autos “A., B. R c/ Swiss Medical SA Medicina Privada s/ Amparo ley 16.986”, la que remite en razón de brevedad a los fundamentos establecidos por el Procurador Fiscal en su dictamen de fecha 18 de noviembre de 2020.

En ese contexto, la cuestión a resolver consiste en determinar si, ante la falsedad de la declaración jurada de ingreso efectuada por el afiliado, la empresa de medicina prepaga se encuentra habilitada para rescindir el contrato (conforme el artículo 9 de la ley 26.682) y, en consecuencia, negarle la cobertura requerida, tal como lo sostiene Swiss Medical S.A o si en su caso, atento el artículo 10 de la ley 26.682 que prohíbe denegar la afiliación por preexistencia, se le debe mantener el vínculo contractual y cobrar valores diferenciales.

Entonces, como se expusiera resumidamente, se vislumbra la tensión entre dos derechos, por un lado, la actividad mercantil que persigue toda empresa de medicina prepaga y por el otro, la tutela de derechos fundamentales, como ser el derecho a la vida, la salud y la integridad de las personas.

El fenómeno descrito convierte a este negocio en un campo donde los intereses patrimoniales tensionan con derechos primarios, dejando al descubierto – en el plano axiológico- un conflicto de valores entre utilidad – humanidad (Frustagli, 2010, como se citó en Vazzano, 2015).

Por ello es que pondremos foco en la sanción que establece la ley N° 26.682 cuando el afiliado actúa con mala fe al momento de completar su declaración jurada de afiliación, advirtiendo la necesidad de repensar la norma a los fines de contemplar otra sanción que no deje al descubierto el derecho a la salud. Por otro lado, en el escenario actual, advertimos la pertinencia de cuestionar la constitucionalidad de la norma que habilita a las empresas prestadoras a rescindir el contrato cuando el usuario haya falseado la declaración jurada a los fines de que el afiliado pueda continuar con la cobertura médica, ello de cara a la protección del derecho a la salud, entendido como un derecho humano. Sentadas estas bases, resulta oportuno comenzar con el estudio de lo resuelto por la Cámara Federal de Mar del Plata (título I) para luego continuar con el análisis del marco normativo aplicable y los criterios para determinar el valor de la cuota adicional (título II), avanzar en la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (título III) , y así adentrarnos en la necesidad de repensar la consecuencia jurídica de la mala fe del afiliado en su declaración jurada de afiliación (título IV). Finalmente efectuaremos las conclusiones.

II. Sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata

En el marco de la causa judicial referenciada, la Cámara Federal de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia e hizo lugar al amparo promovido por A., B. R. contra Swiss Medical S.A, con el objeto de obtener la cobertura de una prótesis de cadera, con la intervención quirúrgica e internación.

En ese contexto, concluyó que la demandada no puede negarle la afiliación, facultando a la misma a renegociar la cuota.

Para así decidir, el Tribunal a quo partió del hecho no controvertido en cuanto al ocultamiento en que incurrió el actor, en tanto el amparista sabía de su patología y la negó, y basó su sentencia en el artículo 10 y 11 de la ley 26.682.

Así es que realizó una interpretación sobre ambas normas y sostuvo que la ley de medicina prepaga prohíbe negar la afiliación por enfermedades preexistentes a la vez que autoriza a cobrar valores diferenciales. Entonces resolvió que la demandada no estaba habilitada para negarle la afiliación pero que puede exigir un monto diferencial, el que deberá ajustarse a lo estipulado por la Superintendencia de Servicios de Salud.

Dicha sentencia fue recurrida por la demandada que interpuso un recurso extraordinario, el que fue concedido.

III. Marco normativo

El derecho a la salud constituye uno de los derechos humanos fundamentales, que corresponden a la persona humana, por su sola condición de tal y por el único hecho de así serlo, que encuentra su protección y reconocimiento normativo en la Constitución Nacional² y en diversos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional³.

En ese contexto, la “Salud” es definida por la Organización Mundial de la Salud⁴, como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Así es que para alcanzar dicho estado es necesario no solo garantizar el acceso a servicios de salud sino también velar por un conjunto de derechos y políticas públicas que guarden relación con el desarrollo de la persona humana. A su vez, el derecho a la salud se vincula íntimamente con el derecho a la vida.

En este orden de ideas, se sancionó la ley de Medicina Prepaga N° 26.682 que tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las Leyes N° 23.660 y 23.661.

2 Artículos 14 bis, 33, 41, 42, 75 inciso 19 de la Constitución Nacional.

3 Artículo 25, primer párrafo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del niño; artículo 5, punto e, inciso IV de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 11, primer párrafo, punto f y artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

4 Organización Mundial de la Salud (9 de septiembre de 1949) Constitución de la OMS. <https://www3.paho.org/gut/dmdocuments/Constitucion%20de%20la%20Organizacion%20Mundial%20de%20la%20Salud.pdf>

Quedan también incluidas en la mencionada ley las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa (artículo 1 de la ley 26.682).

La referida ley brinda un marco normativo que permite a los usuarios conocer sus derechos y obligaciones y, en lo que nos interesa atento el objeto de estudio de nuestro artículo, en su artículo 9 dispone que “Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando [...] el usuario haya falseado la declaración jurada”.

En el mismo sentido, Decreto N° 1993/2011, que reglamenta la ley N° 26.682, en su artículo 9 establece en lo relativo a la resolución efectuada por las entidades de medicina privada que la misma procederá “b) Por falsedad de la declaración jurada: Para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá poder acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 961 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. La falta de acreditación de la mala fe del usuario, determinará la ilegitimidad de la resolución”.

En este punto resulta oportuno resaltar que la rescisión unilateral de las empresas de medicina prepaga ante los casos de falseamiento de la declaración jurada es muy habitual y muchas veces arbitraria, ya que por sí y sin participación del afiliado, decide la existencia de falseamiento u ocultamiento, en perjuicio únicamente del usuario con enfermedades. (Rosales, 2011).

Por ello, entendemos que dicha acreditación debe ser efectuada en el marco de un proceso judicial en el que se compruebe que el afiliado falseó su declaración, aplicando el principio de que quien alega la falsedad debe probarlo y por entenderse que en el Derecho Civil los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe (artículo 961 CCyCN). Esto se ve reforzado en virtud del contrato de consumo del que se trata en el que las normas de defensa del consumidor son a favor del usuario (Ambrosio Soto et al, 2015).

Entonces, la regulación de este vínculo no solo está dada por la ley de medicina prepaga y sus concordantes en materia de salud, sino que también por las leyes que rigen los derechos de los consumidores y usuarios.

Por otro lado, el artículo 10 de la ley N° 26.682 establece que “Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación”.

En este orden de ideas, el artículo 10 del decreto N° 1993/2011 dispone que “[...] La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD autorizará los valores de cuota diferencial para las preexistencias, sean éstas temporarias, crónicas y/o de alto costo, así como tam-

bién la duración del período de pago de la cuota diferencial. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente Reglamentación deberán presentar el requerimiento a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD para su aprobación quien deberá expedirse en un plazo máximo de TREINTA (30) días, a partir de la presentación completa del trámite en la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD.”

De los artículos transcritos se desprende que es una obligación del usuario efectuar de forma completa, correcta y de buena fe, la declaración jurada de enfermedades preexistentes. A la vez que la norma sanciona el obrar de mala fe del afiliado con la facultad que le otorga a la empresa de medicina prepaga de rescindir el contrato.

Por otro lado, las empresas de medicina prepaga no pueden rechazar la afiliación del usuario si éste tiene enfermedades preexistentes, no obstante, la empresa de medicina prepaga podrá cobrarle una cuota diferencial autorizada por la Superintendencia de Servicios de Salud⁵.

II. 1. Criterios para determinar el valor de la cuota diferencial

Previo a adentrarnos en el desarrollo del presente apartado, entendemos necesario expresar la importancia de que en forma clara la autoridad de aplicación determine qué datos y enfermedades serán tipificados como enfermedades preexistentes. Ello, a los fines de evitar conductas injustas por parte de las empresas de medicina prepaga frente a sus afiliados (Ambrosio Soto *et al*, 2015).

Ahora bien, consideramos pertinente esbozar los criterios que deben tenerse presente a los fines de determinar el valor de la cuota diferencial con el objeto de no hacer de la misma un requisito de exclusión para el afiliado.

Así es que consideramos que la cuota debe ser proporcional a la capacidad económica del usuario y que lo sea por un tiempo determinado (el que la norma lo establece en no más de tres años) caso contrario la fijación de una cuota aumentada indudablemente se convertiría en una causa de exclusión. En ese contexto, entendemos que la cuota que se fijará por enfermedades preexistentes no debe responder a cubrir los costos del tratamiento que pudiera necesitar el usuario con relación a su enfermedad, sino a un “aporte diferencial” que efectúe el afiliado.

Es decir, al momento de establecerse la cuota diferencial la autoridad de aplicación debe tener presente los ingresos del afiliado, impidiendo que dicha cuota ponga en riesgo la capacidad de pago y comprometa la economía familiar y personal, en tanto ello, se traduciría en un imposible de abonar por el afiliado.

Por otro lado, la jurisprudencia ha establecido otros criterios sobre las cuotas diferenciales por enfermedades preexistentes. Así es que en el caso de que la cuota provenga de aportes de la seguridad social, es decir, sea abonada mediante la suma de aportes y contribuciones que prevén los incisos a y b del artículo 16 de la ley N° 23660, las obras sociales y prepagas deberán abstenerse de solicitar autorización y/o exigir el pago de valores diferencias a los afiliados que presentan enfermedades preexistentes al momen-

⁵ En ese contexto, no podría la empresa facturar el cobro diferencial con anterioridad al trámite correspondiente a la autorización expedida por el órgano administrativo W. R. B c/ Jerárquicos Salud (Asoc. Mutual del Personal) s/ amparo ley 16.986. Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A, 23 de febrero de 2021.

to de solicitar su afiliación (Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B, “P. C. c/ Sancor Salud s/ amparo”, 19/08/2020⁶).

Otro criterio advertido surge del vínculo familiar primario que se tiene con el afiliado. Así la jurisprudencia ha expresado que “la afiliación del cónyuge que forma parte del grupo familiar primario, aún en el caso de una enfermedad preexistente, no da lugar al cobro de una cuota diferencial (conf. art. 14 inc. b, Ley N° 26.682 y c.c.) ya que, conforme la interpretación armónica de la normativa propuesta, constituye un aspecto de protección del derecho a la salud [...]” (Cámara en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, “L.R., D.M. y otro c/ OSDE s/Amparo de salud”, 21/04/2023).

Entonces, consideramos que lo que excede por fuera de los criterios aquí contemplados a los fines de fijar el valor de la cuota diferencial por preexistencia, debería ser entendido como un riesgo propio de la empresa.

En ese orden de ideas, siendo el contrato de medicina prepaga un contrato de adhesión y consumo, de carácter aleatorio, es el empresario quien asume un riesgo que no puede trasladar al afiliado-consumidor, que es la parte débil de la relación contractual (Ritto, 2016).

III. Decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En los autos bajo análisis “A., B. R c/ Swiss Medical S.A Medicina Privada s/ amparo ley 16986”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comparte los fundamentos del Procurador Fiscal, a los cuales se remite por razón de brevedad, y declara procedente el recurso extraordinario interpuesto por Swiss Medical S.A Medicina Privada y, en ese contexto, revoca la sentencia apelada.

Como principal fundamento expresa que la interpretación efectuada por el Tribunal a quo resulta inadmisibles en tanto el artículo 9 de la ley N° 26.682 regula el caso de autos (y la consecuencia es la rescisión del contrato por iniciativa de la empresa prestadora), con lo cual “aquella interpretación supone sustituir al legislador, optando por una solución diferente a la que éste adoptó y cuya adecuación constitucional no ha sido cuestionada”. De la lectura de lo expresado por el Procurador Fiscal resulta pertinente interpretar que quizás de haberse cuestionado la validez constitucional del artículo 9 la conclusión hubiera sido otra.

Entendemos que esta sería una solución posible a fin de conservar el vínculo contractual. Pero como la declaración de inconstitucionalidad debe tener lugar como última ratio del orden jurídico, a la vez que el interesado debe exponer acabadamente de qué manera la norma contraría a la Constitución Nacional causándole de ese modo un agravio⁷, consideramos que, ante los hechos de autos, debe pensarse en una reforma legislativa que garantice la cobertura médica a la vez que sancione la conducta carente de buena fe del afiliado, pero sin llegar a la rescisión contractual.

6 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/10/fallos-enfermedad-preexistente-y-afiliacion-a-pesar-de-que-el-afiliado-haya-falseado-los-datos-de-ingreso-debera-ser-reincorporado-a-la-empresa-de-medicina-prepaga-ya-que-la-cuota-es-cubierta-con-ap/>

7 Dictamen del Procurador General de la Provincia de Buenos Aires, Expte. N.º A 78.072-1 “Tallarico, Nilda Clara y Otro/A c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Otros s/ Pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos” <https://cijur.mpba.gov.ar/files/auctions/sheets/Ficha-Dic-A-78072.pdf>

El Procurador expresa que la “primera fuente de exégesis de la ley es su letra y, cuando esta es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación”, por lo que la Corte, al adherir a su dictamen, considera que la solución se encuentra en la misma norma.

IV.- Mala fe en la declaración jurada de afiliación: repensar su consecuencia jurídica

En este apartado nos proponemos efectuar un análisis sobre qué sanción sería aplicable en los casos en que el afiliado actúe con mala fe al momento de completar su declaración jurada de afiliación.

De acuerdo a lo expuesto, ante el caso mencionado, la norma habilita a las empresas prestadoras a rescindir el contrato cuando el usuario haya falseado su declaración jurada de afiliación (y esta es la solución que adopta nuestro máximo tribunal).

Dicha sanción, a nuestro criterio, resulta excesiva en función de los derechos en juego.

Por otra parte, no huelga remarcar, que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga persigue rasgos mercantiles, ellas tienden a proteger garantías constitucionales, a saber, la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que también adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas⁸.

En efecto, debe evaluarse el vínculo que une a la empresa de medicina prepaga con el afiliado conforme al objeto del contrato suscripto, es decir, la cobertura de un derecho personalísimo, como es la salud, que es la vida (Urbina, 2016, como se citó en Ritto, 2016).

Lo expuesto nos lleva a la necesidad de repensar la sanción contemplada por ley y, en consecuencia, proponer la modificación de la norma en el sentido de que se contemple como sanción una pecuniaria, sin disolver el vínculo entre las partes, más allá del adicional por preexistencia.

En efecto, retomando el análisis del fallo, coincidimos en la interpretación normativa realizada por la Cámara. A lo que agregamos que si el usuario hubiera denunciado la enfermedad al momento de completar su declaración jurada, se lo tendría que haber afiliado igualmente cobrándole una cuota diferencial.

En el mismo sentido, si las empresas determinan que existe una enfermedad preexistente, en un tiempo y forma razonable, deberían sencillamente adecuar el pago por el servicio que presta conforme al valor dispuesto por la Superintendencia de Servicios de Salud y no habría mayores inconvenientes (Stupenengo, 2017).

No puede primar la sanción que contempla la norma (de permitirle a las empresas de medicina prepaga la rescisión del vínculo) fundamentada en la mala fe del afiliado porque está en juego un derecho superior, que es la protección de la salud.

8 F. A. M. c/ Prevención Salud S.A. Medicina Prepaga (Sancor Cooperativa de Seguros Ltda.) s/ amparo ley 16.986, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, 29/12/2021 citando a Fallos: 330:3725. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2022/02/17/fallos-salud-la-cancelacion-de-la-afiliacion-con-fundamento-en-la-falta-de-declaracion-del-estado-de-gravidez-al-afiliarse-a-la-prepaga-es-excesiva-en-funcion-de-los-derechos-de-la-mujer-y-del-nino/>

Por otro lado, no obstante lo dispuesto por el artículo 9 de la ley N° 26.682, consideramos pertinente interpretar el mismo de forma armoniosa con todo el texto normativo, ello, en tanto dicho artículo presenta contradicciones con otros del mismo ordenamiento (Rosales, 2011). En ese sentido, el artículo 14, último párrafo de la ley de medicina prepaga expresa que "Las prestaciones no serán limitadas en ningún caso por enfermedades preexistentes [...]".

Del referido artículo pareciera que el legislador prohíbe expresamente limitar las prestaciones por preexistencias.

En ese sentido, entendemos que la prestación debe ser brindada y cubierta por la empresa, más allá de que la conducta del afiliado debe ser sancionada. Consideramos que la sanción de rescisión del vínculo que une a las partes, es excesiva en virtud de que deja al descubierto el derecho a la salud.

Así es que entendemos que más allá del adicional de la cuota que deberá abonar, como lo resuelve la Cámara, se debería repensar la norma en el sentido de reemplazar la sanción de rescisión contractual por una pecuniaria.

Conclusión

Conforme el caso analizado podemos concluir en que resulta sumamente importante, y de hecho es una obligación para el afiliado, denunciar sin omisiones, de forma completa y con buena fe, los datos requeridos en el formulario de declaración jurada de afiliación. En efecto, si el afiliado actuara de mala fe, esa conducta debe ser sancionada. Sobre el tema, nuestro máximo tribunal, adhiriendo a lo dictaminado por el Procurador Fiscal, encontró la solución en la norma, que prevé dicha situación y que contempla como consecuencia la facultad de la empresa de medicina prepaga de rescindir la relación contractual.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ajusta a la letra de la ley y la aplica directamente en tanto expresa que la misma es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo.

Ahora bien, advertimos dos posibles soluciones tendientes a conservar el vínculo contractual que une a las partes. La primera, se desprende del mismo dictamen del Procurador Fiscal, en cuanto expresa que no se cuestionó la adecuación constitucional del artículo 9 de la ley N° 26.682, permitiéndonos interpretar que quizás, si se hubiera solicitado la declaración de inconstitucionalidad de la misma, el resultado del proceso hubiera variado.

Ahora bien, sin llegar a tal acto procesal, consideramos pertinente, a partir de la interpretación del ordenamiento jurídico que regula la medicina prepaga y teniendo como eje primordial la protección de la salud, repensar la sanción dispuesta por la norma.

En ese sentido, entendemos que la consecuencia jurídica por falsear la declaración jurada de afiliación podría reemplazarse por una pecuniaria, más allá del pago del adicional de cuota por enfermedad preexistente.

Referencias Bibliográficas

- Ambrosio Soto, E., Ferreyra, A. E., Frávega, M. S., Massat J. C., Navarro, M., Parravicini, M. C., PeraLta, E. A., Russo, B. L., Totino Soto, M. K. (2015). El falseamiento de la declaración jurada en el contrato de salud. *Revista lecciones y ensayos*, nro. 94. 257-269. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/94/el-falseamiento-de-la-declaracion-jurada-en-contrato-salud.pdf>
- Ritto, G (2016). El contrato de medicina prepaga. Análisis con especial énfasis en la regulación del título III del Código Civil y Comercial. *Ratio Iuris Revista de derecho privado*, nro. 1. 132-159. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/3585/Contrato_Ritto.pdf?sequence=1
- Rosales, P. O., (2011). Análisis de la ley 26.682 de Regulación de Medicina Prepaga y su impacto en el derecho a la salud. *Microjuris*. MJ-DOC-5487-AR.
- Stupenengo, M. (2017). Baja unilateral de afiliaciones por parte de la empresa de medicina prepaga. Problema y solución posible. *Ratio Iuris Revista de derecho privado*, nro. 2. 167-189. <https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/409/401>
- Vazzano, F. (2015). La cláusula que habilita a la empresa de medicina prepaga a incrementar el valor de la cuota en base a la edad del afiliado: su encuadre en la enumeración del art. 37 de la ley 24.240 de Argentina. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, volumen 10. 1-30. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5603772.pdf>

¿Deben las obras sociales cubrir los tratamientos de técnicas de reproducción humana asistida a aquellas gestantes que no se encuentran afiliadas a la misma?

Should the social works cover the treatments of assisted human reproduction techniques to those pregnant women who are not affiliated to it?

María Victoria Minetto Vázquez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)26](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)26)

Comentario a

M.G.A. Y OTRO C/ OSPE S/ PRESTACIONES MÉDICAS – Sentencia 03/10/2022
Juzgado Federal de 1a Instancia Nro. 2 de Mendoza (JFedMendoza) (Nro2)

Acceso al fallo

RESUMEN:

Una pareja homosexual con autorización judicial para iniciar TRHA de gestación por subrogación de vientre interpone acción de amparo en la justicia federal de Mendoza contra OSPE a fin de que se condene a la misma a suministrar cobertura integral del TRHA más ICSI con vientre subrogado en la Clínica Creo con el Dr. Luciano Sabatini y/o con el/la médico/a que las partes escojan y la cobertura integral de los estudios y/o medicación que sean indicados tanto a las partes y/o a la gestante y/o a la donante quién no es afiliada a la obra social. El tribunal hace lugar al pedido.

ABSTRACT

A homosexual couple with legal authorization to initiate gestational TRHA through surrogacy files an amparo action in the federal court of Mendoza against OSPE in order to be sentenced to provide comprehensive coverage of TRHA plus ICSI with surrogate mother at the Creo Clinic with Dr. Luciano Sabatini and/or with the doctor chosen by the parties and comprehensive coverage of the studies and/or medication that are indicated both to the parties and/or the donor who is not affiliated with the social work. The court grants the request.

¹ Abogada (UBP); Martillera y Corredora Pública (UBP); estudiante de la diplomatura en Derecho Procesal Civil (UBP); Asistente Instructora en Procesos Orales del Juzgado de 1ª Inst. Civ. Com. Concil. 1ª Nom. Sec 2 de la ciudad de Bell Ville, Provincia de Córdoba. Mail: victoriaminettovazquez@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5142-2869>.

Este artículo forma parte del Proyecto I+D de la Universidad Blas Pascal "Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada" (318-20230731-97) dirigido por la Prof^a. Dra. Claudia E. Zalazar y el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza.

PALABRAS CLAVE: Gestación por subrogación; Amparo; Obras sociales; TRHA; Cobertura.

KEY WORDS: Gestation by surrogacy; protection; social Works; TRHA; Coverage.

I. Introducción

La gestación por sustitución o subrogación de vientre es aquella manifestación de voluntades donde una mujer lleva adelante un embarazo para otra persona o pareja. Se aplica como terapia para toda persona que desee tener un hijo y que no tenga posibilidad de llevar adelante el embarazo (un hombre, dos hombres, en mujeres por ausencia del útero, enfermedad o por riesgo de vida).

El instituto analizado aparece como una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHD) válida para una pareja igualitaria como lo es en el caso examinado y que anhela cumplir el sueño de formar una familia teniendo un hijo/a.

En el caso bajo análisis una pareja homosexual con el deseo de varios años de ser padres interpuso ante la justicia federal de Mendoza acción de amparo contra OSPe (Obra Social de Petroleros) solicitando autorización judicial para iniciar acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Es importante hacer referencia que los actores contaban resolución favorable expedida por el Tribunal de familia de Mendoza que con fecha 06/06/2022 en los autos N° 319/2021 caratulados: "M., E. E., M., G. C., G. B., R. A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), Medida Autosatisfactiva"², que resolvió hacer lugar a la petición a fin de iniciar técnicas médicas de gestación por subrogación de vientre, aportando el material genético uno de los requirentes y con el óvulo que procederá de una ovodonación, siendo la gestante la Sra. E. E. M., hermana de uno de los padres de intención, ordenando la inscripción en el Registro Civil del niño/a que nazca mediante dicha técnica como hijo/a de los comitentes.

Ello así y con el objetivo de llevar adelante el tratamiento médico correspondiente, los actores presentaron todas las órdenes, pedidos médicos y sentencia ante la obra social OSPe de la cual eran afiliados. La prestadora de salud informa a los peticionantes que no brindará la cobertura solicitada atento que la mujer gestante que recibirá la prestación no se encuentra afiliada y porque el pedido proviene de un profesional ajeno a la red contratada.

Es menester referenciar que la parte demanda si bien alega tener prestadores idóneos para efectuar el tratamiento, no indica en ningún momento cuáles son esos prestadores ni aporta opciones a los actores para orientar a las partes a realizar el tratamiento con otro efector.

Ante la situación descripta y como ya se expuso, los comitentes inician ante el Juzgado Federal de 1ª instancia nro. 2 de Mendoza una acción de amparo contra OSPe a fin de que se la condene a suministrar cobertura integral del tratamiento de fertilización in vitro con ovodonación más ICSI con vientre subrogado en la Clínica Creo con el Dr. Luciano Sabatini y/o con el/la médico/a que las partes escojan y la cobertura integral de los estudios y/o medicación que sean indicados tanto a las partes y/o a la gestante y/o a la donante.

2 Auto N° 319/2021 caratulados: "M., E. E., M., G. C., G. B., R. A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), Medida Autosatisfactiva".

II. La cuestión a resolver por el Tribunal

Interpuesta la acción de amparo por los comitentes, el Tribunal debe expedirse acerca de si corresponde hacer lugar al mismo o no. Sin ingresar en la autorización o no de la TRHA ya que como se referenció los actores contaban con la misma. Ello así, el Tribunal se limitará exclusivamente a evaluar si existe o no obligación por parte de la demandada a brindar cobertura médica como así también a afrontar el costo de fertilización in vitro con ovodonación más ICSI con vientre subrogado que requieren los afiliados autorizados judicialmente el día 06 de junio de 2022.

Hasta lo aquí mencionado, el Tribunal deberá establecer la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora por un lado y por el otro, si la obra social demanda debe o no cubrir el tratamiento de TRHA peticionado.

III. La acción de amparo

Al decir de Barone, “El amparo nace con la finalidad de ser una acción pronta y eficaz para frenar los atropellos y violaciones de derechos constitucionales, derechos humanos y libertades de los ciudadanos. El amparo desde un primer momento se convierte en el remedio jurídico esgrimido contra los abusos, principalmente de las autoridades”³.

Ciertamente el amparo es una acción rápida y expedita, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o privadas, que en cuestiones de salud sería el Estado, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, que en forma actual e inminente, lesionen, restrinja, alteren o amenacen con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho a la salud, a la calidad de vida y a la vida de una o más personas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de señalar que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios originan un daño concreto y grave, solo y eventualmente reparable por vía urgente y expeditiva”⁴.

El art. 18 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del hombre establecen que toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve para el cual la justicia lo ampare contra actos de aquella autoridad que viole, en perjuicio suyo alguno de los derechos consagrados constitucionalmente.

1) ¿Quiénes pueden iniciar la acción de amparo?

La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica que, por sí o por apoderados, se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el artículo 1º de la Ley N° 16.986. El mismo establece: “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excep-

3 Barone, L., 2019, 109.

4 CSJN, Fallos, 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319 entre muchos otros; cit. por Highton – Areán. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. T. 6. Edit. Hammurabi. Bs.As. 2006. p. 43)

ción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus”⁵.

Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por aquellas asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas, justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.

Del caso estudiado surge, conforme entiende el Tribunal interviniente, que dado que los actores de la medida incoada se encuentran afiliados a OSPe, se encuentran legitimados. Ello se corresponde a que los mismos acompañaron a la causa la certificación emitida por la obra social demandada.

2) ¿Se dan los presupuestos de procedencia de la medida interpuesta?

En éste apartado se hará referencia a si se cumplimentan los presupuestos, ya nombrados, para la procedencia de la acción de amparo siendo ellos la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Respecto del primero, la verosimilitud del derecho, hace referencia a la exigencia de que el derecho del peticionario, o los peticionantes de la medida cautelar sea aparentemente verdadero, porque su certeza sólo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo.

Ello así y del análisis del caso surge que los actores se encuentran autorizados judicialmente por la Sentencia del Tribunal de familia de Mendoza suscripta con fecha 06 de junio del 2022 a iniciar las técnicas de gestación por subrogación de vientre, aportando material genético uno de los comitentes, con ovodonación y siendo la gestante hermana de uno de los actores.

Cabe hacer referencia que los accionantes acompañaron historia clínica suscripta por el médico elegido por las partes para la realización del tratamiento (Dr. Luciano Sabatini) quién solicitó orden autorizada para dicho tratamiento y órdenes de fertilización in vitro con ovodonación más ICSI, vientre subrogado, medicación de la donante y medicación de la gestante.

También se adjuntaron análisis de laboratorio y exámenes médicos correspondientes al actor que proporcionará el material genético y los de la mujer gestante conjuntamente con la carta documento remitida por OSPe donde se deja expresamente aclarado que la cobertura por parte de la misma se encuentra garantizada solo para aquellos que sean titulares del derecho, no siendo posible para la obra social, la cobertura del tratamiento requerido para la mujer gestante. Ello así, se vislumbra la negativa de la demandada a cubrir el pedido de los afiliados. Con lo referenciado ut supra es notoria la verosimilitud del derecho en la medida incoada.

Ahora bien, analizado el peligro en la demora diremos que el mismo es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Asimismo consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Es decir, que existe

⁵ Ley n° 16.986 art. 1

peligro de que si se mantuviera o alterara la situación de hecho o derecho existente, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

La urgencia debe jugar como una condición prácticamente excluyente para que pueda adoptarse una decisión anticipatoria. De tal manera, ha de existir una razón de necesidad impostergradable, un plus decisivo acumulable a la simple e intrascendente indisponibilidad o pérdida del derecho.

En el mencionado aspecto debemos tener en cuenta la edad de la gestante que configura un factor determinante para precisar el peligro en la demora. En el caso bajo análisis, la mujer gestante tiene 34 años. Se sabe que después de los 35 años, hay un mayor riesgo de tener complicaciones relacionadas con el embarazo que pueden llevar a un parto por cesárea. Hay un mayor riesgo de afecciones cromosómicas. Los bebés de madres mayores presentan más riesgo de padecer determinadas afecciones cromosómicas, como síndrome de Down. Dicho esto, se pone de manifiesto que el peligro en la demora se encuentra acreditado en el caso analizado.

IV. La decisión del Tribunal Federal de Mendoza.

El mismo se pronunció haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por los actores y, en consecuencia, ordenó a OSPE (Obra Social de Petroleros) brindar cobertura del tratamiento de fertilización in vitro, con ovodonación, más ICSI con vientre subrogado en la Clínica Creo; más los estudios y/o medicación indicados para las partes, gestante y/o donante, de conformidad con lo prescripto por su médico tratante, Dr. Luciano Sabatini y en los términos de la autorización otorgada por el juez de Familia y Violencia Familiar, Dr. Marcos Krochik, en el marco de los autos N° 319/2021, rotulados: "M., E. E., M., G. C., G. B., R. A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) - medida autosatisfactiva.

Conclusiones

En primer lugar, el fallo bajo análisis deja en claro que se encuentran cumplimentados los presupuestos de la acción de amparo interpuesta por los accionantes dado que se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora ante la negativa por parte de la demandada de proporcionar el tratamiento por TRHA.

En segundo lugar, está explícito que la demandada niega la cobertura de la mujer gestante, alega tener prestadores idóneos para llevar adelante el tratamiento empero en ningún momento les indica a los actores quienes son aquellos profesionales, ni les ofrece opciones para realizarlo.

En tercer lugar, no haber otorgado la medida precautoria podría derivar de un grave perjuicio en la vida de los actores, que luego de tener la correspondiente autorización judicial para efectuar el tratamiento anhelado, han atravesado un proceso con sus médicos tratantes a los fines de llevar a cabo su voluntad procreacional cayendo incluso en cuestiones relativas con la discriminación.

Por último, la Sentencia emanada por el Tribunal confirma que aún queda mucho por regular en el ámbito de las TRHA.

Referencias Bibliográficas

- BARONE, LORENZO DANIEL y BERARDO, MATIAS DANTE. (2019). Lecciones de derecho Procesal Constitucional, 109- 154.
- Declaración Americana de los Deberes y Derechos del hombre. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Art%C3%ADculo%20XVIII.,los%20derechos%20fundamentales%20consagrados%20constitucionalmente>.
- CANDA, FABIÁN OMAR. Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual. Disponible en: https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/12canda.pdf
- Revista de derecho procesal – Medidas cautelares. (2018). Ed. Rubinzal – Culzoni.

El reconocimiento de la incapacidad vital como rubro resarcible

Recognition of Vital Disability as a Compensable Item

Claudia Marina Torres Sánchez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)27](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)27)

Comentario a

Ford, Guillermo y otros c/ Hospital Privado S.A. y otro
Sentencia del 6 de octubre de 2022

**Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 7ª Nominación
de la ciudad de Córdoba**

RESUMEN:

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Séptima Nominación de la ciudad de Córdoba revocó el decisorio de primera instancia que desestimó la indemnización del daño patrimonial por incapacidad por la proyección disvaliosa de la lesión que presentaba la hija de los accionantes en el plano laboral y en todas las demás actividades de la persona de contenido patrimonial. Para así decidir, el Tribunal de Alzada consideró que la incapacidad de la niña no se encontraba controvertida y que el resarcimiento derivado de la misma debía abarcar no solo la disminución de la aptitud de la damnificada para realizar tareas productivas, sino además la imposibilidad de realizar tareas útiles.

La resolución del Tribunal de Segunda Instancia aporta elementos significativos en la valoración de los factores que integran el rubro de daño patrimonial por incapacidad.

ABSTRACT

The Seventh Nomination Chamber of Civil and Commercial Appeals of the city of Córdoba revoked the first instance decision that dismissed the compensation for patrimonial damage due to disability due to the invaluable projection of the injury presented by the plaintiffs' daughter in the workplace and in all other activities of the person that have patrimonial content. In order to decide, exceptionally, that the girl's incapacity was not disputed and that the compensation derived from it must cover not only the reduction in the victim's ability to perform productive tasks but also the impossibility of performing valuable tasks.

The resolution of the Court of Second Instance provides significant elements in assessing the factors that make up the heading of patrimonial damage due to disability.

¹ Abogada y Escribana, graduada en la Universidad Blas Pascal (UBP); Especialista en Derecho Procesal de las Ejecuciones (UBP). Diplomada en Derecho Procesal Parte General (UBP); diplomada en Metodología de la Investigación en el Ámbito Judicial (Universidad Católica de Córdoba). Estudiante de la Diplomatura Derecho Procesal Procesos Especiales (UBP). Correo electrónico: torresmarina13429@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-4554-912X>

PALABRAS CLAVE: Salud; mala praxis; incapacidad permanente; incapacidad vital; indemnización.

KEY WORDS: Health; bad practice; permanent disability; vital disability; compensation

I. Introducción

En octubre del año 2022, en el marco de una demanda ordinaria de daños y perjuicios por mala praxis debido a las lesiones sufridas en el rostro de una niña mientras se encontraba en la unidad de Neonatología del Hospital Privado S.A., los actores, actuando por derecho propio y en representación de su hija menor de edad, interpusieron recurso de apelación contra la resolución de la jueza de primera instancia. La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Séptima Nominación de la ciudad de Córdoba acogió parcialmente el recurso.

En la resolución, el Tribunal de Alzada determinó el momento a partir del cual los rubros “daño emergente futuro por gastos psicológicos” y “daño emergente por cirugías plásticas reconstructivas” devengarán intereses, y consideró que debía aplicarse la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina (BCRA) con más el dos por ciento (2%) nominal mensual desde la fecha de presentación de la pericia oficial en psicología hasta el efectivo pago y desde la fecha de elaboración del informe emitido por la Clínica Universitaria Reina Fabiola, respectivamente. Asimismo, admitió la pretensión resarcitoria a título de chance con fundamento en las proyecciones incapacitantes que la lesión generó a la niña, víctima de la mala praxis.

Por otra parte, el Tribunal de Segunda Instancia declaró la deserción técnica del recurso de apelación interpuesto por la obra social demandada. Consideró que la obligación principal de dicha entidad y su prestadora era la de asegurar el servicio de salud, el que se integra con la obligación de seguridad.

Con base en la decisión mencionada precedentemente, el motivo del presente comentario es realizar algunas reflexiones en el derecho a la salud, así como también un acercamiento a la jurisprudencia y doctrina vinculada a la discusión que se genera respecto a si resulta o no indemnizable la incapacidad vital, teniendo en cuenta las diversas proyecciones disvaliosas que una lesión provoca en la personalidad integral de la víctima.

II. El litigio: hechos en los que se funda la demanda

Con fecha 16 de agosto de 2014 nació Emilia, hija de los actores, por medio de operación de cesárea en un quirófano del establecimiento perteneciente al Hospital Privado S.A, en la ciudad de Córdoba. En dicho momento, la recién nacida se encontraba con treinta y tres semanas de gestación motivo por el cual fue trasladada a la unidad de Neonatología del nosocomio. Debido a que la neonata sufrió una serie de complicaciones -un episodio de cianosis con baja saturación de oxígeno de setenta y cuatro por ciento (74%) y quejido respiratorio- se le colocó ventilación no invasiva por medio de mascarilla (VNI).

Al día siguiente, se les informó a los padres de Emilia que la recién nacida había sufrido una quemadura en la nariz estando en la sala neonatal referida, sin dar mayores especificaciones ni detalles. Sin embargo, éstos advirtieron que la quemadura se hacía cada vez más pronunciada, viéndose afectada toda la nariz y sus alrededores, lo que los llevó a sospechar que la lesión era mucho más grave de lo informado. Dos días después del

episodio, un especialista en cirugía plástica reconstructiva de la clínica valoró que la quemadura nasal era de mayor complicación.

Finalmente, el día 4 de septiembre se desprendió el cascarón que se había formado y los padres de Emilia pudieron advertir que la niña había perdido prácticamente la punta de la nariz, quedando a la vista una lesión extremadamente grave, sin saber en ese momento si además quedarían otras secuelas tanto estéticas como funcionales.

Luego de permanecer durante cuarenta y cinco días en Neonatología, Emilia egresó del hospital. No obstante, fue necesario llevarla a su casa con un saturómetro y tubo de oxígeno provisto por la obra social, debido a que persistían los bajos niveles de saturación de oxígeno.

En función de los hechos expuestos, ambos progenitores entablaron demanda reclamando un resarcimiento por los daños y perjuicios padecidos contra el hospital en el que fueron atendidos y también contra la obra social, al considerarlos responsables solidarios del suceso nocivo.

Los actores sostuvieron que la dolorosa y agresiva situación que atravesó Emilia le dejó secuelas en su estructura psíquica. Además, afirmaron que las lesiones en la nariz –claramente antiestéticas– más los dolores, molestias y dificultad en la respiración, inevitablemente estarán presentes en cada etapa de su desarrollo, agregando a ello los tratamientos y cirugías a los que deberá someterse.

Concluyeron que el daño fue causado por la exposición e inhalación de oxígeno a alta temperatura proveniente de la mascarilla VNI (ventilación no invasiva) suministrada a Emilia por el personal del hospital, bajo la cobertura de la obra social. Entre los argumentos de la demanda, destacaron que hubo una falta al deber de seguridad en el servicio de neonatología del nosocomio.

III. Agravios esgrimidos ante el Tribunal de Alzada

Sobre este punto es preciso aclarar que tanto la parte actora como la codemandada, Obra Social de Viajantes y Vendedores de la República Argentina, interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia.

A continuación, se expondrán sucintamente los argumentos rebatidos por cada una de las partes.

1. Agravios expuestos por la parte actora

En primer lugar, atento a la discrepancia con ciertos aspectos tratados en la resolución del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 6 ° Nominación de la ciudad de Córdoba, los progenitores de Emilia presentaron tres agravios concretos contra dicha decisión.

En este contexto, hicieron hincapié en que la dolorosa y agresiva situación que atravesó su hija le dejó secuelas en su estructura psíquica. Además, aseguraron que las lesiones antiestéticas en la nariz de la niña, sumadas a la dificultad en la respiración, inevitablemente estarán presentes en cada etapa de su desarrollo.

En relación al primer agravio, los actores sostuvieron que la sentencia incurrió en un error insalvable y en contradicciones intrínsecas en la aplicación de las tasas de interés

al capital indemnizatorio mandado a pagar en los rubros daño emergente futuro por gasto psicológico y daño emergente por costo de cirugías plásticas reconstructivas. Así, indicaron que cuando el fallo determinó cada rubro no resultó claro y aplicó criterios diferentes.

En este sentido, advirtieron que el error cometido fue haber tomado la fecha de la sentencia como punto de partida general de la tasa de interés con escoria inflacionaria (tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina –BCRA- más el dos por ciento nominal mensual), siendo que en todos los rubros indemnizatorios (salvo el daño moral) las fechas respectivas de cuantificación del valor del daño fueron evidentemente anteriores al momento de dictar sentencia.

Respecto al segundo agravio, reprocharon que se haya denegado la indemnización por la proyección disvaliosa de la lesión en el plano laboral y demás actividades de contenido patrimonial. Los padres de la neonata entendieron que se omitió prueba dirimente en primera instancia. Al respecto, sostuvieron que de los informes se desprende la presencia de una lesión grave y permanente y la incapacidad estimada en el veinte por ciento (deformidad de cara con pérdida de sustancia, pérdida parcial de la nariz).

En este sentido, los apelantes hicieron hincapié en que no habría ninguna certeza de absoluta recuperación de la niña y que conforme el dictamen pericial en psicología, la presencia de la lesión dificultará las oportunidades laborales por el aspecto estético de la lesión. Sobre este punto, advirtieron que la incapacidad resultaría indemnizable no sólo desde el aspecto del trabajo, sino también en función de sus proyecciones sobre la personalidad integral.

Por último, cuestionaron la cuantificación del daño moral. Los apelantes sostuvieron que la jueza de grado si bien tomó como parámetro de cuantificación la nueva regla contenida en el artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), nada manifestó respecto a cómo se determinó el monto indemnizatorio a favor de Emilia. Asimismo, consideraron que el importe otorgado resultaba irrisorio y exiguo en orden a las lesiones producidas.

2. Agravios formulados por la obra social

Por otra parte, la Obra Social Viajantes y Vendedores de la República Argentina también expresó su disconformidad con lo decidido por el Tribunal de Primera Instancia. De esta manera, entre sus argumentos, explicó que su actividad se despliega a través de la contratación de prestadores externos destinados a la atención médico asistencial de su población beneficiaria.

Consideró que, en virtud del contrato de atención médico asistencial que mantiene con la red prestacional Visitar SRL, ésta última es la encargada de contratar los prestadores para la atención de sus beneficiarios. Por tales motivos, la obra social cuestionó que se la condenara solidariamente, al entender que Visitar SRL era quien se encontraba abocada a la atención médico asistencial de los actores.

IV. Argumentos de la Cámara de Apelaciones

En primer término, tras efectuar un análisis del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, el Tribunal de Alzada entendió que era preciso definir la cuestión vinculada

a los intereses que acceden a los rubros resarcitorios por daño emergente por gastos médicos, farmacéuticos, de transporte, kinesiología y fisioterapia; por daño emergente futuro por gasto psicológicos y daño emergente futuro por costos de cirugías plásticas reconstructivas.

En segundo lugar, se expidió en relación a si correspondía hacer lugar a la indemnización reclamada a título de “daño patrimonial por incapacidad física y psíquica sobreviniente”. Por otra parte, en lo referido al quantum de la indemnización otorgada en concepto de daño moral a favor de la menor Emilia, la Cámara entendió que la crítica no podía prosperar.

Respecto al recurso intentado por la obra social, el Tribunal ad quem lo declaró desierto por ausencia de suficiencia técnica.

A continuación, se exponen brevemente los fundamentos brindados por el Tribunal de Alzada respecto a la decisión tomada al resolver cada uno de los agravios expresados por la parte actora y que hacen a la reflexión del presente comentario.

1. Intereses que acceden al daño emergente por gastos médicos, psicológicos y costo de cirugías plásticas reconstructivas

En relación al rubro daño emergente por gastos médicos, farmacéuticos, de transporte, kinesiología y fisioterapia, la Cámara entendió que los accesorios debían definirse tal como lo propusieron los apelantes, quienes interpretando dicho segmento del decisorio de la jueza de grado, consideraron que se trataba por un lado, de una tasa del seis por ciento (6%) anual desde el hecho dañoso, y luego, desde la fecha de la sentencia la tasa pasiva que publica el BCRA con más el dos por ciento (2%) mensual.

En segundo lugar, respecto a los intereses que acceden al daño emergente futuro por gastos psicológicos, el Tribunal de Alzada consideró que correspondía hacer lugar a la queja efectuada a través de la expresión de agravios, en cuanto a que debían correr intereses desde la fecha de la pericia que fijó el valor por el cual se reconocieron los gastos psicológicos y de psicoprofilaxis futuros a los fines de mantener incólume el capital indemnizatorio.

Por último, al referirse a los intereses que alcanzan al daño emergente futuro por costo de cirugías plásticas reconstructivas, la Cámara se apartó del criterio mantenido por la jueza de primera instancia y consideró que resultaba erróneo establecer los mismos desde la fecha de la sentencia. Así, resolvió que correspondía estipularlos a partir de la fecha de elaboración del informe emitido por la Clínica Universitaria Reina Fabiola, en el cual se reflejaba el costo de las cirugías plásticas reconstructivas a realizarse en el futuro.

2. Daño patrimonial por incapacidad

En este apartado, los actores criticaron la decisión tomada por la jueza de primera instancia que desestimó la indemnización por la proyección disvaliosa de la lesión que presenta Emilia en el plano laboral y en todas las demás actividades de contenido patrimonial. La Cámara se pronunció a favor de la procedencia del recurso.

La magistrada *a quo* rechazó la pertinencia del reclamo indemnizatorio en el entendimiento que no se determinó que la lesión sufrida por Emilia pudiera afectar su actividad

laboral futura, ni tampoco su vida de relación. No obstante, el Tribunal de Segunda Instancia consideró que dicho fundamento no fue preciso y sostuvo que el resarcimiento derivado de la “incapacidad” abarcaría no solo la disminución de la aptitud de la damnificada para realizar tareas productivas, sino también la imposibilidad de realizar actividades útiles (tanto en la vida doméstica como en la de relación). En consecuencia, la Alzada concluyó que, efectivamente, la lesión sufrida por la niña se proyectará de manera disvaliosa a muchos otros aspectos de su vida.

En este punto, se señaló que la acción quedó enmarcada en la previsión del artículo 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), debiendo indemnizar el menoscabo en las potencialidades de la víctima a raíz de la incapacidad. Al respecto, la Cámara consideró que: “(...) aun cuando la incapacidad no determine forzosamente un daño económico concreto, la ley presume que a partir de la incapacidad sufrida no tendrá igual despliegue productivo. De ordinario, es lógico que el menoscabo a la integridad física incida desfavorablemente en la vida del sujeto. De allí, como bien apunta el art. 1746 del nuevo código civil y comercial, corresponde igualmente disponer la indemnización...”. Siguiendo esta línea de pensamiento, el Tribunal sostuvo que la modificación del factor físico y psíquico -elementos esenciales para cualquier tarea- causaría privaciones futuras.

Al momento de fijar dicha indemnización, el primer vocal votante consideró que el importe resultante de la operación matemática efectuada debía ser morigerado al cincuenta por ciento (50%) al tratarse del resarcimiento por chance genérica y no lucro cesante. No obstante, la mayoría se apartó de tal criterio y entendió que el rubro daño patrimonial por incapacidad debía calcularse al cien por ciento (100%), sin morigeración alguna, al referirse precisamente a incapacidad (artículo 1746 del CCCN) y no a chance. De esta manera, en la decisión se concluyó que el rubro daño patrimonial por incapacidad debía calcularse al cien por ciento (100%) de la fórmula matemática propuesta.

A más de ello, se indicó que la incapacidad no se indemniza como un daño *per se* sino en tanto se traslade a la esfera patrimonial en concepto de lucro cesante o pérdida de chance. Por ello, el Tribunal ad quem entendió que era necesario determinar la disminución patrimonial experimentada por Emilia derivada de los detrimentos en su salud generados por el hecho lesivo. Así, la Cámara adhirió al criterio sentado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) en cuanto la incapacidad resulta resarcible –a título de daño patrimonial- no solo en su faz laborativa sino también en su aspecto vital. Es decir, la incapacidad apreciable patrimonialmente no es únicamente la productiva, sino que además debe apreciarse el valor material de la vida humana y de su plenitud.

En este escenario, se explicó que la incapacidad padecida aunque no implique una directa merma de ingresos, provoca una clara insuficiencia material para desenvolverse por sí y realizar actividades útiles, lo que tiene proyección económica que siempre merece ser reparada. Al respecto, se mencionó que: “El poder cumplir en plenitud actividades vitales, así no sean laborales o no reditúen beneficios dinerarios, tiene un significado económico: la posibilidad de subir a un ómnibus, de conducir un vehículo, de higienizarse personalmente, de limpiar un piso o lavar un automotor, de realizar trámites o pagar impuestos, de cumplir en fin cualquier tarea cotidiana con libertad y sin trabajos (...) tienen también un significado económico”².

2 TSJ, Sentencia n° 68 de fecha 25/06/2008, en autos “Dutto Aldo Secundino c/ Carranza, América Yolanda y otro- Ordinario”.

Con base en lo expuesto, el Tribunal de Alzada consideró que la posibilidad de mantener la vida en plenitud integra el concepto de derecho a la vida del individuo y toda afección debe ser indemnizada. Asimismo, entendió que en las pautas de valoración de la indemnización debía acudirse al porcentaje de incapacidad establecido con elementos médicos y que debería tenerse como parámetro el ingreso de la víctima, o en su defecto, el Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM). Asimismo, dicho Tribunal –por mayoría– reflexionó que no correspondía disponer disminución alguna precisamente porque el parámetro de cálculo era mínimo, no debiendo ser perforado.

En ese entendimiento, se revocó la sentencia de primera instancia y se dispuso la indemnización por las consecuencias de la incapacidad parcial y permanente del veinte por ciento (20%) de la T.O., la que se determinó conforme la fórmula “Marshall/ Las Heras Requena”, a tal fin se tomó como base pecuniaria de ingreso el SMVM a la fecha de la resolución, reducido al veinte por ciento (20%) de incapacidad (y multiplicado por 12 mensualidades); tomando en cuenta el lapso de actividad productiva de la víctima -18 años hasta la edad de 72 años como cómputo máximo de vida útil- y se integró la fórmula con una tasa de interés de amortización del seis por ciento (6%) anual. A la suma resultante le adicionaron intereses moratorios desde la fecha del siniestro hasta su efectivo pago.

3. Indemnización otorgada en concepto de daño moral

En este punto, la Cámara explicó que mediante el rubro daño moral se trata de compensar pecuniariamente la lesión a los sentimientos que sufre una persona en virtud de un hecho dañoso. También, aseguró que es de difícil estimación al no estar sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, por lo que corresponde atenerse a un criterio fluido de ponderación acorde a la circunscripción y discrecionalidad de cada juzgador, quien debería resolver transparentando las razones de hecho y de derecho que darían motivo a dicha conclusión.

Siguiendo la posición establecida por el TSJ, el Tribunal de Segunda Instancia consideró que en el control revisor de la Alzada sobre la cuantificación de este tipo de daño no cabe exigir demasiadas precisiones sobre el criterio seguido, de lo contrario se desconocería la naturaleza del mismo y habilitaría una causa de impugnación hasta el infinito, frente a la cual ninguna sentencia estaría libre de censuras³. La Cámara afirmó que sólo cabría su revisión en el supuesto extraordinario y manifiesto de un ejercicio arbitrario de dicha potestad.

En el caso, la jueza *a quo* fijó una indemnización por el rubro daño moral tomando en consideración las posibles repercusiones espirituales desfavorables que sufriría la menor Emilia a raíz de la cicatriz en su rostro, haciendo hincapié en la faz social durante su niñez –especialmente en la primera etapa de escolaridad– hasta adquirir la edad para realizar las cirugías necesarias para mejorar su nariz. La Cámara advirtió que, en la expresión de agravios, los apelantes no evidenciaron la injusticia de la decisión descrita precedentemente, no expusieron los motivos por los cuales el monto fijado sería exiguo o insuficiente para reparar el daño.

En este contexto, la Alzada aclaró que el ejercicio de toda vía impugnativa exige la concurrencia de un interés o agravio concreto del peticionante. Así, para atacar o cuestionar un acto procesal supuestamente defectuoso o injusto, es preciso que el vicio que se

3 TSJ Sala Civil y Comercial, Sentencia n° 68 de fecha 12/12/1986, en autos “Carle c/ Superior Gobierno”.

invoca efectivamente irroque un perjuicio a quien pretenda su subsanación, anulación o revocación. Por tales motivos, entendió que ese segmento del fallo de primera instancia debía confirmarse.

V. Comentarios sobre los argumentos expuestos por la Cámara de Apelaciones

El abordaje del presente comentario se centrará específicamente en la reflexión efectuada en torno a la incapacidad vital y a la tutela integral de la persona puesta de relieve por el artículo 1746 del CCCN, que dispone: “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables...”.

Luego de analizar el razonamiento del Tribunal de Alzada en relación a la interpretación que efectuó la jueza de primera instancia, cabe decir que se comparten los fundamentos y conclusiones expuestos en el fallo de segunda instancia en comentario.

En relación a ello, considero que se trata de un supuesto especial en el cual la víctima fue una niña recién nacida y las afecciones que padeció, con motivo de las lesiones, resultaron de tal magnitud que las repercusiones negativas en su vida no pueden minimizarse. Sobre este punto, el Tribunal *ad quem* pondera que la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y que comprende no sólo el aspecto laboral sino además otras consecuencias que afectan a la vida en general de la damnificada.

En cambio, en el caso bajo estudio, la magistrada de primera instancia rechaza la procedencia del reclamo indemnizatorio del rubro “daño patrimonial por incapacidad” en el entendimiento que no se determinó que la lesión sufrida por Emilia pudiera afectar su actividad laboral futura, ni tampoco su vida en relación. La Cámara de Apelaciones revierte dicha conclusión y entiende que la indemnización por incapacidad permanente engloba no sólo la faz laboral sino cualquier desmedro en la persona, teniendo en cuenta diversas áreas de su vida en relación (social, cultural, educativa, etc.). En este sentido, cabe resaltar que el Vocal Dr. Jorge Miguel Flores sostuvo en su voto lo siguiente: “(...) el resarcimiento derivado de la incapacidad abarca no solo la disminución de la aptitud del damnificado para realizar tareas productivas, sino también la imposibilidad de realizar actividades útiles tanto en la vida doméstica como en la de relación ya que la lesión sufrida se proyecta de manera disvaliosa a muchos otros aspectos de la vida de la damnificada, con lo cual queda evidenciado que la acción en este punto quede enmarcada en la previsión del art. 1746 del CCyC debiendo indemnizarse el menoscabo en las potencialidades de la víctima a raíz de la incapacidad”.

En mi opinión, dicho razonamiento resalta las proyecciones desventajosas que la lesión inevitablemente provocó en la personalidad integral de la víctima y enmarca la situación en las previsiones contenidas en el artículo 1746 del CCCN, poniendo énfasis en la necesidad de proporcionar un resarcimiento integral que abarque no solo la incapacidad en el ámbito laboral, sino que además contemple la disminución de la capacidad vital general de la damnificada.

1. Daño patrimonial por incapacidad en el CCCN

En primer lugar, cabe resaltar que el ordenamiento jurídico de fondo instaura el principio de que la reparación del daño debe ser plena, en dinero o en especie, recayendo en la víc-

tima la opción por una u otra modalidad, salvo que la restitución en especie resulte abusiva para el deudor, conforme lo previsto por el artículo 1740 del CCCN⁴. Al respecto, Gherzi (2013) ha señalado que: “La cuantificación económica de la incapacidad, como daño a la salud, por vía del dinero, tal vez no es lo más adecuado, pero es la única forma que conoce el derecho y es uno de los desafíos que debemos asumir en el debate de la reparación integral y la descripción pormenorizada y fundada en criterios científicos, de cómo los magistrados arriban a la suma de capital para los dos ámbitos (el laboral y el moral)”.

Al respecto, es importante destacar que cualquiera sea el método escogido, la utilización de fórmulas matemáticas debe satisfacer el requisito de fundamentación por parte del juez, de manera que se explique detalladamente el resultado al que se ha arribado. En este sentido, se ha afirmado que: “Una fórmula, correctamente utilizada, permite introducir variables, esas mismas variables que en la retórica tiene en cuenta el juez cuando valora, la edad, sus expectativas de vida, sus posibilidades de progreso, su productividad patrimonial no laborativa, etc., y realizar proyecciones razonables que orientan los criterios para tomar decisiones” (Schmieloz, 2022).

A más de ello, en relación al resarcimiento que debe percibir la víctima de un hecho dañoso, Giovanni (2017:5) ha dicho que la reparación: “(...) es plena porque es evidente que todo el daño no es jurídicamente reparable, y se descarta así la posibilidad de reparación integral. Como todo principio debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible...”. Asimismo, dicho autor considera que el principio de reparación plena debe ser interpretado de manera amplia y por ende, el aspecto vital de la víctima, es decir, aquellas actividades laborativas no remuneradas (por ejemplo: actividades que toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas comunitarias, sociales, culturales, etc.) deben ser resarcidas (Giovanni, 2017:5).

Siguiendo tal fundamento, entiendo que en la resolución el Tribunal de Alzada pondera las circunstancias antes descriptas e incluye los diversos aspectos que engloban la vida de una persona, no únicamente su faz laboral, proponiendo un resarcimiento amplio en consonancia con lo previsto por la legislación de fondo. Al respecto, cabe citar lo expuesto en el voto de la Vocal de Cámara, Dra. María Rosa Molina de Caminal, quien enfatizó que: “Las secuelas de incapacidad física y psíquica patentizan una limitación para la realización de tareas útiles para sí lo que evidencia la presencia de un serio perjuicio patrimonial que afecta notoriamente las posibilidades productivas genéricas de la niña, complejizando o dificultando la realización de tareas útiles en su más amplio sentido”.

Entiendo que tal conclusión empatiza con lo dispuesto por el artículo 1746 del CCCN, en cuanto prevé que la tutela a la integridad de la persona debe ser amplia y corresponde la indemnización por incapacidad permanente aunque el damnificado continúe ejerciendo una actividad remunerada. Cabe destacar que ello se integra con el criterio históricamente mantenido por el TSJ respecto a que la incapacidad es resarcible –a título de daño patrimonial- no solo en su faz laborativa sino también en su aspecto vital. El Alto Cuerpo ha considerado que la incapacidad apreciable patrimonialmente no es solo la directamente productiva, sino que también debe apreciarse el valor material de la vida humana y de su plenitud. También, ha dicho que la incapacidad padecida aunque no acarree una directa

4 Artículo 1740 del CCCN: “Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero...”.

merma de ingresos, sin dudas provoca una clara insuficiencia material para desenvolverse por sí y realizar actividades útiles, lo que tiene una indudable proyección económica que merece ser reparada⁵.

Sobre este punto, y en consonancia con el criterio mantenido por el TSJ, destacada doctrina ha dicho que: “Quedan comprendidos, de tal modo, los menoscabos en el *cuerpo* y en la *salud*; los primeros gravitan disvaliosamente sobre la composición anatómica del sujeto; los segundos sobre su normal funcionamiento; las lesiones *físicas y psíquicas*; las de carácter instantáneo y las diferidas en el tiempo; las permanentes y las meramente transitorias (Pizarro y Vallespinos, 2019: 397). Además, dichos autores remarcan que queda alcanzado por la reparación plena que estipula la norma de fondo (artículo 1746 del CCCN) el llamado daño estético que es de suma importancia en el plano del resarcimiento patrimonial (Pizarro y Vallespinos, 2019: 397).

En este escenario, se ha entendido que la incolumidad humana⁶ tiene un valor indemnizable propio, toda vez que no solo comprende las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir sino además incluye la afectación vital de la persona considerada en forma individual y socialmente, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital (Galdós, 2015:253).

A. Bien jurídico protegido

En las lesiones a la integridad psicofísica de las personas el bien jurídico protegido es el derecho a la salud. De manera tal que, necesariamente todo daño a la salud es susceptible de ser indemnizado.

A los fines de comprender la afectación a este derecho, cabe mencionar que la salud es entendida como: “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁷. Para más, la doctrina ha señalado que: “se entiende por “salud” el disfrute –goce y posesión– del más alto nivel de bienestar psicosomático, necesario para una buena vida –y en este sentido se entiende aquello del estado de completo bienestar–, obviamente en sociedad, pues el ser humano no vive (ni enferma, ni muere) en el vacío” (Blanco, 2007).

Por su parte, el derecho a la salud ha sido reconocido como: “(...) un derecho personalísimo y fundamental que tiene toda persona por su condición de tal; y se encuentra reconocido en nuestra Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales que poseen idéntica jerarquía. Este reconocimiento normativo denota, por un lado la importancia que tiene este derecho y, por el otro, su inescindible relación con el derecho a la vida” (Sola, 2019:172). Por ende, puede afirmarse que el derecho a la salud es indispensable para el ejercicio de los derechos humanos toda vez que se integra con el derecho a la vida y tiende a asegurar el bienestar general de las personas.

A más de ello, cabe destacar que este derecho goza de un amplio reconocimiento en el ámbito supranacional (por ejemplo, el artículo 5 de la Convención Americana so-

5 TSJ, Sentencia n° 68 de fecha 25/06/2008, en autos: “Dutto, Aldo Secundino c/ Carranza, América Yolanda y otro- Ordinario”.

6 Según la Real Academia Española, la incolumidad corporal o personal: “es el derecho a estar o permanecer sano, sin lesión ni menoscabo o sin más lesiones o menoscabos que los que ya se sufran”.

7 Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), firmada en Nueva York el 22/07/1946 y en vigencia desde el 07/04/1948.

bre Derechos Humanos⁸); así como también a nivel constitucional (artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional⁹) y en la esfera provincial (artículo 19 de la Constitución de la Provincia de Córdoba¹⁰).

En esta línea, los dispositivos legales orientados a proteger la vida y la salud, se complementan con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto ha precisado que el derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. La Corte ha sostenido que este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados¹¹ (Fernández, 2019).

En este marco, destaco lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a que la protección del derecho a la salud debe reforzarse en el supuesto que se encuentren involucrados grupos vulnerables¹². Así, adquiere especial importancia la protección de dicho derecho cuando quien está involucrada es una persona en condición de vulnerabilidad. Precisamente, entiendo que la Cámara de Apelaciones ha tenido en cuenta dicha protección especial, siendo que una de las partes involucradas -víctima de la mala praxis- ha sido una niña recién nacida, es decir, un individuo en extrema condición de vulnerabilidad.

En este aspecto, también resulta importante destacar que el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n° 15, interpreta el derecho del niño a la salud como un derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud y sitúa la realización del derecho del niño a la salud en el contexto más amplio de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En función de lo expuesto, considero que los derechos comprometidos en el caso resuelto por el Tribunal de Segunda Instancia, se encuentran necesariamente unidos con el derecho a la salud. De ello se desprende que toda persona tiene derecho al goce del más alto nivel posible de salud y bienestar que le permita vivir su vida con dignidad.

8 Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...”

9 Artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

10 Artículo 19 de la Constitución de Córdoba: “Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal...”

11 Corte IDH, Sentencia n° 23 de fecha 23/08/2018, caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

12 La expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas. Las niñas, niños y adolescentes conforman un grupo que ha merecido una atención especial por parte de la comunidad internacional debido a su situación particular de vulnerabilidad basada en la dependencia necesaria del adulto para las condiciones de su desarrollo. (Obtenido de: www.jus.gob.ar)

2. El concepto de incapacidad sobreviniente o incapacidad psicofísica

Según la doctrina, la incapacidad sobreviniente –comprensiva de la minusvalía física y psicológica– consiste: “(...) en el impedimento o dificultad para el ejercicio de las funciones vitales. Comprende la pérdida o disminución de las potencialidades de que gozaba el damnificado teniendo en cuenta sus concretas condiciones personales” (Tanzi y Papillú, 2016).

En ese sentido, se ha sostenido que para apreciar dicha incapacidad se debe partir del concepto de daño material configurado por los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes, como también en los que afectan las facultades o aptitudes de las personas, consideradas como fuente de futuras ventajas económicas (vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc.). En suma, se ha dicho que la integridad psicofísica de una persona tiene un valor *per se* y se trata de una postura receptada por el CCCN, por lo que la valuación del daño patrimonial por incapacidad permanente no puede acotarse a una valoración de las pérdidas económicas de índole laborativa, pues la persona humana es patrimonialmente productiva en numerosos aspectos de su vida, al margen de lo laboral (Schmieloz, 2022).

La incapacidad implica una merma de la potencialidad productiva de la persona y se proyecta a todos los ámbitos de la vida, no únicamente el laboral, según Leiva (2020): “Existiendo incapacidad total o parcial, y aun cuando la víctima mantenga su situación productiva inalterada, si tal menoscabo se proyecta en una minoración valorable económicamente, ese daño debe ser resarcido. Se trata de consecuencias patrimonialmente perjudiciales en otros aspectos de la vida del damnificado”. En tal sentido, al indemnizar la incapacidad no debería únicamente ponderarse la faz laboral o productiva de la persona afectada sino también la “incapacidad vital” que afecta otros aspectos como el ámbito doméstico, social, cultural, educativo, deportivo, etc.

Centrándonos en el caso que convoca el presente comentario, cabe resaltar que el criterio mencionado precedentemente, según el cual al momento de resarcir el daño deben valorarse las consecuencias patrimoniales que afectan diversos aspectos de la persona y no únicamente lo laboral; no fue acatado por la magistrada de primera instancia toda vez que rechazó la procedencia del reclamo indemnizatorio del daño patrimonial por incapacidad. En tal entendimiento, la jueza consideró que no se había determinado que la lesión sufrida por la niña pudiera afectar su actividad laboral futura, ni tampoco su vida en relación. Acertadamente esta conclusión fue motivo de agravios de la parte actora, al considerar que la presencia de la lesión afectará no solo las chances laborales de la niña por el aspecto estético, sino también la vinculación de la víctima con sus pares en la etapa escolar y durante su desarrollo y crecimiento.

A. Daño resarcible por incapacidad vital

Conforme surge del texto legal del artículo 1746¹³ del CCCN, la víctima que ha padecido consecuencias incapacitantes como resultado del hecho dañoso merece una indemnización que contemple la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables.

En este contexto, se considera que quien realiza actividades no productivas pero

13 “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables...”

económicamente valorables y que luego del hecho se encuentra limitado a seguir llevándolas a cabo, se encuentra legitimado a percibir una indemnización. Al respecto, la doctrina ha entendido que la incapacidad vital resarcible contempla aquellas actividades que no generan directamente retribuciones económicas pero que demandan de un “estado adecuado de salud” en la persona que permita llevarlas a cabo y la afectación a dicho estado y las dificultades o frustraciones que ello pueda generar para el damnificado a fin de continuar desplegándolas, implica un daño indemnizable (Pita y Depetris, 2021).

En consecuencia, cabe remarcar que cuando la víctima hubiera padecido como consecuencia de la lesión algún otro menoscabo en su aspecto no laborativo¹⁴ deberá indemnizarse con plena independencia de la solución a la que se hubiera arribado con relación a otros rubros que integran el daño patrimonial (Macagno, 2022). En el caso, el Tribunal de Alzada efectúa algunas consideraciones en relación al reconocimiento de esta indemnización y afirma que: “(...) aun cuando la incapacidad no determine forzosamente un daño económico concreto, la ley presume que a partir de la incapacidad sufrida no tendrá igual despliegue productivo. De ordinario, es lógico que el menoscabo a la integridad física incida desfavorablemente en la vida del sujeto. De allí, como bien apunta el art. 1746 del nuevo código civil y comercial, corresponde igualmente disponer la indemnización correspondiente. Con ese marco legal, resulta correcto dar respuesta al reclamo, atendiendo a la circunstancia de que la modificación del factor físico (como psíquico) son elementos esenciales para cualquier tarea, y como tal, causa privaciones futuras”.

En función de lo expuesto, puede afirmarse que el Tribunal de Segunda Instancia echa por tierra el pronunciamiento de carácter restrictivo de la magistrada *a quo* referido al rechazo del daño patrimonial por incapacidad vital. La Alzada optó por una postura amplia e integral no solo al considerar la condición de la víctima involucrada (una niña nacida prematuramente con apenas treinta y tres semanas de gestación) sino también al entender que las lesiones a la integridad psicofísica de una persona son indemnizables en cuanto arrojan consecuencias perjudiciales económicas y espirituales.

Conclusiones

Del estudio de la resolución surge que la víctima de mala praxis se encontraba en una situación de extrema vulnerabilidad y que el hecho lesivo afectó su integridad física, incidiendo esto notablemente no solo en sus proyecciones futuras relacionadas con el trabajo, sino también sobre su personalidad integral. En este contexto, el Tribunal de Segunda Instancia al momento de evaluar el daño dista de efectuar una evaluación limitada a la productividad laborativa y va más allá, integrando la indemnización con la valoración de la incapacidad vital padecida por la niña al referirse a la imposibilidad de realizar actividades útiles que se desarrollan en la vida social.

Conforme lo previsto por el artículo 1746 del CCCN, los daños resarcibles por incapacidad permanente como rubro del daño patrimonial no se limitan únicamente a lo que la víctima dejaría de percibir en su faz laboral, sino que comprende cualquier disminución económicamente mensurable que experimente la persona.

¹⁴ Es decir, disminución de la aptitud para realizar actividades económicamente valorables.

Desde este enfoque, al valorar las consecuencias de una lesión es necesario tener en cuenta los aspectos patrimoniales de índole laboral y las consecuencias de la afectación sobre la integridad psicofísica del individuo. De lo contrario, de no considerar ambas variables, se vería afectada la salud de la persona. En este contexto, entiendo que la decisión del Tribunal de Alzada es importante toda vez que prioriza la reparación del daño a la salud sufrido por la niña.

Como se ha señalado a lo largo de este comentario, el eje fundamental de la sentencia a la luz del cual resuelve la Cámara de Apelaciones, es el principio de la reparación plena e integral del daño. En conformidad con ello, el Tribunal brinda las pautas para la cuantificación de la indemnización acorde con la entidad del perjuicio acreditado en la causa, permitiendo alcanzar una tutela efectiva de la víctima frente al daño padecido.

En mi opinión, en la resolución de segunda instancia se resalta la afectación vital de la persona considerada en forma individual y socialmente. Por ello, entiendo que la sentencia examinada efectúa un gran aporte a la jurisprudencia al reforzar la idea de resarcir el daño a la salud de manera plena a fin de mantener la incolumidad de la persona.

Referencias bibliográficas

- Fernández, A. P. (2019). El derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes. Tutela judicial efectiva en el tiempo de un derecho humano fundamental. *Actualidad Jurídica. Familia y Niñez* n° 181, 8865-8879.
- Galdós, J. M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ricardo L. Lorenzetti (dir.). Tomo VIII. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Ghersi, C. A. (2013). El derecho a la salud y los juicios por incapacidad sobreviniente. *Revista de derecho de familia y de las personas* n° 5, 197-203.
- Giovannoni, D. (2017). Lucro cesante e incapacidad sobreviniente: ¿un rubro resarcible per se de acuerdo a la legislación aplicable? Nota a fallo. *El Derecho* t. 271, 225-271.
- Leiva, C. F. (2020). La noción de incapacidad sobreviniente, fórmulas matemáticas y facultades de los jueces. *Revista Código Civil y Comercial* n° 8, 158.
- Macagno, A. A. (2022). Tipicidad del daño resarcible: con especial referencia al daño por incapacidad sobreviniente y permanente. *Actualidad Jurídica. Civil y Comercial* n° 328, 4459-4471.
- Pita, E. M., & Depetris, C. E. (2021). La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación: a propósito de los cinco años de su vigencia. *Revista Código Civil y Comercial* n° 1, 149-164.
- Pizarro, R. D., & Vallespinos, C. G. (2019). *Manual de Responsabilidad Civil Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Schmieloz, G. E. (2022). El derecho a la cuantificación plena y razonablemente fundada de los daños: especial referencia a los casos de incapacidad permanente. *Revista Código Civil y Comercial* n° 1, 23-34.
- Sola, V. (2019). La ineludible tutela preventiva en materia de discapacidad. Nota a fallo. *Revista Derecho y Salud* n° 3, 172-187.
- Tanzi, S. Y., & Papillú, J. M. (2016). La incapacidad sobreviniente en el Código Civil y Comercial. *Revista Código Civil y Comercial* n° 10, 81-94.

La protección del derecho a la salud frente al régimen concursal: ¿debe flexibilizarse la paridad de los acreedores frente al vulnerable?

The right to health against the bankruptcy regime: should the equality of bankruptcy creditors be flexible regarding the individual right to health?

María Candelaria Flesia¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)28](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)28)

Comentario a

I.J.I. C/ M.D.S.D.A.F.B.C. - MEDIDA AUTOSATISFACTIVA
(Auto N° 153 del 18 de abril de 2022)

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Concursos y Familia
Secretaría Primera - La Carlota

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

RESUMEN:

El presente artículo abordará el análisis de un Auto dictado por un Juzgado de Primera Instancia de competencia múltiple del interior de Córdoba, que desestimó la procedencia de una medida autosatisfactiva. El examen del resolutivo permite revisar los estrictos presupuestos de procedencia de la medida innominada receptada en el art. 484 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, así como las distintas posturas jurisprudenciales de la CSJN en torno a ella. Asimismo, se analizará la inclinación adoptada por el Tribunal ante la confrontación normativa del Régimen de Concursos y Quiebras (Ley 24.522) y los Tratados de Derechos Humanos y protección de las Personas con Discapacidad.

ABSTRACT

The present article will address the analysis of an order by a trial court of multiple power from Córdoba province who rejected the origin of a self-help measure. The analysis of the order allows the revision of the strict requirements of the unnamed measure's origin in the article

¹ Abogada (UNC). Meritoria por concurso en funciones de Asistente de Magistrada en el Juzgado Civil y Comercial de Vigésima Cuarta nominación de la Provincia de Córdoba.
Mail: candelariaflesia@gmail.com Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8953-9524>

484 from the Civil and Commercial Code Law of Córdoba as well as the judge-made stances of the Supreme Court of Argentina toward the measure. In addition, it will be analyzed the stance adopted by the court pertaining to the confrontation between the Bankruptcy Law (N° 24,522) and the Treaties of Human Rights and Disability protection.

PALABRAS CLAVE: Medidas Autosatisfactivas; Derecho a la salud; Discapacidad; Igualdad de Acreedores; Régimen Concursal.

KEY WORDS: Self-help measures; Right to health; Disability; Equality of creditors; Bankruptcy laws.

I. Introducción

El Juzgado de Primera Instancia de Competencia Múltiple, Secretaría Primera, de la Ciudad de La Carlota Provincia de Córdoba; resolvió mediante Auto N° 153 de fecha 18/04/2022, el rechazo a la medida autosatisfactiva solicitada con carácter urgente por el Sr. J. I. I. a fin de que se le libraré la suma mensual de \$200.000 a descontar de un crédito total de \$2.0505.510,18 depositado a plazo fijo en la mutual concursada M.D.S F.B.C. Todo ello a fin de asegurar las futuras erogaciones médicas de su hijo J.I.I. de 28 años, persona hiper vulnerable por su condición de discapacidad.

II. Nociones preliminares

Dada la variedad de medidas cautelares en cuanto a sus objetivos y circunstancias, así como a los constantes aportes de la doctrina y jurisprudencia - que tienden a modificar sus límites- no es sencillo encontrar un concepto que las abarque en su totalidad. No obstante, existe suficiente consenso en orden a que tienen como objeto asegurar, o en algunos casos excepcionales anticipar provisoriamente, la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en el caso concreto.

En efecto, el proceso como conjunto concatenado de actos procesales que se desarrollan en forma escalonada y estructurados en el principio de preclusión de cada etapa; conlleva necesariamente el transcurso de un lapso temporal considerable entre su inicio y final. Es allí donde radica el fundamento de las medidas cautelares que se contraponen al “peligro en la demora,” frente al riesgo de perder su virtualidad o eficacia debido, por ejemplo, a que el presunto deudor se despoje de todos sus bienes frustrando la efectividad de una futura condena o se reconozca el derecho una vez que ya se ha consumado un daño irreparable a la persona o sus bienes.

Como lo sostiene el Dr. Díaz Villasuso (2021;26) existe por tanto, un interés público en que la función jurisdiccional se desarrolle eficazmente a fin de prevenir perjuicios al justiciable, de manera que si el estado prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede desentenderse de las consecuencias de la mora que conlleva la instrucción del proceso y debe, por tanto, proveer las medidas necesarias para prevenirlas. En este sentido, y a fin de asegurar la eficacia del proceso y de la función jurisdiccional, se han detectado distintos mecanismos tendientes a superar las dilaciones del proceso común, con eje en el adelanto de la tutela jurisdiccional para casos excepcionales.

Es aquí donde encuadramos a la medida autosatisfactiva, como aquel proceso rápido y urgente, no cautelar, que en forma inmediata reconozca - provisoria o definitivamente - el derecho material requerido. Ello se justifica en la necesidad apremiante de satisfacer el requerimiento del peticionante, bajo pena de que resulte gravemente perjudicado en sus afecciones, calidad de vida o patrimonio.

La Medida Autosatisfactiva: como fuera introducido, la medida autosatisfactiva constituye una respuesta doctrinaria y jurisprudencial a ciertas situaciones excepcionales merecedoras de una tutela jurisdiccional urgente, que no encuadran propiamente dentro del esquema legal de las medidas precautorias, pero que han sido asimiladas a ellas como un tipo de medida cautelar genérica, a falta de regulación legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito de la legislación procesal, su recepción se entiende a partir del art. 484 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba (en adelante, CPCC) que reza:

"Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia"

Es decir, nos encontramos frente a una medida de aquellas que el código de rito ha encuadrado dentro de las "medidas cautelares no enumeradas."

Se ha señalado desde la doctrina² que la medida autosatisfactiva o "tutela satisfactiva autónoma" consiste en un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota -de allí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.

De este modo, quedan en evidencia los caracteres de este instituto: por un lado, no se trata de una propia medida cautelar - que se caracteriza por ser instrumental y accesoria a un proceso principal- sino de un proceso autónomo que se agota con su despacho. Dicho de otro modo, con su dictado se complace definitivamente el requerimiento peticionado, sin ser necesaria la iniciación de una ulterior acción principal.

De otro costado, queda claro que no está pensado para ser un proceso común, ni para ventilar cualquier tipo de pretensión. Al contrario, solo puede ser utilizada para solucionar situaciones que exigen y denotan una mayor premura, siempre que el *thema decidendum* permita un debate comprimido y una prueba simplificada.

Se advierte entonces su carácter excepcional. Esto implica por un lado, que solo puede utilizarse cuando situaciones muy particulares de extrema necesidad - verificadas en la causa - permitan recurrir a esta modalidad procesal no regulada legislativamente, y por otro, su naturaleza subsidiaria, ya que solo es procedente su admisión cuando no existe otra vía o procedimiento más idóneo.

2 PEYRANO J. W. *Lecciones de procedimiento civil*. Zeus. Pág. 254.

En la actualidad, prevalece la idea de que el despacho favorable de una autosatisfactiva puede o no (dependiendo del grado de urgencia del que se trate) ser objeto de previa sustanciación mediante un traslado o la fijación de una audiencia (como se verá en el caso cfr. art. 58 del CPCC), lo que viene a poner de resalto la bilateralidad del procedimiento de la autosatisfactiva y que ella genera un verdadero proceso urgente, es decir, que las cuestiones planteadas no deben reclamar un debate complejo, ni dar lugar las declaraciones judiciales de derechos conexos o a fines, cuyo análisis debe discurrir por otras vías más aptas.

Presupuestos: los presupuestos de procedencia de esta medida se sintetizan en los siguientes:

- a. Urgencia en la obtención de la medida; en grado tal que de no ser adoptada de inmediato causare al peticionante la frustración del derecho y un daño irreparable.
- b. Ofrecimiento de prueba que brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos, siempre que no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria
- c. Otorgamiento de contracautela si la medida importare un desplazamiento de derechos patrimoniales.

De esta manera, solo cuando se encuentren reunidos estos requisitos en forma conjunta y simultánea, el juez podrá abordar la posible admisibilidad de una decisión judicial autosatisfactiva, admitiendo de este modo un remedio que no encuentra regulación legal en nuestro sistema procesal.

Entonces, ¿Cómo deben proceder el Interesado y el Juez?

Conforme a los parámetros referidos, quien pretenda valerse de una medida autosatisfactiva deberá explicar clara y detalladamente los aspectos fácticos que ameritan la procedencia de la vía elegida, así como ofrecer prueba suficiente que sustente la urgencia.

En lo que respecta al magistrado, dado que lo que se pretende no es el resguardo de un derecho sino su reconocimiento de manera anticipada, su otorgamiento debe ser evaluado de manera restrictiva. Ello obliga a realizar un extremado y cuidadoso análisis, pues se trata de averiguar si los procedimientos regulares resultan idóneos, suficientes, aptos o eficaces para atender el problema planteado.

III. Análisis del caso

Con fecha 02/03/2022 el Sr. J.I.I solicitó que se ordenen las medidas cautelares doctrinariamente denominadas “Medidas Autosatisfactivas”, en contra de M.d.S.d.A.F.B.C (hoy concursada) a fin de asegurar las futuras erogaciones médicas de su hijo J.I.I de 28 años de edad, persona hiper vulnerable por su condición de discapacidad, diagnosticado de Esquizofrenia - Retraso Mental leve y Trastorno de Ansiedad Generalizado, Trastornos Obsesivos Compulsivos, Trastornos Psíquicos Breves Recurrentes y Trastornos por Consumo de Alcohol” conforme el certificado de discapacidad acompañado. Expresó que las prestaciones necesarias para atender mensualmente los padecimientos de su hijo, eran

afrontadas con sus únicos ahorros que estaban depositados en la mutual concursada, de los cuales es titular con su esposa G.G; por lo que solicitó al Tribunal con carácter urgente el libramiento de la suma mensual de \$200.000 a descontar de los ahorros depositados en la mutual cuyo crédito totaliza la suma de \$2.505.510,18, depositados a plazo fijo llamados "Ahorro Mutual a Término"; todo ello conforme los certificados intransferibles detallados y acompañados a la causa.

En los apartados subsiguientes, analizaremos los fundamentos esgrimidos por cada una de las partes en sustento de sus respectivas posturas.

1. Fundamentos esgrimidos por el requirente: los argumentos del requirente en sustento de su pretensión se atuvieron a remarcar:

1.1 La emergencia económica familiar: Alegaron que no poseían otros ingresos de suficiencia que no fueran los del plazo fijo, cuyos intereses mensuales eran utilizados para cubrir sus gastos ordinarios, principalmente los de salud de su hijo para medicamentos, terapias, e internaciones; subsistiendo el capital, lo que les daba tranquilidad económica.

Destacaron que ante el concurso de la mutual, no solo se los privó de los intereses, sino que tenían incertidumbre respecto a la posibilidad de recuperar al menos el capital; y menos aún la tranquilidad de tener un dinero para que su hijo pudiera ser autónomo económicamente cuando él y su esposa no pudieran seguir trabajando.

Si bien tanto el requirente como su esposa se encontraban activos laboralmente, él trabajaba en el campo y ella era docente, pero sus ingresos no les alcanzaban para hacer frente a todos los gastos de salud de su hijo, ya que el costo de las terapias e internaciones eran altísimas, y al suspenderse el cobro de los intereses, les resultaba insostenible abonarlos con sus ingresos laborales mensuales, sin ser opción suspender las terapias de J.I.

1.2 Peligro en la demora: Apuntaron que si bien la demandada ya había iniciado el proceso concursal, al ser un mero acreedor quirografario, existía un perjuicio inminente e irreparable de someterse a un concurso, ya que el peligro en la demora acarrearía la imposibilidad material, temporal y económica de poder solventar los gastos médicos ordinarios si no se le hiciera lugar a la medida. Es por esto que, previo a verificar su crédito y someterse al proceso concursal, instaron la medida tendiente a obtener en forma anticipada y mensual la suma de \$200.000 a su favor, a los fines de cubrir los gastos médicos, de su hijo discapacitado.

1.3 Urgencia imperiosa: recalcaron que a raíz del conflicto con la Mutual, el derecho a la salud y a una vida digna de J.I se ha visto claramente afectado, llegando al punto de interrumpirse, lo que le ocasionaría perjuicios irreparables, por lo que solicitaron la admisión de la medida requerida con la urgencia que el caso ameritaba, a fin de salvaguardar los derechos a la salud de su hijo con discapacidad, derecho que es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional, y por lo tanto, recae sobre el estado el deber imposterizable de garantizarlo.

2. Postura de la Sindicatura: El Tribunal imprimió trámite de Ley con fecha 07/03/2022 y ordenó la bilateralización del proceso, por lo que con fecha 25/03/2022 comparecie-

ron los Síndicos designados en los autos conexos “M.S.d.A.F.B.C - Pequeño Concurso Preventivo” y expusieron un cuidadoso análisis sujeto al estado procesal del concurso preventivo, de modo coherente con su función central de velar por el interés de la masa de acreedores, sin desconocer la especial vulnerabilidad imperante en el presente caso.

2.1 Estado procesal del concurso preventivo: Resaltaron que si bien se solicitaba con carácter urgente una medida autosatisfactiva con sustento en el derecho a la salud y prestaciones médicas urgentes, no podían pasar por alto su requerimiento en el marco de un proceso concursal, y por ende, las consecuencias previstas legalmente de la presentación concursal de la Mutual, tales como la imposibilidad de cancelar las deudas anteriores al concurso, la suspensión del curso de los intereses y la posibilidad de que aquellos que se consideren con derechos concurren a solicitar la verificación de su crédito. Aun así, el proceso concursal siquiera había culminado la etapa de verificación de créditos, lo que implicaba que aún no existieran acreedores reconocidos definitivamente en el pasivo concursal, por lo que no existía pasivo alguno que respaldara el crédito del requirente.

Frente a esta circunstancia, destacaron que no podía perderse de vista que se verificaba una situación excepcionalísima y que debía ser considerada como tal para no afectar la *pars conditio creditorum*, ya que la mayoría de los acreedores denunciados por la concursada revestían la condición de pequeños ahorristas.

Asimismo, relevaron que hasta la fecha no se había podido emitir informe sobre la disponibilidad de fondos de la concursada, cuestión que podría haber auxiliado al Tribunal a determinar la resolución del requerimiento en base a los fondos existentes con los que pudiera hacerse frente a la medida.

2.2 ¿Verosimilitud del derecho? en cuanto a la procedencia de la medida, cuestionaron la escasa entidad probatoria en sustento de la verosimilitud del derecho invocada por el requirente, en torno a demostrar la inexistencia de medios alternativos para asumir el pago de las prestaciones médicas, así como la imposibilidad de obtener recursos por otros medios.

En suma, concluyeron que todo ello les impedía aconsejar sobre la procedencia o no del pedido, sin perjuicio de que su opinión no resultase vinculante para el Juez.

3. Resolutivo del Tribunal: tras analizar y valorar los argumentos de hecho y derechos esgrimidos por la parte solicitante, así como los elementos probatorios arrojados, el Tribunal determinó que no correspondía hacer lugar a las medidas solicitadas. Las razones:

3.1 El concurso preventivo y el resguardo a la paridad de los acreedores: La situación preliminar en la que se encontraba el concurso, donde los acreedores podían presentar los pedidos de verificación de créditos hasta el 09/05/22 y donde la sindicatura tenía plazo para presentar los informes individuales de los créditos hasta el día 24/06/22, derivó en que no se contara a la hora de resolver, con un pronunciamiento sobre el crédito invocado por el Sr. J.I.I. como tampoco con elementos que permitieran conocer cuántas personas más se encontraban en la misma condición que los requirentes, no solamente en carácter de acreedores, sino también en condiciones de vulnerabilidad, ya que al seguir los lineamientos imperantes en el proceso

concursal, a juicio del tribunal, se debían conjugar todos los intereses en juego para asegurar el tratamiento igualitario que la *pars conditio creditorum* exige como principio imperante del proceso concursal, cuestiones que resultaban incognoscibles tanto no se dictase la sentencia de verificación de créditos.

De esta manera, acceder a lo solicitado podía afectar el régimen legal de privilegios, entendidos como la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Estos no pueden surgir de un acuerdo de partes, sino que tienen que tener su origen en la Ley. Así los dispone el art. 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que:

“Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece.”

De allí su estricto carácter legal e interpretación restrictiva, al menos para no ampliar su margen a situaciones no previstas legalmente todo ello en razón de que el privilegio configura una excepción al principio de paridad de los acreedores frente al patrimonio del deudor común.

3.2 Requisitos de procedencia de la medida autosatisfactiva: Como fue explicitado en el primer apartado del presente, el despacho de una medida autosatisfactiva reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y no la mera verosimilitud que la distingue de una cautelar. Es decir, requiere un grado más alto de certeza que la mera verosimilitud del derecho invocado; esto es, una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible. Respecto de ello, señalaron que si bien - conforme las constancias acompañadas- no caben dudas de que el Sr. J.I.I demanda a sus progenitores gastos mensuales ordinarios para su atención médica; y sin desconocer que tales aspectos resultaban indicios contundentes de vulnerabilidad a considerar, no fue posible conocer acabadamente la situación patrimonial del Sr. J.I.I y de sus progenitores J.I.I y G.M en cuanto a si tenían o no otros bienes o ingresos a más de los explicitados en su pretensión, que le permitieran afrontar los gastos mensuales que derivan de su estado de salud actual.

IV. Bloque constitucional. Derechos en pugna.

a. Derecho a la igualdad y la *pars conditio creditorum*.

La sentencia comentada plantea un interesante conflicto de derechos a analizar desde la óptica del Derecho Constitucional, los Derechos Humanos y el Marco Convencional protectorio de la Salud y de las Personas con Discapacidad.

En el caso se discute una situación de especial vulnerabilidad que exige analizar si se justifica dejar de lado principios de arraigada recepción constitucional, como lo es la *pars conditio creditorum* en el marco del proceso concursal; ya que ello pone en crisis la igualdad ante la ley, como principio fundamental del Estado Constitucional de Derecho.

La igualdad ante la ley se encuentra reconocida como pilar fundamental de nuestra constitución en sus artículos 16, 37 y 75 incs. 2, 19, 22 y 23 y también en los pactos internacionales que gozan de igual jerarquía (cfr. Art. 75 inc. 22). Así, el Artículo 16 reza: “La Nación

Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley(...) y al mismo tiempo el artículo 75 inc. 23 establece que el congreso debe “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. (...)”

También el derecho público provincial reconoce como prisma fundamental a la igualdad en la Constitución de la Provincia de Córdoba (arts. 7 y 19 inc. 3) consagrando que “Todas las personas en la Provincia son libres e iguales ante la ley y no se admiten discriminaciones. La convivencia social se funda en la solidaridad e igualdad de oportunidades”.

En el plano convencional de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Arts. 2 y 7) proclama en su preámbulo que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”³ y en su Artículo 7 que todos los seres humanos son “iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Así como en la convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24) que pregona “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. y demás pactos con jerarquía constitucional que protegen la igualdad en idéntico sentido como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12).

Sin embargo, la igualdad ante la ley no debe ser interpretada como una igualdad meramente formal, sino como igualdad real entendida como igualdad de los “iguales en igualdad de condiciones.” Así lo predica la doctrina de la CSJN: “La garantía constitucional de la igualdad sólo comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones y las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos son valederas en tanto no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación aunque su fundamento sea opinable”⁴, Entonces, igualdad ante la ley es tratar como iguales a las personas que se encuentren en idénticas circunstancias, o a contrario sensu “la igualdad ante la ley (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros”⁵ “de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos.”⁶

Esto quiere decir que las leyes deben tratar desigualmente a las situaciones que en la

3 Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General, ONU, París, 1948, Preámbulo, primer párrafo.

4 CSJN, Ferraris, Sergio Arturo, 1981, Fallos, 303:1580

5 Fallos 153:67

6 Fallos: 16:118; 123:106;124:122

realidad se presentan como desiguales y por ende los jueces al realizar control de constitucionalidad en el caso concreto pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas que no respeten este principio; de lo contrario, se violaría la igualdad ante la ley si se contemplara en forma idéntica casos que entre sí son diferentes.⁷

En consonancia, el derecho concursal es un derecho de crisis donde surgen para el concursado y la sociedad una serie de efectos legalmente establecidos como la imposibilidad de cancelar las deudas anteriores al concurso, la suspensión del curso de los intereses y la posibilidad de que aquellos que se consideren con derechos concurren a solicitar la verificación de su crédito. Esto es así, para alcanzar una armonización de intereses contrapuestos a la luz del conflicto y conciliar la protección del crédito con el principio de continuidad de la empresa en resguardo de la fuente de empleos que de ella dependen.

Del art. 32 de la ley 24.522 (En adelante, LCQ) surge la carga procesal de presentarse a verificar el crédito. Esto implica expresar y probar la causa del crédito en el marco de un proceso que tiene por norte respetar la igualdad o paridad de tratamiento de los créditos existentes bajo el principio rector de *la pars conditio creditorum*, que se traduce en el tratamiento igualitario de los acreedores en condiciones de igualdad; y de otro costado, el sistema de privilegios consagrado taxativamente, como única vía excepcional de escape. Ello encuentra su lógica en torno a que, en la práctica, sería imposible atender a todos los intereses en pugna incipientes en un contexto de crisis devenido de la cesación de pagos.

Es en este contexto dónde se torna operativa la carga procesal de los acreedores de presentarse a verificar su crédito, en orden a respetar la paridad de tratamiento de los créditos existentes y verificados en el marco de un proceso, y de allí conciliar los intereses en juego. Sin embargo, tal como sostuve al abordar las implicancias del derecho a la igualdad, este tratamiento igualitario no implica que todos los acreedores sean iguales, sino que, como lo precisa Rouillón (2013;135) deberán ser tratados en condiciones de igualdad aquellos acreedores que se encuentren dentro del mismo rango quirografario o privilegiado, de manera tal que compartan las pérdidas de manera proporcional; cobrando porcentajes idénticos en paridad de condiciones.

En suma, podemos apreciar que es este el principio cardinal del derecho concursal como manifestación de la igualdad ante la ley ante el estado de cesación de pagos, que protege el derecho de todos los acreedores quirografarios a cobrar en igualdad de condiciones. Frente a este, los privilegios surgen como una vía de escape legislativamente adoptada, para otorgar preferencia a ciertos acreedores en base a condiciones distintas que se verifiquen en el caso concreto, no obstante las cuales, son de interpretación restrictiva y de expresa consagración legal; taxativamente reconocidos por el legislador. De esta manera, los privilegios también resguardan el principio de igualdad real, al otorgar un tratamiento desigual a créditos originados en situaciones desiguales.

Como lúcidamente lo sintetiza la Dra. Zalazar (2022: 83) *La pars conditio creditorum* es una manifestación de la igualdad “ante” la ley, y los privilegios una manifestación de la igualdad “por” la ley, que implica clasificar o crear disparidad entre los sujetos con miras de lograr la igualdad real.

7 Fallos 327:4495

b. Derecho a la salud.

Ahora bien, en el fallo en comentario, los derechos generales de la masa de acreedores de la concursada entran en pugna con los Derechos Humanos y la Dignidad de un joven discapacitado de 28 años en especial situación de vulnerabilidad, conforme el diagnóstico referido. J.I requiere de especial asistencia médica y psiquiátrica; Su estado de vulnerabilidad es complejo, y eso ha generado que sus padres le deban prestar una atención y cuidados permanentes.

Frente a situaciones como la descripta, los órganos judiciales deben realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad de Oficio, atento a que, tal como sostiene la CSJN⁸ es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, y también los jueces "están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado"⁹.

Tal como sostiene Sagués (2020;1-3) El control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas a la Convención Americana de Derechos Humanos (o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación "armonizante" o "adaptativa" del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional que le sean opuestas.

El Derecho a la Salud está integralmente ligado a la dignidad de la persona humana, y debe ser entendido como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades"¹⁰ entendiendo que 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. Pone de manifiesto la CSJN que: "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"¹¹.

Su condición resulta amparada por un amplio marco normativo que lleva a tener presente la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, Ley que aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad N° 25.280, Ley que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad N° 26.378, como así también la Ley que consagra el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados N° 22.431 y el Acuerdo Reglamentario N°

8 Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c. Ejército Argentino daños y perjuicios. 2012. CSJN

9 "Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios" CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012. Posición mayoritaria, considerando 12.

10 Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, preámbulo

11 Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. CSJN 2006.

1550 Serie A de fecha 19/02/2019 dictado por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia. Estos obligan a reconocer que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás¹², encontrándose los estados parte de la convención obligados a tomar todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

Ahora bien, ¿Que sucede cuando se enfrenta este ordenamiento con el concursal?

V. Antecedentes Jurisprudenciales de la CSJN.

La cantidad y variedad de fallos que admiten el despacho de medidas autosatisfactivas revela, por un lado, que a pesar de las discrepancias de la doctrina, la medida tiene plena operatividad en nuestro medio y, por el otro, que el factor determinante para su rechazo obedece -sobre todo- a la falta de acreditación de los supuestos de excepción que la figura supone y a la contraposición de regímenes normativos diferenciados.

El fallo en cuestión analiza algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Nacional (en adelante, CSJN) - sin criterio unánime- en planteos de similares características, que a continuación sintetizaré a modo ilustrativo:

Caso "Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/quiebra" (26/03/2014): En este fallo dividido la Corte admitió un "privilegio" no reconocido a un trabajador respecto de una indemnización debida por accidente laboral, determinando que no correspondía aplicar en forma aislada el Régimen de privilegios de la Ley 24.522 al caso, sin previo integrarlo con las preferencias establecidas en el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT). Ello en razón de que por la especial calidad del crédito y en consonancia con los Tratados de Derechos Humanos, correspondía alterar el régimen de privilegios reconocido en la ley, a fin de armonizarlo con el convenio OIT 173¹³.

Caso "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros" (06/11/1998): con distinta conformación, el voto mayoritario de la CSJN, donde se debatía si debía, a la luz de los pactos de Derechos Humanos, reconocerse un privilegio a un crédito derivado de una indemnización por mala praxis médica que le ocasionó a la hija de los reclamantes una discapacidad irreversible desde su nacimiento, sostuvo que: "la ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general" y que "no es propio del Poder Judicial sustituir al legislador a la hora de definir en qué ámbitos debe efectivizarse una mayor protección constitucional, o decidir qué políticas públicas deben implemen-

12 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

13 https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-2/Revista-juridica-ano18-N2-06.pdf Vázquez María Guadalupe. 2020. Una perspectiva constitucional de la insolvencia. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.

tarse en materia de protección de la niñez o de la discapacidad” y “la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear”. En síntesis, la mayoría de la CSJN, sostuvo que no es posible que el Poder Judicial cree privilegios por fuera de los reconocidos en la ley, aún en casos de marcada vulnerabilidad, debiéndose atenerse estrictamente al respeto de la *pars conditio creditorum*.

Sin embargo, Maqueda -voto disidente- retomó el precedente supra referido, y destacó que “el régimen de privilegios previsto en la ley 24.522 debe ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes” y que si bien “es cierto que el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras es una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que solo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este Tribunal no puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales citados. (...) Tal resarcimiento resulta indispensable para garantizar el goce del derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social” por ende “la extrema situación de vulnerabilidad de M.B.L. y el reclamo efectuado, que tiene por objeto satisfacer sus derechos esenciales, llevan a concluir que el crédito en cuestión debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados. Ello así, con el fin de garantizar a M.B.L. -en alguna medida- el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad”. Es decir, en su disidencia el Dr. Maqueda, entiende que al contrastar la Igualdad de Acreedores a la luz del Derecho a la Salud, en situaciones concretas de extrema vulnerabilidad, es posible darle a algunos créditos el carácter de privilegiados, aun cuando no estuvieran expresamente reconocidos como tales en la ley.

Asimismo, en idéntico sentido, Rosatti agregó que “La solución propuesta no importa desconocer principios básicos que rigen la materia concursal, como el de igualdad entre los acreedores y el carácter restrictivo y legal que gobierna al régimen de privilegios, ni tampoco desentenderse de que el mayor resguardo de cobro que la referida ley otorga a ciertos créditos tiene por finalidad no solo la protección del interés individual del acreedor sino de otros intereses colectivos subyacentes, sino en reconocer tratamientos diferenciados basados en tutelas jurídicas diferenciadas, contempladas en el ordenamiento constitucional, para circunstancias fácticas extremas como la que se observa en el presente caso. No es ajeno al régimen concursal la posibilidad de adoptar un trato diferenciado entre acreedores, incluso dentro de aquellos que ostentan el mismo rango. El concepto del principio *par conditio creditorum* -pilar del derecho concursal ha ido flexibilizándose, en cuanto a su alcance y finalidad, a lo largo del tiempo, desde que se ha intentado suplantar el rigorismo de la igualdad formal por un acercamiento a la igualdad material (conf. doctrina de Fallos: 300:1087; 303:1708)”.

Siguiendo a Vázquez (2020) ¹⁴ podemos apreciar dos posturas confrontadas: una formalista y otra constructivista; la postura **formalista** considera la *pars conditio creditorum* como un principio rector de estricta observancia, consagrado en la ley por razones de

14 Vázquez María Guadalupe. 2020. Una perspectiva constitucional de la insolvencia. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.

seguridad jurídica, protección del crédito, continuidad de la empresa, igualdad ante la ley, entre otras, que debe ser respetada en todos los casos conforme la normativa sustancial y ritual concursal. Esto implica que no puedan crearse otros privilegios más allá de los reconocidos por ley, constituyendo un régimen cerrado de interpretación restrictiva; todo ello a fin de armonizar el interés particular con el general, sin corresponder al poder judicial alterar el régimen de privilegios de la ley 24.522. Es esta la postura adoptada por la mayoría de la CSJN en el segundo caso analizado y por el presente fallo en análisis.

Por su parte, la **constructivista** considera que frente algunas situaciones de extrema vulnerabilidad, es posible dejar de lado el estricto régimen de la LCQ - solicitando su inconstitucionalidad- a fin de armonizarla con los Tratados de Derechos Humanos de orden superior y permitir reconocer jurisprudencialmente en el caso concreto un crédito como privilegiado, pese a no encuadrar dentro de los privilegios establecidos por ley. Es que, ante condiciones diferentes, se debe avanzar en pos de la igualdad real, lo que amerita tratar desigualmente a algunos acreedores por fuera de la *pars conditio creditorum*, y obviar el régimen legal de privilegios. Esta es la postura adoptada por la mayoría de la CSJN en el primer caso analizado y por la disidencia de los Dres. Maqueda y Rosatti en el segundo.

VI. Conclusión final. Comentarios al razonamiento del tribunal.

Para concluir, trasladando las consideraciones conceptuales expuestas en el primer apartado, la normativa específica involucrada, ordenamientos confrontados y analizadas las diferentes posturas jurisprudenciales trasladables al caso bajo examen; entiendo acertada la decisión del Tribunal inclinada a resguardar -prima facie- la igualdad de potenciales acreedores (aún siquiera declarados admitidos o verificados) a fin de armonizar los intereses individuales y generales en pugna frente al estado de cesación de pagos de la Mutual concursada, en consonancia con lo previsto en el régimen legal falencial.

No puede perderse de vista que, en definitiva, se está decidiendo sobre la universalidad del patrimonio de la concursada y es este el efecto del fuero de atracción, que impide la prosecución de acciones que pudieran sobrepasar lo establecido por la normativa especial. Caso contrario, se obligaría a los jueces a considerar -de antemano- todas las particularidades y vulnerabilidades de cada uno de los acreedores previo a conocer efectivamente la calidad de sus créditos y contar con el dictamen del organismo especializado a tal fin -sindicatura concursal - lo que implicaría en los hechos, dejar sin efecto el régimen concursal con el incalculable daño al interés general que ello podría ocasionar. Se agrega la particularidad de que la concursada es una Mutual, y conforme lo afirmó la misma parte actora, los ahorristas (hoy acreedores) son en su mayoría jubilados, comerciantes, maestras, padres de hijos con discapacidad, Cooperadoras Escolares, Clínicas Privadas, empleados, entre otros; por lo que podría vislumbrarse una potencial vulnerabilidad de cualquiera de los mencionados.

A pesar de la especial vulnerabilidad de J.I conforme los padecimientos referidos y avalados con los certificados presentados y bloque constitucional y convencional que lo ampara, ¿Es esta la vía pertinente a fin de obtener un resguardo anticipado? ¿Es la instancia procesal oportuna?

Sin entrometerme en la entidad de la prueba rendida en el estado de acreditar una verosimilitud del derecho invocado cercana a la certeza y la urgencia ante un potencial perjuicio irreparable, advierto que quizás, fue precipitada la interposición de la medida

autosatisfactiva atento el estado embrionario del concurso preventivo conexo ya que al no contar con la delimitación de su propio crédito ni el de los demás acreedores en cuestión que, como bien recalca el requirente en su pretensión, también podrían encuadrar en una potencial situación de vulnerabilidad, comprobado lo cual, seguramente habría algún que otro acreedor merituoso de la misma consideración. Es por ello que estimo estimo prudente la decisión final del Tribunal sin perjuicio de que, conforme las posturas asumidas por la CSJN en los precedentes referidos, aún podría promoverse -más adelante- un incidente de verificación de créditos en el marco del concurso preventivo y solicitarse la inconstitucionalidad del régimen de privilegios consagrado en la Ley concursal a fin de habilitar un tratamiento diferenciado con sustento en los precedentes referidos y todo el bloque convencional imperante; a fin de no obstruir la etapa esencial del concurso preventivo, que es la verificación de los créditos en resguardo de la *pars conditio creditorum*, principio estructural del proceso concursal.

Referencias bibliográficas

- DIAZ VILLASUSO, M. (2021) *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*. Advocatus.
- PEYRANO, J. W. (2002) *Lecciones de procedimiento civil*. Zeus.
- PEYRANO, J.W. (1998) *Régimen de las medidas autosatisfactivas*. La Ley.
- ROUILLÓN, A.A. (2013) *Régimen de Concursos y Quiebras - Ley 24522*. Astrea.
- SAGUES, N. P (2010) Dificultades operativas del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano. La Ley.
- VASQUEZ, M.G (2020) *una perspectiva constitucional de la insolvencia*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.
- ZALAZAR, C.E. (2022) *Los Privilegios y su impacto en las Ejecuciones Individuales*. Alveroni.

Medida autosatisfactiva: una vía judicial de protección de la salud

Precautionary urgent measure: a judicial path to health protection

Gianna Donatella Vulcano¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)29](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)29)

Comentario a

T., A. M. y Otro – Solicita Homologación – Ley 10.305 – Juzgado de Familia de 2^{da} Nominación. Auto N° 328 del 12/05/2022

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

Acceso al fallo

RESUMEN:

Se analizará la causa "T., A. M. y Otro – Solicita Homologación – Ley 10.305", en la cual el día 12/05/2022, el Juzgado de Familia de Segunda Nominación, hizo lugar a una medida autosatisfactiva, y ordenó a la obra social que, de manera urgente, proceda a afiliar y brindar cobertura al menor gravemente enfermo, a cargo y bajo el exclusivo costo de su progenitor.

ABSTRACT

The case "T., A. M. and Other - Request Homologation - Law 10,305" will be analyzed, in which on 05/12/2022, the Second Nomination Family Court, granted a self-satisfactory measure, and ordered the work social, that urgently proceed to enroll and provide coverage to the seriously ill minor, in charge and at the exclusive cost of his parent.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; Persona menor con discapacidad; Medida autosatisfactiva; Tutela judicial efectiva; Vulnerabilidad.

KEY WORDS: Right to health; Minor person with a disability; self-satisfactory measure; Effective judicial protection; vulnerability.

I. Introducción

El presente artículo versará sobre el análisis de una resolución dictada en el marco de

¹ Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Meritoria del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba por concurso, en funciones de Asistente de Magistrada en el Juzgado Civil y Comercial de Vigésima Cuarta Nominación de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: donavulcano@gmail.com. Nro. De ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0864-1194>

un proceso de homologación de un acuerdo familiar, en el que se decidió hacer lugar a la medida autosatisfactiva requerida por la Sra. A. M. T., en beneficio de su hijo, M.L.B.T., quien padece de cáncer Sarcoma de Ewing. Por medio de ella, se ordenó a la Obra Social de Ministros, Secretarios y Subsecretarios (OSMISS), que de manera urgente proceda a afiliar y brindar cobertura al menor, a cargo y bajo el exclusivo costo de su progenitor, C.A.B., quien demostró falta de colaboración en la atención y cuidado de su hijo.

La decisión tuvo como eje primordial la naturaleza de los derechos que se encuentran comprometidos, en este caso, la salud y asistencia médica adecuada de M.L.B.T., derechos que gozan de protección constitucional y convencional, los que a su vez adquieren una mayor dimensión, ya que titularidad es ejercida por y para una persona que se encuentra en un estado de vulnerabilidad trascendental, ya que se trata de un niño menor de edad que atraviesa una enfermedad, cuyo tratamiento no puede admitir interrupciones ni obstáculos.

Por medio del presente, se buscará reflexionar sobre la figura de la Medida Autosatisfactiva, utilizada en este caso en particular como un medio de defensa del derecho de la salud, derecho que ocupa un lugar central en la vida de todo ser humano, y que es una manifestación directa del derecho a la vida. No puede concebirse vida humana sin un cierto grado de salud.

II. Síntesis de la causa

El juez Gabriel Eugenio Tavip del Juzgado de Familia de 2da. Nominación de la Provincia de Córdoba, mediante Auto N° 328 de fecha 12/05/2022, dictado en el marco de un proceso de homologación de un acuerdo de parentalidad, hizo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada por A. M. T., en beneficio de su hijo M.L.

La requirente, A.M.T., solicitó que se oficie a la Obra Social de Ministros, Secretarios y Subsecretarios (OSMISS), para que de manera urgente proceda a afiliar y brindar cobertura al niño M.L.B.T., a cargo y bajo el exclusivo costo de su progenitor, el Sr. C.A.B. Fundamentó su pedido en atención al delicado estado de salud de su hijo, quien fue diagnosticado con cáncer Sarcoma de Ewing, y en base a su falta de posibilidad de costear los diversos medicamentos y tratamientos que debe recibir, ya que no posee trabajo y dedica su vida al cuidado de su hijo.

El sentenciante indicó que, de acuerdo con las constancias de la causa, se acreditó el empleo registrado del progenitor en la empresa C. S.A., y que de sus recibos de haberes surge el descuento por obra social. Además, comprobó el grave estado de salud del niño y la escasa capacidad contributiva de la progenitora.

El aquel contexto, determinó que las necesidades de M.L. son impostergables y urgentes, por lo que deben ser atendidas de manera inmediata, para lograr la efectivización del derecho a la salud y evitar los daños irreparables que se podrían ocasionar de no conceder la medida requerida. Para arribar a esta solución, tuvo en especial consideración el interés superior del niño, destinatario de la medida, que goza de protección constitucional y convencional.

III. Derechos involucrados: El derecho a la salud

En el caso bajo análisis, el sentenciante manifestó que conceder la medida requerida, era la solución que mejor contemplaba el interés y bienestar del menor, y que garantizaba su derecho a la salud, el que se encuentra constitucional y legalmente resguardado. Por ello,

en el caso en cuestión, el principal valor en juego es el derecho a la salud del niño M.L. La definición más precisa y difundida de la salud, es la debida a la Organización Mundial de la Salud, que define a la salud humana como aquel "estado completo de bienestar físico, mental y excepcional y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades", por lo que de ello se sigue, que no se agota en el derecho a "ser curado", sino también involucra el no perder esa salud por factores de menor nivel de protección jurídica (Carranza Torres, 2013: 23).

La salud es un estado compuesto por una serie de factores que le permite a las personas desarrollar sus potencialidades de manera corriente y normal. Se trata de una cuestión vital para todos los seres humanos, y también para la sociedad, desde que sin ella el individuo no puede acceder a la vida y la comunidad a su participación (Vallespinos, 2022: 275).

El derecho a la salud, no puede juzgarse sino en absoluta comunidad y como necesaria antesala del derecho mismo a la vida, garantizado por la Constitución y por diversos tratados (con validez reconocida por el art. 75, inc. 22), como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos, en art. 3º: "Todo individuo tiene derecho a la vida...", y en su art. 25,1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure... la salud y el bienestar y en especial... la asistencia médica..."; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12,1. "...derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. I. "Todo ser humano tiene derecho a la vida..."; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 4º.1. "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..."; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: en su art. 5º.2. "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales..."; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 6º.1. "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...".

En el orden provincial también hay normas expresas sobre el particular, así, la Constitución Provincial dice en su art. 19 que "Todas las personas en la provincia gozan de los derechos y garantías siguientes... inc. 1. "A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal" y en el título II, que se dedica a: "Las políticas especiales del Estado", el art. 59 determina que "La salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social. El gobierno de la provincia garantiza el derecho mediante acciones y prestaciones... Establece, regula y fiscaliza el sistema de salud... El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud... Asegura el acceso en todo el territorio provincial, al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos."

Se presenta como un derecho fundamental de primera magnitud, derivado de la vida, y se proyecta hacia la libertad y dignidad, ya que no hay salud sin vida y no hay vida sin dignidad. Para acceder a una calidad de vida digna y para disfrutarla hace falta que cada persona haga su contribución y que disponga de cuanto es imprescindible para la atención de la salud (Bidart Campos, 2001).

Hoy en día, es indiscutible el reconocimiento legal, constitucional y convencional que goza el derecho a la salud, derecho humano fundamental, sin el cual los restantes dere-

chos no tendrían existencia posible.

La salud constituye un bien jurídico que debe ser reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico como una especie de derecho fundamental de primera magnitud.

Ahora bien, tal reconocimiento, aun cuando sea de rango constitucional, no deja de ser una mera declaración teórica si no existieran los resguardos necesarios para asegurar su vigencia real. Se requiere, dentro del ámbito de actuación de cada poder del Estado, de la adopción de medidas positivas a los fines de dar plena efectividad al derecho a la salud. En específico, el Acceso a la Justicia es una manda de raigambre constitucional que, en materia de salud, requiere de pronunciamientos en los que se arriben soluciones que se acomoden a las necesidades de urgencia y efectividad que requiere el Derecho a la Salud. Para ello, se debe encauzar los trámites, por vías expeditivas y que se adapten a los tiempos de la salud que, en definitiva, no admite contratiempos.

IV. La tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva está ligada a la tempestividad en la respuesta jurisdiccional y la protección ante situaciones de urgencia que requieran tutelas especiales, como es el caso. Una justicia administrada con retardo, ve comprometida su eficacia y su credibilidad y en consecuencia, su propia justificación constitucional (Kemelmajer, 2017).

Las medidas autosatisfactivas, como se desarrollará más abajo, se refieren a casos excepcionales donde resulta necesario obtener, de manera rápida, la satisfacción de una pretensión, ya que la urgencia es tal, que no es posible esperar la tramitación de ningún proceso y se requiere efectividad inmediata.

En materia de salud, aquellas son una expresión particular de la garantía constitucional a una tutela judicial efectiva, la que no se agota con la facilitación del acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que garantiza a las partes la prosecución del reclamo ante un tribunal de justicia imparcial que, respetando el derecho de defensa, prosigue y dirige un procedimiento eficaz que pone fin a la controversia dentro de un plazo razonable y de manera justa (Gutiérrez y Iovanna, 2023: 196).

El derecho a la jurisdicción implica la posibilidad de acceso al tribunal judicial y de ejercer la acción a fin de obtener la tutela oportuna y eficaz de un derecho de raigambre constitucional. Dicho derecho, reviste jerarquía constitucional y reconocimiento en el contexto de los tratados y convenciones de derechos humanos, y las medidas autosatisfactivas han sido reconocidas, desde la doctrina y la jurisprudencia, como la herramienta adecuada que viabiliza el derecho a la jurisdicción.

V. La medida autosatisfactiva en materia de salud

Las medidas autosatisfactivas son aquellas medidas de carácter urgente y que se agotan con su despacho, sin ser accesorias ni sirvientes de un proceso principal. Sirven para remover vías de hecho que no admiten demoras y que tornan innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada.

Se las distingue de las medidas cautelares, inclusive las innovativas, ya que éstas padecen de la debilidad de quedar supeditadas a un juicio principal, el que es una demasía innecesaria; y se las distingue de las medidas anticipatorias, que adolecen de la demasía de un proceso principal que se vuelve prescindible en el campo de la urgencia intrínseca

(Eguren, 2014). Las medidas autosatisfactivas no son instrumentales o accesorias de un proceso principal, sino que se trata de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional que se agota con su despacho favorable; y no son provisionales, sino definitivas, ya que con ellas se obtiene un resultado pleno, no provisional.

La medida autosatisfactiva ha sido caracterizada como una solución urgente, no cautelar, que procura dar respuesta a una situación de hecho, que no requiere amplitud de debate y prueba compleja, que reclama para su despacho un mayor grado de verosimilitud que la tutela anticipada de urgencia y que provoca el dictado de una decisión con autoridad de cosa juzgada (Peyrano, 2012).

Hoy en día no se discute que estas medidas sirven para situaciones excepcionales, donde el Derecho es evidente, la tutela no admite demora y la respuesta jurisdiccional agota el asunto y satisface la pretensión. Una de estas situaciones especiales se da en el caso de resguardo de derechos fundamentales del ser humano, como lo es su salud y bienestar. Quizás no existe otro campo jurídico de mayor aplicabilidad del concepto de la acción autosatisfactiva que en el campo del derecho de la salud.

Ello no quiere decir que la tutela satisfactiva es un sustituto de los restantes procesos, sino que se construye a partir de un espacio propio, para casos en que existen pruebas atendibles que demuestren la evidencia o alta probabilidad del derecho, encaja con una respuesta jurisdiccional inmediata y eficaz. En estos casos, “cuando la simpleza de las cuestiones debatidas o la consumación de lo pretendido hacen considerar improbable la existencia a favor del demandado de serias razones para controvertir, se justifica, se necesita y hasta se impone la tramitación de un procedimiento mínimo, acotado y renegatorio de la vía ordinaria o de la de amparo” (Peyrano y Eguren, 2007).

1. Requisitos de procedencia de las medidas autosatisfactivas

Los requisitos para la procedencia de estas medidas, son:

- a) Urgencia en la obtención de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato causare al peticionante la frustración del derecho y un daño irreparable.
- b) Ofrecimiento de prueba que brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos, siempre que no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria. El contexto de la situación, por su simplicidad o carácter manifiesto, determina la innecesaridad de la tramitación de un proceso de conocimiento ordinario.
- c) Otorgamiento de contracautela, si la medida importare un desplazamiento de derechos patrimoniales (Díaz Villasuso, 2021) que no se exige de manera irreductible, sino que será dispuesta discrecionalmente por el juez, mediante una ponderación de los restantes recaudos.

La figura no encuentra óbices en su actuación respecto de la materia de la salud. Más aun, frente a la entidad del derecho a la salud, como una proyección del derecho a la vida, y a que, de ordinario, su negación muchas veces importa consecuencias perjudiciales en el individuo difíciles de reparar a posteriori. Todo ello, hace de esta acción una opción posible en cuanto a las posibilidades de resguardo del derecho (Carranza Torres, 2013: 24).²

2 Carranza Torres Luis. 2013. Protección Jurídica de la Salud. Ed. Alveroni, Córdoba

VI. Consideraciones respecto al caso T., A. M. y Otro. Acreditación de los recaudos para la procedencia de la medida.

El caso bajo análisis presenta determinadas singularidades que hacen que la solución adoptada por el Tribunal, sea la más adecuada para el caso concreto.

En este sentido, y tal como lo advirtió el sentenciante en su resolución, la medida requerida se dictó en beneficio del destinatario, que es un niño enfermo. Tales circunstancias denotan la necesidad, de parte de los operadores del derecho, de abordar la situación de modo particular y garantizando un sistema de protección y resguardo especial.

A lo expuesto, se aplican los lineamientos de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, que amparan y custodian especialmente a personas de alta vulnerabilidad. A través de ellas, surgen una serie de recomendaciones, incorporadas a través de la Acordada N° 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia Nacional, que resultan reglas interpretativas que encierran valores que el juez debe tener especialmente en cuenta en procesos en donde intervenga alguna persona en situación de vulnerabilidad, como resulta ser M.L. en el presente caso.

Según lo expuesto en su Regla N° 3, se considera persona en condición de vulnerabilidad aquellas que por razón de su edad, género, orientación sexual, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Esto sin dudas implica necesariamente una mayor sensibilización por parte del Estado y de todos los operadores jurídicos, pero sin que ello signifique una pérdida de certeza respecto del debido proceso.

El niño M.L., forma parte de un grupo “especialmente vulnerable”, ya que a su enfermedad, se le suma que es un niño, y por tanto tiene el derecho a que se le proporcione un entorno seguro y propicio para el desarrollo de su infancia, y el derecho a disfrutar de una vida satisfactoria y decente.

Todo niño tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades. No hay que olvidar que los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como sus garantías, de conformidad a lo establecido por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061), son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. Asimismo, se consagra que el derecho a la salud debe ser de ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente, asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el Principio del Interés Superior del Niño.

Por otro lado, en el caso en particular, quedó demostrado que la progenitora de M.L. posee escasos recursos, ya que actualmente se dedica al exclusivo cuidado de su hijo, y que su progenitor no ha contribuido con el cuidado y crianza de su hijo.

En este orden de ideas, es menester afirmar que la infancia requiere un cuidado especial y de la responsabilidad familiar de ambos progenitores. Lo que prevalece, en toda

circunstancia, es el interés superior del niño, y el cuidado y educación de un hijo exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres, y la sociedad en conjunto. El principio de igualdad entre hombre y mujer que receptan varios instrumentos internacionales de derechos humanos, debe aplicarse en todas las cuestiones relacionadas con los hijos, por lo que la medida requerida es la que de acuerdo a las constancias de la causa, propende a la satisfacción de las necesidades urgentes e impostergables de M.L., ya que su madre sola no podría hacer frente a tal situación.

Por último, tal como se observa de la resolución dictada, se acreditó la concurrencia de los recaudos necesarios para el dictado de la medida autosatisfactiva. Quedó probada la posibilidad cierta que tiene el progenitor de M.L. para hacerse cargo de la prestación, ya que cuenta con empleo registrado y de sus recibos de sueldo surge el descuento realizado por la obra social. Asimismo, se acreditó el grave y delicado estado de salud por el que atraviesa el niño y la complicada situación económica de su madre, quien sólo se dedica al exclusivo cuidado de éste. Por ello, la medida dictada resulta adecuada.

Se destaca de los fundamentos brindados por el sentenciante, que someter el tratamiento de la cuestión a un procedimiento más amplio, importaría retardar en el tiempo un derecho actual y presente del niño.

Con la acreditación de los recaudos necesarios para el dictado de la medida autosatisfactiva, de ninguna manera sería admisible que se realicen otros tipos de trámites o procedimientos, con rigorismos formales que desfiguren o tornen ilusorios los derechos supraconstitucionales reconocidos a M.L. Otros procedimientos irían en contra de la necesidad y urgencia que porta el afectado en su salud, y que requiere de decisiones urgentes para evitar daños irreversibles. Lo contrario significaría otorgar primacía a las cuestiones formales en desmedro de derechos fundamentales de tutela constitucional preferente.

Conclusión

En el caso, se requiere de una solución que no dependa del inicio de una acción principal, ya que la pretensión se sostiene de manera autónoma y por el propio peso del derecho que se denuncia como vulnerado: en el caso, el derecho a la salud de un menor que padece de cáncer Sarcoma de Ewing, y que no cuenta con los medios económicos suficientes para hacer frente al tratamiento.

Quedó demostrado que, la falta de tratamiento adecuado del menor de manera oportuna y efectiva, provoca el tocamiento y vulneración de otros derechos fundamentales, como lo es su salud y su derecho a una vida digna.

Lo normado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional ratifica el derecho a la salud y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública, en cualquiera de sus esferas, de garantizarlo con acciones positivas.

En atención a la gravedad del estado de salud del menor, cuestión acreditada en el expediente, a la situación excepcionalísima y poco común como es su enfermedad y el tratamiento específico que ella requiere, la falta de capacidad contributiva de su progenitora, quien se dedica al exclusivo cuidado de su hijo, y la falta de colaboración del progenitor en su cuidado y protección, el tribunal no puede mantenerse ajeno o ciego a la urgencia

perentoria que presenta el caso del menor enfermo. Por todo ello, considero más que acertada la resolución del tribunal de hacer lugar al reclamo en cuestión, más aún cuando se trata de un niño que integra una de las esferas más vulnerables, y cuyo interés y bienestar debe ser garantizado por todos los ámbitos de la sociedad.

No debe perderse de vista que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental, que integra el derecho a la vida, y que permite el ejercicio pleno de los restantes derechos. Es necesario que se tenga en cuenta la trascendencia de los derechos comprometidos, para poder emitir soluciones que garanticen su vigencia real. Una justicia administrada con retardo, ve comprometida su eficacia y su credibilidad y, en consecuencia, su propia justificación constitucional. Por ello, la vía utilizada por el tribunal (medida autosatisfactiva), es la herramienta de protección de la salud humana más efectiva para la urgencia del caso.

Reflexión final

En casos como el presente, es necesario aplicar el Principio del Interés Superior, sobre todo cuando el amparo se refiere a derechos de menores y adolescentes. Los jueces tienen el deber de buscar soluciones que se acomoden a la urgencia de las pretensiones, para lo cual es necesario que encaucen los trámites por vías expeditivas, para evitar la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional. En el caso de niños, más aún cuando se encuentran en una situación de vulnerabilidad especial porque se encuentra comprometida su salud, se demanda del Estado, la familia y la sociedad en general, una protección especial.

Referencias Bibliográficas

- Bidart Campos, G. (2001) *Lo explícito y lo implícito en la salud como Derecho y como bien jurídico constitucional*, en *Salud, Derecho y Equidad*, dirigido por Mackinson-Farinati, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Carranza Torres, L.R. (2013). *Protección Jurídica de la Salud*. Alveroni Ediciones. Córdoba.
- Díaz Villasuso, M. (2021). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*. Tomo III. Editorial Advocatus.
- Eguren M.C. en la obra *Medidas Autosatisfactivas*, Segunda edición Ampliada y Actualizada, PEYRANO J.W. (2014). Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- Gutiérrez, S.S. y Iovanna, M.P. (2023) *Medidas cautelares, autosatisfactivas y la tutela anticipada*. En *La Tutela Judicial Efectiva y su aplicación en el Proceso Judicial*. Dirección Causse, F. y Barrera, M. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- Kemelmajer Carlucci, A. (2017). *Plazo razonable en el proceso civil*. En Peyrano, J. W., *Nuevas herramientas procesales*. Rubinzal Culzoni.
- Peyrano, J.W. y Eguren, M.C. *La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva*, disponible en Supl. J.A. del 31/10/2007, J.A. 2007- IV-1450.
- Vallespinos, C.G. (2022) *Tratado de Derecho a la Salud*. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Medida cautelar que privilegia el Derecho a la Salud

Precautionary measure that prioritizes the Right to Health

Catalina Costamagna¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)30](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)30)

Comentario a

**"P. P., I. D. – Medidas de Coerción NNA Punible" – Auto N° 38 de fecha 10/05/2022
Juzgado Penal Juvenil de 1° Nominación Secretaría 2 de la ciudad de Córdoba**

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El Juzgado Penal Juvenil de 1° Nominación Secretaría 2 de la ciudad de Córdoba resolvió, como medida cautelar dentro del proceso penal, ordenar la internación provisoria y excepcional de I. D. P. P. -adolescente al momento de los hechos- en un establecimiento de la SeNAF, cuyo régimen impida la externación por su sola voluntad, a los fines de la atención integral de su problemática de salud y adicciones, en los términos del art. 87 incs. d) y f) de la Ley N° 9944. Para así resolver, el tribunal interviniente tuvo en especial consideración el contexto familiar y barrial del joven, y también el reiterado e inmediato fracaso por abandono de todos los tratamientos ambulatorios que fueron ordenados con anterioridad.

ABSTRACT

The Juvenile Criminal Court of 1st Nomination Secretariat 2 of the city of Cordoba resolved, as a precautionary measure within the criminal proceeding, the provisional and exceptional hospitalization of I. D. P. P. -an adolescent at the time of the facts- in a SeNAF establishment, whose regime prevents the externalisation by their own will, for the purpose of the integral attention of their health and addictions problems, in terms of art. 87 inc. d) and f) of Law No. 9944. To resolve in this way, the intervening court took into special consideration the young man's family and neighbourhood context, and also the repeated and immediate failure to abandon all the outpatient treatment that had been previously ordered.

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, Posgrado en Derecho Registral (UCC) y en Derechos Reales (UNC), y Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC). Relatora de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Cuarta Nominación de la ciudad de Córdoba.

Mail: cati.costamagna@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1630-3853>.

PALABRAS CLAVE: Adolescente; adicciones; derecho a la salud; medida cautelar; internación provisoria.

KEY WORDS: Adolescent; addictions; right to health; precautionary measure; provisional hospitalization.

I. Introducción

La Fiscalía Penal Juvenil de 2º Turno le imputó al joven I. D. P. P. los delitos de robo en grado de tentativa (arts. 164, 42 y 45 del C.P.), robo calificado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2 y 45 del C.P.) y abuso sexual simple reiterado por dos hechos (arts. 119 primer párrafo y 45 del C.P.), razón por la cual con fecha 04/03/2022 se dispuso mantener su detención y, como medida protectoria urgente, se ordenó su colocación en un establecimiento idóneo a tal efecto bajo un régimen de contención efectiva.

Asimismo, la fiscal indicó que si bien concurrían los requisitos legales para la aplicación de la medida cautelar prevista en el art. 100 de la Ley N° 9944, como paralelamente existían indicios para presumir que I. D. P. P. -por su consumo problemático de drogas- no había podido en el momento de los hechos comprender la criminalidad de sus actos ni dirigir sus acciones (art. 34 inc. 1 del C.P.), era necesario esperar la incorporación del resultado de la pericia (art. 85 del C.P.) dispuesta por el Juzgado Penal Juvenil interviniente.

Luego de realizada la misma, los profesionales -médica psiquiatra y psicóloga- dictaminaron que I. D. P. P. presentaba trastorno del comportamiento por consumo problemático de sustancias psicoactivas, sin observarse elementos psicopatológicos de jerarquía suficiente compatibles con lo que jurídicamente se considera insuficiencia, alteración morbosa o estado de inconsciencia. En consecuencia, entendieron que al tiempo de los hechos que se investigan, el adolescente pudo comprender sus actos y dirigir sus acciones. Asimismo indicaron que, a la fecha del examen clínico, no se advertía la presencia eficaz de factores de orden psicopatológicos que determinen estado de riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros; es decir, no se reunían los criterios de internación. Por ese motivo, las profesionales recomendaron la incorporación del joven en un tratamiento interdisciplinario psicológico, psiquiátrico y social, de inicio inmediato, orientado a la problemática de consumo de sustancias psicoactivas.

También sugirieron dar oportuna intervención a la SeNAF y que, de ser posible, era recomendable realizar dicho tratamiento en "Por un Mundo Mejor", donde I. D. P. P. ya tenía Historia Clínica. Todo esto, con control estricto respecto de su regularidad y evolución por parte del tribunal que corresponda.

Las peritos oficiales asimismo resaltaron que, de no mediar los tratamientos sugeridos, era altamente probable su recaída en conductas adictivas y disfuncionales.

Del informe pericial se corrió nueva vista a la representante del Ministerio Público Fiscal, quien reiteró que existían elementos de convicción suficientes para presumir que los hechos endilgados al joven tuvieron lugar, y que en los mismos participó el incoado, como también indicadores serios de que puesto en libertad intentaría evadirse del proceso o entorpecer la investigación. Agregó que no debían soslayarse las conclusiones de la pericia: si

bien pudo dirigir sus acciones y comprender la ilicitud al momento de su comisión, presenta trastorno del comportamiento por consumo problemático de sustancias psicoactivas.

En razón de lo expuesto, y en consonancia con lo normado en los arts. 4 y 24 de la Convención de los Derechos del Niño (C.D.N.), art. 87 inc. d) de las Reglas de N.U. para la Protección de los menores privados de la libertad, arts. 4 y 14 inc. b) de la Ley Nacional N° 26.061, y art. 17 de Ley Provincial N° 9944, la Fiscalía concluyó que resultaba razonable brindarle al imputado el derecho a la protección de su salud con programas de asistencia integral, rehabilitación e integración, que permitan abordar la problemática que le aqueja.

Además de ello, la Asesora Letrada de Niñez y Juventud solicitó que se autorice la intervención del Equipo de la Oficina de Derechos Humanos y el traslado del joven hasta la fundación "Reto a la vida". Posteriormente, ante la expresa negativa de I. D. P. P. a ser incorporado al referido programa, peticionó que el tribunal tenga en cuenta que las anteriores estrategias de abordaje en forma ambulatoria no fueron sostenidas mínimamente, y que el riesgo de su integridad psicofísica fue aumentando al punto de atentar contra su propia vida. Luego indicó que sería conveniente mantenerlo con una medida cautelar de resguardo del art. 87 de la Ley N° 9944, en un establecimiento especializado. Por otra parte, la defensa del joven también apuntó que la problemática central de I. D. P. P. era el consumo de estupefacientes y la fragilidad familiar para que lo contenga y acompañe. Por eso, arguyó que correspondía -sin más demoras- su derivación al Sistema de Protección de Derechos, con conocimiento del Ministerio de Salud de la Provincia, a los fines de que se procure en forma urgente un lugar adecuado para su tratamiento. Adicionó que, de no tener dicha problemática, era muy probable que el joven no se vería involucrado en el sistema penal juvenil. Por lo cual, este punto era el generador de otras circunstancias, y requería ser resuelto por el Estado, no con una respuesta punitiva (Complejo Esperanza) sino con la restauración del Derecho a la Salud (arts. 24 de la C.D.N, art. 14 de la Ley N° 26.061 y art. 17 de la Ley N° 9944).

En síntesis, de la reseña que antecede surge que tanto la Fiscalía Penal Juvenil como la Representante Complementaria de I. D. P. P. solicitaron una medida de resguardo, dirigida a atender su especial problema de adicción (art. 87 inc. d) de la Ley N° 9944).

II. Naturaleza del proceso - Medidas cautelares

Preliminarmente, se impone recordar que el proceso penal juvenil, como todo proceso judicial, demanda un tiempo hasta el dictado de la resolución definitiva; motivo por el que legalmente están previstas las medidas cautelares. Recordando conceptos generales, estas últimas tienden a impedir que el derecho cuya actuación se pretende, pierda virtualidad o eficacia durante el plazo que transcurre entre la demanda y la sentencia (Palacio, 1983:62).

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). Es decir, no son definitivas sino que están supeditadas a la subsistencia de las circunstancias fácticas que dieron origen a su nacimiento.

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 Cernelutti 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 aquélla, con la intención de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito (1936:162).

En el ámbito específico del proceso penal juvenil dentro de la Provincia de Córdoba, este tipo de medidas están consagradas en la Ley N° 9944 (B.O. 03/06/2011) de "Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba". Allí se reconoce que tienen naturaleza cautelar no sólo las medidas de coerción personal previstas para el proceso penal ordinario -que tienden a evitar la fuga o el entorpecimiento del descubrimiento de la verdad (detención o privación cautelar de la libertad)-, sino también las reguladas en la legislación especial antes mencionada (particularmente en los arts. 87 y 90) que buscan resguardar o asegurar la aplicación del régimen penal juvenil -fin último de este proceso-.

Se recuerda que la sanción penal juvenil debe atender en forma preponderante al fin resocializador, que ha sido definido en términos de la C.D.N. (art. 40 párrafo 1) como "promover la reintegración social del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (Beloff-Freedman-Terragni, 2017:57).

En el art. 87, la normativa local Ley N° 9944 denomina "provisorias" a las medidas cautelares que el juez penal juvenil puede disponer en interés de la niña, niño o adolescente, durante la investigación. En cambio, el art. 90 llama "urgentes" a todas aquéllas que -desde el principio- el magistrado puede establecer por estimarlas necesarias para proveer al resguardo de sus derechos. No tendrán una duración mayor a la indispensable para tomar conocimiento directo y personal, disponer los estudios y peritaciones sobre su personalidad, entorno familiar y social, y proceder de acuerdo a lo indicado en el art. 87; lo que, en ningún caso, puede exceder los treinta (30) días corridos.

Además, tanto las medidas urgentes como las provisorias atienden a distintas necesidades. La primera, da un resguardo inmediato ante la hipótesis que motiva la intervención judicial, a la vez que posibilita los estudios y peritaciones iniciales. La segunda, garantiza custodia y formación durante el proceso con arreglo a las circunstancias del caso (González del Solar, 2020:201).

Por último se destaca que ambas han sido agrupadas por el art. 9 de la Ley N° 10.637 (B.O. 05/07/2019) -de reforma parcial de la Ley N° 9944-, en el Capítulo I ter titulado "Cautelares de Resguardo".

III. Análisis de los principales argumentos del tribunal

Para resolver a favor del establecimiento de la medida cautelar de resguardo contemplada en el art. 87 incs. d) y f) de la Ley N° 9944, el tribunal interviniente tuvo en cuenta las siguientes circunstancias:

a) El cumplimiento del conocimiento directo y personal del Juez con el joven y sus progenitores, por ser los responsables de su cuidado o guarda. Este requisito está regulado en el art. 86 de la Ley N° 9944, y es exigido en el último párrafo del art. 87 para poder adoptar las medidas previstas precedentemente. Entre ellas, la del inc. d), como en este caso.

b) El tratamiento tutelar y la eventual sanción, propios del fuero penal juvenil, que están consagrados en el art. 4 de la Ley N° 22.278 (B.O. 28/08/1980).

En efecto, ese dispositivo legal señala que la imposición de una pena a un menor de entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años, siempre que se trate de delitos no comprendidos en el art. 1 -de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación- está supeditada a ciertos requisitos. 1º) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil, si correspondiere, conforme a las normas procesales; 2º) que haya cumplido dieciocho (18) años de edad; y 3º) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Recién después de ser cumplidos todos ellos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el Juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así se resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si la sanción fuese innecesaria, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo.

c) El Derecho a la Salud de I. D. P. P. como eje central de la decisión cautelar adoptada. Este derecho humano fundamental de niños, niñas y adolescentes, a nivel provincial está previsto en el art. 17 de la Ley N° 9944, que condensa los amplios puntos de acuerdo contenidos en los arts. 24 y 25 de la C.D.N. (González del Solar, 2020:59-60). La primera de las normas mencionadas (art. 17) consagra los aspectos inherentes al Derecho a la Salud de todos ellos, que deben ser garantizados por los organismos del Estado. Como ser: el acceso a los servicios de salud respetando las pautas familiares y culturales a la que pertenecen, y siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad; los programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; los de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; y las campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos direccionadas a la comunidad a través de los medios de comunicación social.

En el caso aquí analizado, ha quedado suficientemente demostrado que I. D. P. P. presenta un problema de salud grave, como derivación de que las tóxico-dependencias son enfermedades.

d) Los nudos problemáticos del contexto barrial y social de vulnerabilidad en el que se encuentra inmerso el joven.

En relación a este aspecto de la resolución, son las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Brasilia en marzo de 2008, las que especifican qué debe entenderse por tal. En el Capítulo I, Sección 2.1, consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud y ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Dichos postulados, sin duda alguna, resultan trasladables al caso en comentario donde I. D. P. P. es menor de edad, no desarrolla ningún tipo de actividad productiva que le permita organizar su rutina, dedica su tiempo al ocio con claros comportamientos de transgresión a la ley, está expuesto a múltiples situaciones de riesgo -con sostenido consumo de marihuana y cocaína-, y forma parte de un contexto barrial y social problemático.

e) La imposibilidad para su familia de asumir la responsabilidad que implica un nuevo tratamiento ambulatorio; circunstancia que descarta la guarda a cargo de alguno de sus integrantes. Además, tampoco la magistrada observó que I. D. P. P. tenga la organización necesaria y el apoyo familiar suficiente para realizar otro tratamiento de ese tipo.

f) El criterio sentado por la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba en el precedente “Peña” (Auto N° 456 del 03/09/2009). En esa resolución, el Tribunal de Apelaciones recordó que: “... en el contexto internacional la medida de internación ha sido equiparada a una forma de detención o encarcelamiento, toda vez que importa una privación material de la libertad ambulatoria de una persona, disponiéndose, consecuentemente, que deberá decidirse como último recurso, por el período mínimo necesario, y limitarse a casos excepcionales...”.

Asimismo, allí se dijo que la medida o respuesta estatal no puede exceder, en ningún caso, la gravedad de la conducta cometida y debe respetar los límites que la Constitución y las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos equiparadas a ella imponen a su injerencia en la esfera individual.

De tal modo, cuando estas medidas tengan carácter provisional, deben estar fundadas -en razón de su naturaleza cautelar- en el grado de confirmación de la hipótesis delictiva y en los peligros procesales concretos que se infieran de las constancias comprobadas en la causa.

Finalmente, el citado Tribunal postuló: “... cuando el juez de menores ordena la guarda institucional del niño o adolescente sometido a proceso -aun en centros especializados que permitan su egreso- deben existir indicios suficientes de la participación del niño en un hecho típico, antijurídico y culpable, así como también indicios de que una medida de esas características resulta indispensable para asegurar la investigación y la actuación del régimen penal aplicable”.

Todas esas razones son las que, en definitiva, justifican la medida cautelar de resguardo dispuesta por la Jueza interviniente en la causa. Esto es, la internación provi-

soria y excepcional del adolescente prevista en el art. 87 inc. f) de la Ley Provincial N° 9944, al resultar indispensable (por insustituible por otra de menor intensidad) para conseguir la aplicación del régimen penal juvenil.

IV. Otros aspectos relevantes del fallo

En la parte final de la resolución, la magistrada incluye dos temas que merecen aquí un desarrollo particularizado. Por un lado, el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y a que su opinión sea tenida en cuenta. Y, por el otro, el lenguaje claro en las sentencias judiciales.

1. Interés superior del niño

Encuentra recepción internacional en el art. 3, párrafo 1, de la C.D.N. que prevé: “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”.

De acuerdo a la Observación General N° 14 (año 2013), para el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior se presenta como un concepto triple.

Se trata de un “derecho sustantivo”, que debe considerarse al momento de sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Asimismo, comprende la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general.

De tal manera, el art. 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. Paralelamente, el interés superior del niño constituye un “principio jurídico interpretativo fundamental”. Esto implica que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que lo satisfaga de manera más efectiva.

Finalmente, es una “norma de procedimiento”. Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concretos o a los niños en general, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren entonces de garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se lo ha respetado en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones; sea que se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Bajo esas directrices, la Jueza interviniente en la causa incluyó una síntesis para explicarle al adolescente I. D. P. P. su decisión; extremo que nos conduce al otro aspecto destacado de la sentencia: el párrafo de lenguaje claro.

2. Lenguaje claro

En la Observación General N° 24 (año 2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, el Comité de los Derechos del Niño indicó que los propios avances logrados en la justicia a fin de que responda a sus necesidades, son los que impulsan a que el lenguaje se adapte a aquél, en todas las etapas del proceso.

Asimismo, ello es conteste con lo señalado por las Reglas de Brasilia anteriormente mencionadas, en el Capítulo III, Sección 3.3, párr. 72: “se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales”. Y en el Capítulo III, Sección 3.6, párr. 78: “En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso: (...) Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo”.

En cumplimiento de esos postulados, entonces, es que la magistrada escribió unas líneas que tienen como único y exclusivo destinatario a I. D. P. P. Allí le explicó, en términos simples, lo resuelto en relación a su persona, la finalidad perseguida con la medida cautelar, las diferentes alternativas que había evaluado, las posibles consecuencias positivas y negativas de cada una y, en especial, la manifestación de su voluntad expresada en la entrevista de contacto directo y personal que tuvo lugar en el proceso penal juvenil (art. 86 de la Ley N° 9944).

Sin embargo, a continuación le hizo saber al adolescente que muchas pruebas demostraron la conveniencia de apartarse de su voluntad, para así disponer la medida más adecuada para él, al existir una negación de su parte a ser ayudado. A eso se sumaba que, a ese entonces, resultaba imposible su regreso con algún miembro de su familia; explicándole detalladamente la situación en que se encontraba su mamá, su abuela y su padre. Además, la magistrada le dio a conocer lo señalado por los diferentes profesionales del área de salud, quienes aseguraron que I. D. P. P. no tenía total conciencia de su problema, y que requería de un tratamiento interdisciplinario (psicológico, psiquiátrico y social), de inicio inmediato, orientado a su problemática de consumo, con control estricto respecto de su regularidad y evolución por parte del tribunal.

Por otro lado, le resaltó que todas las alternativas de tratamiento ambulatorio -que ahora se descartaban-, se habían intentado con anterioridad y fracasaron.

En síntesis, le comunicó al joven que la opción más beneficiosa para él era continuar su internación bajo la guarda de SeNAF, haciéndole saber a dicho organismo que debía brindarle la atención necesaria para su problema de salud. La Jueza entendió que esa era la única medida eficaz para evitar que I. D. P. P. continúe expuesto a un riesgo constante, y lograr así que avance hacia su reintegración social.

Esa decisión adoptada en este caso concuerda con lo sostenido por la jurisprudencia en cuanto a que: “escuchar a los menores no implica que deba atenderse necesariamente a sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientando-

lo a la comprensión de la decisión y sus motivos" (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 20/09/2006, en autos "O.,N.L.").

Finalmente, en el supuesto bajo análisis, la Jueza le remarcó al adolescente que la medida por ella dispuesta podía ser modificada en cualquier momento si demostraba que, ayudado por la terapia, era posible continuar con un tratamiento fuera de la institución y además cumplir con las otras condiciones que se le pueden imponer en el proceso penal.

Conclusiones

Como colofón, podemos destacar que este pronunciamiento judicial cautelar privilegia el Derecho a la Salud del adolescente I. D. P. P., a los fines del tratamiento integral de su problemática de consumo y adicciones, por sobre su voluntad expresada en la entrevista de contacto personal. Se sustenta en la especial situación de vulnerabilidad que caracteriza al contexto social y barrial en el que él vive y se desarrolla, el riesgo permanente al que expone su propia vida, y el fracaso por abandono de todos los tratamientos ambulatorios intentados con anterioridad.

Medida que ciertamente y dada su naturaleza precautoria, no deja de ser provisional y, por lo tanto, depender de la subsistencia de cada una de las condiciones que motivaron su dictado, tal como explicó la Jueza Penal Juvenil interviniente.

En síntesis, en este caso la internación aporta un medio supletorio de resguardo de los derechos de I. D. P. P., y debe mantenerse en todo momento fiel a su propósito, evitándose que otras consideraciones ajenas –y principalmente anejas al progreso de las actuaciones– prevalezcan y, de esa manera, la desnaturalicen como tal (González del Solar, 2020:197).

Referencias bibliográficas

- Beloff, Mary – Freedman, Diego – Terragni, Martiniano (2017), en *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Mary Beloff (Directora), Primera Edición, Ad-Hoc, 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.
- Cernelutti, 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 comentado*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- González del Solar, José H. (2020), *Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, notas y concordancias a la Ley Provincial 9944, Segunda Edición actualizada, Jurídica Mediterránea, Córdoba.
- 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.

Límites de las medidas curativas en salud mental

Limits of curative measures in mental health

Sebastián Sandoval Junyent¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)31](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)31)

Comentario a

“S., J. G. cuerpo de ejecución de medida de seguridad - Recurso de Casación”

Expte. Nº 6827989 – 09/03/2022

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Acceso al fallo

RESUMEN:

Las medidas curativas, en el marco de un proceso penal en el que se declaró inimputable al victimario de un delito de homicidio en razón de padecer problemas serios de salud mental, deben tener un límite, según sostiene el máximo tribunal cordobés.

El punto de partida es la salud, en este caso del victimario, como derecho humano y fundamental. Por ello, las medidas curativas no pueden transformarse en prisión, sino en un tratamiento más para lograr la mejor recuperación posible de la persona que padece alguna enfermedad mental.

La legislación incorpora principios y normas que van en esa dirección. Aún así, resulta necesario incorporar pautas que hagan operativos aquellos principios de dicha ley y de los tratados internacionales en la materia.

En el marco de un proceso penal, se declaró inimputable al victimario, por razones de salud mental. En la etapa de ejecución de la pena, el tribunal ordenó el cese de las medidas curativas y, en consecuencia, la externación del victimario. La resolución impugnada se fundó en las pericias psiquiátricas oficiales y lo dispuesto por ley 26.657. La parte querellante interpone recurso de casación y el TSJ resuelve confirmar el cese de las medidas curativas.

ABSTRACT

The curative measures, within the framework of a criminal process, in which the perpetrator of a crime of homicide was declared unimputable, due to suffering from serious mental health problems, must have a limit, according to the Cordobas highest court.

The starting point is health, in this case of the perpetrator, as a fundamental human right. For this reason, curative measures cannot be transformed into prison, but into one more treatment to achieve the best possible recovery for the person suffering from a mental illness. The legislation incorporates guidelines that go in this direction, even so, it is necessary to in-

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. Nro de ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9179-8294>. E-mail: sebastiansandovaljunyent@gmail.com
Este artículo forma parte del Proyecto I+D de la Universidad Blas Pascal "Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada" (318-20230731-97) dirigido por la Prof^a. Dra. Claudia E. Zalazar y el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza.

corporate guidelines (or norms) that make the principles of the law and international treaties on the matter operational.

Within the framework of a criminal proceeding, the perpetrator was declared inimputable, for reasons of mental health. In the stage of execution of the sentence, the court ordered the cessation of the curative measures and, consequently, the release of the perpetrator. The contested decision was based on official psychiatric expertise and the provisions of Law 26,657. The complaining party files an appeal and the TSJ decides to confirm the cessation of the curative measures

PALABRAS CLAVE: Ley de salud mental; medidas curativas.

KEY WORDS: Mental health law; curative measures .

I. Introducción

En marzo de 2022, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, debió resolver un recurso de casación interpuesto por la parte querellante en contra de una resolución del Juzgado de Ejecución Penal de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, que dispuso el cese de la medida de seguridad curativa impuesta a J.G.S., quien fuera otrora sindicado como victimario del delito de homicidio, aunque sobreseído por inimputabilidad en los términos del art 350 inc 3, 2do supuesto del Código Procesal Penal y art. 34 inc 1 primer supuesto Código Penal.

El fallo bajo comentario analiza dos cuestiones que amerita distinguir:

Por un lado, la legitimación procesal de la parte querellante para recurrir la resolución del Juzgado de Ejecución Penal. Recordemos que dentro del proceso penal la parte querellante, en principio, no tiene acordado legalmente las facultades para interponer este recurso en esta etapa procesal.

Por el otro lado, el derecho de JGS, victimario sobreseído por inimputabilidad, a que cese la medida de seguridad curativa, esto es, la internación involuntaria, para que dicha medida no se convierta en una prisión, y el procedimiento sea coherente con el sistema vigente de derechos humanos, en especial, el derecho a la salud.

II. La Salud Mental en Argentina

Con la reforma constitucional del año 1994 ya no hay dudas que el derecho a la salud tiene jerarquía constitucional a partir del art. 42, e incluso convencional, a partir del art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional, norma que integra los tratados internacionales de derechos humanos a nuestro plexo normativo de la más alta jerarquía, dando nacimiento al principio de convencionalidad (ZALAZAR, Claudia, 2019).

1. Tratados internacionales

La salud como derecho humano tiene protección en los tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc 22 de la CN tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (ver art. 12); Declaración de los Derechos Humanos (ver art. 25) Declaración de Derechos y Deberes del Hombre (ver art. XI); Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

En todos estos tratados se ve reflejado el principio “pro hominem” que fuera aplicado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (por ejemplo, en fallos 323:3229; 330:4647; 330:4160) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Poblete Vilches y otros vs. Chile)

En materia de salud mental existen tratados que, si bien no han sido incorporados al art. 75 inc 22 de la Carta Magna, tienen plena aplicación en nuestro país. Por ejemplo, la Declaración de Caracas (OEA 1990) y los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (ONU 1991)

Decimos que estos últimos dos cuerpos normativos convencionales se incorporan a la legislación argentina de manera indirecta, ya que, pese a que no hay una ley expresa que así lo disponga, la ley 26657 incorpora los principios allí regulados, dentro de su articulado.

En el fallo bajo comentario, el TSJ resolvió el recurso de casación planteado por la parte querellante, desde un punto de partida de la salud mental como un derecho humano, aplicando el principio pro hominem y el principio de convencionalidad.

Ello surge del considerando IV. 1.2 que dice textualmente: “Sin perjuicio de lo anterior, y a los fines de satisfacer las expectativas de la recurrente, resulta de interés recordar que esta Sala ha señalado que el control judicial de las medidas de seguridad impuestas a inimputables adultos por enfermedad mental, a tenor del art. 34 inc. 1º CP, debe realizarse teniendo en cuenta los criterios que, inspirados en directrices internacionales, guían la normativa específica (Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991; la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990; y los Principios de Brasilia para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, el 9 de noviembre de 1990).

2. Ley Nacional de Salud Mental

En nuestro país urgía la sanción de una ley que proteja el derecho a la salud de quienes padecen enfermedades mentales, y que esté en consonancia con los principios y derechos convencionalmente regulados.

En virtud de ello es que en 2010 se sancionó la ley 26.657 de Salud Mental y luego en 2015 se reformó el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 41 y 42 CCCN) donde también se reconoce el derecho de la salud mental y su constitucionalización.

La ley 26657 se encarga de incorporar los principios que protegen la salud mental como un derecho humano, tales como la igualdad, la no discriminación, la dignidad, privacidad y respeto por la autonomía individual, a la información.

Veamos que dice el art. 7 ley 26.657:

"El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: a) 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; b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; **d) 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;** e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso; g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas; **h) 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;** i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado; j) 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; k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; l) 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; m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente; **n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable;** o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados; p) 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". **(el resaltado me pertenece)**

Básicamente se pretende asegurar a las personas un tratamiento personalizado para garantizar su recuperación y preservación de la salud que menos restrinja su libertad mediante el acompañamiento y participación de los referentes afectivos de la persona o su abogado y, siempre, sobre la base del consentimiento informado, conforme las previsiones contenidas en la ley 26.529 (MUNILLA, Silvina - BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas, 2020). Es decir que, en el caso bajo análisis el TSJ aplicó los incisos "d), h) y n)" del art. 7 de la ley 26657, que he resaltado anteriormente.

Ello se desprende del considerando IV.1.2. a partir del segundo párrafo, que transcribo a continuación: "En relación a ese tópico, esta Sala tiene dicho que las medidas de seguridad están guiadas por los postulados de mínima suficiencia, razón por la cual sólo resultan procedentes ante supuestos de peligrosidad para bienes jurídicos penales y en la medida en que sea la única alternativa posible ante un riesgo grave de daño inmediato o inminente para terceros y limitadas al tiempo estrictamente necesario para hacer cesar esa situación (TSJ, "García", cit. "Funes", cit., "Vieyra", cit.). Así, la Ley nacional 26.657 tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental (art. 1), establece que la internación involuntaria de una persona debe concebirse como un recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediere situación de riesgo

cierto e inminente para sí o para tercero (art. 20). En suma, la ley no sólo garantiza el ejercicio de los derechos humanos de las personas con padecimientos mentales vinculadas a los servicios de salud, sino que también destaca como objetivo principal de estas internaciones recuperar y preservar la salud del paciente y no una internación prolongada en el tiempo, máxime cuando el equipo de salud tratante considera que ha cesado la situación de riesgo cierto e inminente que determinó la internación (art. 23)."

Nótese que en este último párrafo, el TSJ incorpora otro elemento que debemos analizar que es la persistencia (o no) de la "situación de riesgo cierto e inminente que determinó la internación".

El art. 20 de la ley 26657 es claro. La internación involuntaria se trata de un recurso terapéutico excepcional que solo podrá utilizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Queda en cabeza del equipo de salud proceder con la internación involuntaria, siendo la actuación jurisdiccional posterior y a los fines de autorizar la internación y luego controlarla (MUNILLA, Silvina - BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas, 2020).

La terminología abandona el criterio de la "peligrosidad de la persona" y la sustituye por la de "riesgo cierto e inminente para sí o para terceros", tal como también lo expresa el art. 41, inc. b), del Código Civil y Comercial de la Nación.

3. Ley Provincial de Salud Mental

En la Provincia de Córdoba, la salud mental está protegida por la ley 9848, también sancionada en el año 2010, que está en armonía con los principios de la ley nacional.

Por ejemplo, contempla el derecho del paciente a "ser tratado con la alternativa terapéutica menos restrictiva de su autonomía y libertad" (art. 11 inc. c), que "el padecimiento mental no debe ser considerado un estado inmodificable" (art. 46 inc a); que "la existencia de diagnóstico relacionado a la salud mental no autoriza a presumir peligrosidad para sí o para terceros" (art. 46 inc. b); considera a la internación como "un recurso terapéutico de excepción, lo más breve posible, cuya factibilidad y pertinencia están intrínsecamente relacionadas con el potencial beneficio para la recuperación del paciente" (art. 48 inc. a). La resolución comentada, claramente tuvo en cuenta la norma provincial, aplicó literalmente los artículos mencionados en el párrafo anterior y resolvió que: "Al respecto, conviene precisar que si bien la acusadora privada esgrime que no ha desaparecido la patología base de J. G. S., el cese de la medida de seguridad no se condiciona a la curación".

Es decir que, el cese de la medida de seguridad no exige que el paciente se haya curado, sino que haya disminuido la peligrosidad para consigo mismo o con terceros. Y eso lo tiene que decir un informe interdisciplinario tal como lo regula el art 48 inc b ley 9848.

Según consta en la sentencia, previo a la resolución del Juzgado de Ejecución Penal, existió un informe de la OCIIJ (Oficina de Coordinación de Internaciones Judiciales Involuntarias) que determinó que el paciente estaba estable y que ya no reunía los criterios de internación. Razón por la cual, no existe norma alguna, ni convencional, ni nacional ni provincial, que justifique continuar con la internación involuntaria como medida de seguridad.

Alguna doctrina tiene dicho que el valioso aporte de la interdisciplinariedad impuesta por

la norma tanto nacional, como provincial y el mismo código civil y comercial, no supone una equiparación de todos los saberes en las distintas áreas evaluadas. Así, la diagnosis y el pronóstico serán así privativos del profesional de la medicina. En cambio, las restantes disciplinas convocadas a la confección del informe darán cuenta de los aspectos vinculados a recursos terapéuticos, rehabilitación, cuidados especiales, contención familiar, etc. (TOBIAS, Jorge, 2016)

4. Acordada del TSJ aplicable en la Provincia Córdoba

El Tribunal Superior de Justicia, mediante diversas acordadas fue procurando complementar las disposiciones convencionales y legales antes mencionadas, con la finalidad de sumar en la operatividad de su aplicación.

Es así que las primeras acordadas fueron las AR N° 1122, Serie "A" del año 2012 y AR N° 1301 Serie "A" del año 2015.

Luego, en el año 2017, por Acordada n° 1441, serie "A" del 22/08/2017 se creó la OCIS-JI (Oficina de Coordinación de Internaciones Judiciales Involuntarias) con el objetivo de "brindar coordinación, apoyo técnico operativo y comunicación interinstitucional necesarias", y el "...diseño de un protocolo de actuación y buenas prácticas para Magistrados, Fiscales, Asesores Letrados y demás operadores judiciales y extrajudiciales involucrados en la tramitación de pericias e informes, internaciones judiciales involuntarias, medidas de seguridad y externaciones; procurando la adecuación de las prácticas forenses y extrapoder relacionadas en esta materia a los actuales lineamientos normativos e institucionales"

Finalmente, con motivo de la creciente judicialización de la salud mental en el fuero penal motivada, entre otras cosas, por el considerable aumento de las problemáticas vinculadas con el consumo de sustancias tóxicas, se consideró necesario la elaboración de un protocolo o guía, que fue aprobado mediante AR 1477 Serie A, del 05/03/2018.

Previo a describir la finalidad de esta Guía, resulta relevante que para el año 2019, la OMS detectó que aproximadamente 50 millones de personas en el mundo sufrían demencia; 20 millones esquizofrenia; 264 millones depresión y 45 millones trastorno bipolar (OMS, 2020), lo que impone una mirada profunda sobre el tema. Es decir, la creciente judicialización de la salud mental detectado por el TSJ es coherente con el aumento de enfermedades mentales detectado por la OMS.

Volviendo a la Guía creada por la Acordada antes mencionada, en su apartado 6, respecto de las medidas de seguridad curativas, dice que el Juez de Control, a cuya disposición se encuentra el paciente luego que se le instara el sobreseimiento, NO podrá imponer una Medida de Seguridad, sin contar previamente con: a) al menos un informe de evolución actualizado del equipo tratante que dé cuenta que aún no se encuentra en condiciones de ser externado; b) el informe sobre el seguimiento efectuado por la "OCIJJ".

Luego le asigna al Juez de Ejecución el control de las medidas curativas. En ese caso, "cuando esté comunicada la concesión de permisos de salida prolongados y reiterados y/o tratamiento ambulatorio y/o existencia de condiciones de externación (alta institucional) se deberá solicitar turno dentro de las 24.00 hs. de recibido el informe para realizar valoración pericial en vistas a resolver si corresponde el cese de la medida de seguridad curativa. Mientras tanto, a fin de no obstaculizar la estrategia terapéutica implementada

y respetar al mismo tiempo las pautas legales que rigen la ejecución de la medida en cuestión, ésta, quedará en suspenso". También dice que, "evaluado el interno/a, el Juzgado de Ejecución no deberá condicionar el alta institucional y en consecuencia, el cese de la medida de seguridad, a la existencia de un sistema de apoyos, o de un curador/a. La figura del tercero responsable no puede ser utilizada como condición para disponer el cese de internaciones de este tipo, justificadas sólo en la salud del sujeto".

Es decir que el TSJ dictó esta acordada a los fines de operativizar la aplicación del derecho humano a la salud mental regulado en los tratados internacionales, la ley nacional 26657 y la ley provincial 9848.

Nótese que le otorga facultades de control al Juez de Ejecución Penal pero con el objetivo claro de no entorpecer el cese de las medidas curativas cuando haya sido constado que no se dan los requisitos legales para mantenerla en el tiempo: el riesgo grave e inminente para su persona o terceros.

El mismo TSJ en el fallo comentado, reforzando este criterio, cita a la CSJN que resolvió: "no resulta indispensable que la persona deje de ser considerada peligrosa sino que debiera alcanzar con que la internación no sea entendida como el único medio terapéutico disponible, ya sea porque se cuenta con nuevos medios para contenerla o bien porque el estado de peligrosidad no fuera lo suficientemente grave o inminente" (Fallos: 331/211, "R., M.J. s/insanía", 19/2/2008).

En consecuencia, ante un informe interdisciplinario que diga que el sujeto está en condiciones de alta institucional, como ocurrió en el caso bajo análisis, el juez de ejecución no puede sostener la medida curativa y debe dictar su cese inmediato. Ello, en consonancia con el espíritu de la ley que tutela fundamentalmente los derechos humanos del paciente a los fines que la internación sea lo "más breve posible" pues aquella trae aparejada la restricción de diversos derechos —a la libertad, en particular—, y tiende a transformar de este modo el anterior sistema de internación, donde era mucho más fácil "entrar" que "salir" a uno restrictivo y solo autorizado como último recurso terapéutico.

Conclusiones

- Como se dijo anteriormente, citando tratados internacionales, leyes nacionales, provinciales y acordadas, es innegable que el victimario sobreseído por inimputabilidad tiene un derecho humano que protege su la salud mental. Ponemos especial énfasis en la necesidad de no convertir la internación involuntaria en una prisión.
- Existe consenso unánime tanto a nivel convencional, legal, como doctrinario y jurisprudencial respecto de que la internación involuntaria como medida curativa, es una medida de última ratio y debe ser limitada.
- El caso bajo análisis nos propone un conflicto entre el derecho humano a la salud mental del victimario y el derecho de la víctima o querellante. Es por eso que sugerimos que exista un debate en el que se analice la posibilidad de la parte querellante de participar, con la suficiente legitimación procesal, para controlar, denunciar, aportar pruebas y cuestionar todo lo relativo a las medidas de seguridad que implemente el tribunal.
- El Estado debe crear un sistema que permita la operatividad del derecho humano a la salud mental y también proteger a la víctima del delito que cometió el victimario inimputable.

Referencias bibliográficas

- DIANA, Niolás, *El respeto de las personas con padecimientos mentales. En la soledad del olvido*. Lexis N° 0003/01358- www.abeledoperrot.com
- MUNILLA, Silvina - BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas, El derecho a la salud de las personas con patologías mentales. Ley de Salud Mental, Tomo I del Tratado de Derecho a la Salud, Ed. La Ley, 2da Edición, 2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, "Dementia - key facts", sitio oficial de la Organización Mundial de la Salud, en línea, 19 de septiembre de 2019, citado el 27/4/2020, www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/dementia.
- TOBIAS, Jorge W., "Comentario al art. 41", en Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 2ªed., La Ley, Buenos Aires, 2016, vol. I.
- WEINGARTEN, Celia - LOVECE, Graciela, *TRATADO DE DERECHO A LA SALUD*, Ed. La Ley, 2da Edición, 2020
- ZALAZAR, Claudia, *La toma de decisiones de los pacientes con padecimiento mental: Desafíos en la ley Argentina*, Derecho y Salud en Perspectiva, Ed. Advocatus, Córdoba, 2019.
- ZALAZAR, Claudia - PUCCIO, Sofía, *Vulnerabilidad y Salud mental en el derecho argentino*, Derecho y Salud en Perspectiva, Ed. Advocatus, Córdoba, 2019.

DIRECTRICES para AUTORAS/ES

En los siguientes links se puede consultar información de interés para quienes estén interesadas/os en publicar en la Revista Derecho y Salud:

- Sobre la Revista: <https://bit.ly/3CFpA4x>
- Directrices para autoras y autores: <https://bit.ly/3k5ymBr>
- Buenas prácticas editoriales: <https://bit.ly/31w0YO3>

La misma información está disponible escaneando con su dispositivo móvil los siguientes Códigos QR:

- Sobre la Revista:



- Directrices para autoras y autores:



- Buenas prácticas editoriales:



REDES SOCIALES

La Revista Derecho y Salud interactúa con autoras/es y lectoras/es a través de su página en la red social LinkedIn (<https://bit.ly/3SKxJge>) y en X (@rdys_ubp).

Acceso disponible, también, escaneando el siguiente Código QR:



LinkedIn



Twitter



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer